

Het gemeenrechtelijk strafbeding getoetst

*Jochen Schraeyen*¹

Onder wetenschappelijke begeleiding
van
Prof. Dr. J. Herbots

Zoals de Jura-traditie gebiedt, werd ook dit jaar de Jura Falconis-prijs georganiseerd. Op 30 maart 2001 werd Jochen Schraeyen door de jury, bestaande uit voorzitter Prof. E. Dirix, Prof. J. Meeusen, Prof. M. Boes, Prof. Em. M. Storme en mr. R. Vandebroek, bekroond als winnaar. Op de officiële prijsuitreiking werd hem een cheque ter waarde van 25.000 BEF en een vliegtuigticket naar New York overhandigd. Deze prijs werd aangeboden door advocatenkantoor De Bandt, Van Hecke, Lagae & Loesch.

We zijn bijzonder fier u deze winnende bijdrage te kunnen aanbieden en feliciteren hierbij nogmaals de winnaar. Voor de 34 andere kandidaten die uit de boot vielen, kunnen we alleen maar zeggen ... volgend jaar beter!

1. Inleiding²

1.1. Situering

Wanneer in een contractuele relatie één van de contractanten de door haar opgenomen verbintenissen niet nakomt, zal de rechter, op verzoek van de schuldeiser, principieel de uitvoering in natura bevelen. Blijkt echter dat dit onmogelijk is, dan zal hij in plaats daarvan een (vervangende en/of bijkomende) schadevergoeding in geld toekennen, die de schuldeiser in een toestand moet plaatsen die geldelijk zoveel mogelijk vergelijkbaar is met de toestand waarin hij zich zou bevonden hebben bij de normale en tijdige nakoming van de verschuldigde verbintenis. Uit dit algemeen verbintenisrechtelijk principe blijkt dat het in beginsel de rechter is die bij contractuele wanprestatie de vervangende en/of bijkomende schadevergoeding zal begroten. In afwijking hiervan kan het evenwel voorkomen dat de partijen zelf reeds bij het tot stand komen van hun contractuele relatie in de

¹ Wetenschappelijk medewerker K.U.L.

² Afsluiting manuscript: april 2000.

overeenkomst een beding hebben opgenomen dat de bij wanprestatie van één van de partijen te betalen vergoeding vastlegt.

Hoewel dergelijke in het handelsverkeer veelvuldig gebruikte strafbedingen³ een nuttig instrument kunnen zijn om betwistingen over aspecten van steeds complexer wordende contractuele relaties te voorkomen en op te lossen (cf. *infra*), geven zij al jaren aanleiding tot heel wat discussies bij de concrete toepassing ervan in de dagelijkse rechtspraktijk. Niet alleen de aard van strafbeding – die volgens het Hof van Cassatie essentieel vergoedend moet zijn⁴ – doch ook de onmogelijkheid overdreven strafbedingen te onttrekken aan de vaak drastische nietigheidssanctie door de afwezigheid van een rechterlijk matigingsrecht, maakten dat bepaalde elementen van deze “*institution en crise*”⁵ dienden herbekeken te worden.

Concreet werd dit gerealiseerd door de Wet van 23 november 1998⁶, waarin een aantal wijzigingen aan de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek inzake de strafbedingen en (bedongen) moratoire intrest zijn opgenomen. In essentie komen deze wijzigingen hierop neer dat het noodzakelijk vergoedend karakter van het strafbeding, zoals dat door het Hof van Cassatie was vooropgesteld, wordt bevestigd en dat aan de rechter een (meer uitgebreide) bevoegdheid wordt gegeven om bepaalde strafbedingen te matigen.

1.2. Wettelijk kader

Wat het gemeenrechtelijk strafbeding betreft, zijn de wettelijke bepalingen – sinds de Wet van 23 november 1998⁷ – uitsluitend te vinden in de artikelen 1226 tot en met 1233 van het Burgerlijk Wetboek.⁸ Van belang hierbij zijn vooral de artikelen 1226 B.W., dat een (nieuwe) definitie van het strafbeding

³ In de rechtsleer wordt traditioneel een onderscheid gemaakt tussen de term “strafbeding” voor ongeoorloofde en de term “schadebeding” voor geoorloofde bedingen. Hoewel deze terminologische precisering beter overeenstemt met de juridische werkelijkheid, zal deze verduidelijking in deze uiteenzetting niet gehanteerd worden, aangezien in de wet enkel de (ongelukkig gekozen en misleidende) term “strafbeding” gebruikt wordt.

⁴ Cass. 17 april 1970, *Arr. Cass.* 1970, 754 (cf. *infra*, nr. 20).

⁵ Cf. I. MOREAU-MARGREVE, “Une institution en crise: la clause pénale”, (noot onder Cass. 17 april 1970), *R.C.J.B.* 1972, 459-504.

⁶ *B.S.* 13 januari 1999. Deze wet is, bij gebreke van een expliciete bepaling terzake, in werking getreden 10 dagen na de publicatie ervan in het Belgisch Staatsblad (*i.c.* 23 januari 1999). Bovendien moet zij onmiddellijk van toepassing worden verklaard op lopende overeenkomsten. Volgens het Hof van Cassatie blijft inzake overeenkomsten de oude wet immers van toepassing, tenzij de nieuwe wet van openbare orde is of uitdrukkelijk de toepassing voorschrijft op lopende overeenkomsten (Cass. 12 februari 1993, *Arr. Cass.* 1993-1994, 181). Vermits het verbod van coërcitieve bedingen de openbare orde raakt (cf. Cass. 17 april 1970, *Arr. Cass.* 1970, 754) moet dan ook besloten worden tot onmiddellijke toepassing van deze nieuwe regeling. Voor een recente toepassing in die zin: zie Rb.Veurne, 28 januari 1999, *A.J.T.* 1999, 302-305, noot B. WYLLEMAN.

⁷ In het verleden was ook artikel 1152 B.W. een belangrijke bepaling inzake strafbedingen, doch dit artikel werd opgeheven door de Wet van 23 november 1998 (cf. *infra*, nr. 22 e.v.).

⁸ Afdeling VI van Hoofdstuk IV van Titel III van het Burgerlijk Wetboek: “Verbintenissen onder strafbeding”.

bevat, en artikel 1231 B.W., dat het rechterlijk toetsingsrecht onder woorden brengt.

1.3. Toepassingsgebied

Tijdens de voorbereidende werkzaamheden van de Wet van 23 november 1998 werd sterk benadrukt dat de nieuwe regeling inzake het gemeenrechtelijk strafbeding in geen geval nadelig mocht zijn voor de consument en dat bijgevolg het toepassingsgebied beperkt moest blijven tot de contractuele verbintenissen die niet onder de toepassing vallen van de wetgeving tot bescherming van de consument.⁹

Dit brengt met zich mee dat de hoger genoemde bepalingen uit het B.W. slechts gelden voor zover er geen bijzonder wettelijk regime van toepassing is. In de loop der jaren zijn er immers specifieke wetgevende bepalingen inzake strafbedingen uitgevaardigd in zeer uiteenlopende domeinen van het recht.¹⁰ Als *leges speciales* zullen zij dan ook voorrang hebben op de gemeenrechtelijke regeling uit het B.W.¹¹

Concreet betekent dit dat de artikelen 1226 tot 1233 B.W. o.a. van toepassing zullen zijn op contracten gesloten tussen handelaars onderling¹² of op contracten tussen particulieren onderling.¹³

1.4. Opzet van onderhavige uiteenzetting

Gelet enerzijds op de talrijke publicaties die er de laatste jaren verschenen zijn over de impact van de Wet van 23 november 1998 op de werking van het gemeenrechtelijk strafbeding, en anderzijds op de afwezigheid van een recent algemeen overzichtsartikel omtrent deze materie, hebben mij ertoe aangezet deze rechtsfiguur aan een globaal onderzoek te onderwerpen.¹⁴

⁹ Verslag LANO, *Parl. St. Kamer*, 1997-98, nr. 1373/4, 7.

¹⁰ In dit verband kan verwezen worden naar: artikel 32, 15° en 32, 21° van de Wet van 14 juli 1991 op de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument; artikel 28 en 90 van de Wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet; artikel 29 van de Pachtwet; artikel 10, laatste lid van de Wet van 9 juli 1971 tot regeling van de woningbouw en de verkoop van te bouwen of in aanbouw zijnde woningen; punt e van deel I van de lijst in bijlage aan de Wet van 3 april 1997 betreffende de oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen beoefenaren van vrije beroepen en hun cliënten; artikel 17 van de Wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst; artikel 11 en 13 van de Wet van 4 augustus 1992 inzake het hypotheccair krediet...

¹¹ Voor een recente toepassing, zie: Rb. Hasselt 6 maart 2000, *Limb. Rechtsl.* 2000, 429.

¹² Men denke bijvoorbeeld aan verhogingsbedingen in facturen tussen handelaars.

¹³ Zoals bedingen in koop/verkoop overeenkomsten en bedingen in huurovereenkomsten (forfaitaire wederverhuuringsvergoeding). Zie bv.: Vred. Doornik 1 juni 1999, *Act. jur. baux.* 1999, 152, noot; Vred. Doornik 20 april 1999, *Act. jur. baux.* 2000, 10; Vred. St.- Niklaas 12 november 1990, *R.W.* 1991-92, 856.

¹⁴ Wat de parlementaire voorbereiding, voorafgaand aan de Wet van 23 november 1998, betreft, impliceert dit dat deze slechts besproken zal worden in de mate dit nuttig is voor de bevatelijkheid

Toch kan het niet de bedoeling zijn een exhaustieve uiteenzetting te geven, noch wat betreft het strafbeding in het algemeen, noch wat betreft het gemeenrechtelijk strafbeding in het bijzonder. Enerzijds zal de hoofdmoot van deze bijdrage bestaan uit de behandeling van het gemeenrechtelijk strafbeding en zal er niet worden ingegaan op de bepalingen over het strafbeding in de *leges speciales*. Een integrale behandeling van deze specifieke regelingen zou immers het voorwerp kunnen uitmaken van een aparte publicatie. Anderzijds zal wat betreft het gemeenrechtelijk strafbeding de nadruk liggen op de actuele stand van het recht en zal, mede om de omvang van dit werk te beperken, (grotendeels) voorbijgegaan worden aan de talrijke evoluties in de rechtspraak en rechtsleer die er in deze materie te onderkennen waren in het verleden en die nu, dankzij het ingrijpen van de Wetgever, in belangrijke mate als een historisch erfgoed kunnen beschouwd worden.¹⁵

Na de behandeling van enkele algemene aspecten in verband met het strafbeding (begripsomschrijving, karakteristieken, functies) zal in deze uiteenzetting bijgevolg nader worden ingegaan op de geldigheids- en de uitwerkingsvereisten van het strafbeding. De meeste aandacht zal echter uitgaan naar de toetsing van het strafbeding, niet alleen omdat deze materie het voorwerp uitmaakte van de recente wettelijke hervormingen terzake, maar ook omwille van het belang ervan in de dagelijkse rechtspraak. Gepoogd zal worden dit onderdeel zo compact en zo systematisch als mogelijk te benaderen, zonder echter voorbij te gaan aan de noodzakelijke juridische verfijningen. Na de bespreking van enkele bijzondere vraagstukken – zoals de verhouding tussen het strafbeding en de moratoire intrest en de invloed van de Faillissementswet op het strafbeding – en een (summiere) rechtsvergelijkende rondblik in deze materie zal het geheel onderworpen worden aan een finale beoordeling.

2. Begrip

2.1. Definitie

Luidens de (huidige) versie van artikel 1226 B.W. is een strafbeding een beding waarbij een persoon zich voor het geval van niet-uitvoering van de

van het betoog. Voor een integrale weergave, *cf.* Wetsvoorstel tot wijziging, wat het strafbeding en de moratoire intrest betreft, van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer*, 1997-98, nr. 1373/1-6. Wat de te behandelen rechtspraak betreft, betekent dit dat de aandacht niet zal uitgaan naar de overvloedige casuïstiek die er in deze materie terug te vinden is in verband met concrete bedragen en percentages die in allerhande strafbedingen zijn opgenomen. Zulke voorbeelden zullen slechts worden aangehaald voor zover zij theoretisch nuttig zijn.

¹⁵ Zo zal bespreking van het befaamde “biljartarrest” van het Hof van Cassatie (*Cass.* 17 april 1970, *Arr. Cass.* 1970, 754) (*cf. infra*, nr. 20) beperkt blijven tot de algemene principes en zal er niet ingegaan worden op de overvloedige rechtsleer die er naar aanleiding van dit arrest is verschenen.

overeenkomst verbindt tot betaling van een forfaitaire vergoeding van de schade die kan worden geleden ten gevolge van de niet-uitvoering van de overeenkomst.

In tegenstelling tot de oude formulering, laat deze begripsomschrijving van het strafbeding wel toe meteen enkele essentiële kenmerken van het strafbeding te onderkennen. Zo is er met deze definitie een einde gekomen aan een langdurige controverse in de rechtsleer omtrent het karakter van het strafbeding. In het nieuwe artikel 1226 B.W. wordt immers de essentieel indemnitaire aard van het strafbeding bevestigd, zoals die reeds was vastgesteld door het Hof van Cassatie sinds het begin van de jaren '70. Daarnaast beklemtoont deze definitie eveneens het forfaitair karakter van het strafbeding en wijst het op de vereiste van een contractuele wanprestatie opdat het strafbeding uitwerking zou kunnen hebben (cf. infra).

2.2. Onderscheid met andere rechtsfiguren

Aangezien de in artikel 1226 B.W. weerhouden definitie van het strafbeding bevestigt dat alleen bedingen die een forfaitaire vergoeding zijn van de schade voortvloeiend uit een contractuele wanprestatie, als strafbedingen kunnen gekwalificeerd worden, impliceert dat bedingen die, hoewel zij voorzien in de betaling van een geldsom of in een andere sanctie, niet aan deze vereiste voldoen, geen strafbedingen zijn en derhalve niet vatbaar zijn voor toetsing op grond van de desbetreffende wettelijke bepalingen en de daarbij aansluitende cassatieler van 1970 (cf. infra).¹⁶

Vooreerst moet het strafbeding – theoretisch althans – duidelijk onderscheiden worden van de bedongen vergoeding voor de uitoefening van een contractueel eenzijdig verbrekingsrecht bij overeenkomsten met opeenvolgende prestaties.¹⁷ Enerzijds kunnen strafbedingen slechts toegepast worden wanneer er sprake is van een contractuele wanprestatie van de wederpartij, terwijl de bedongen verbrekingsvergoeding moet gezien worden als de tegenpool van de

¹⁶ In wat volgt kan het niet de bedoeling zijn het strafbeding op exhaustieve wijze met andere mogelijke clausules te vergelijken. Daarom zullen enkel de belangrijkste kwalificatievraagstukken worden behandeld. Komen bijgevolg niet aan bod: de clausule van schorsing van de dekking van een verzekering wegens niet-betaling van de premie, de opzegvergoeding die conventioneel verschuldigd is bij beëindiging van een overeenkomst van onbepaalde duur, de hypothese van artikel 1794 B.W., de wederbeleggingsvergoeding bij leningen en de scholingsbedingen in arbeidsovereenkomsten. Voor een verdere uitwerking hiervan, zie: R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TIMMERMAN, "Overzicht van rechtspraak – verbintenissenrecht (1981-1992)", *T.P.R.* 1994, 680-686.

¹⁷ Cass. 8 december 1988, *Pas.* 1989, I, 389; Cass. 6 december 1996, *A.J.T.* 1997-98, 102-105; Brussel 13 november 1997, *J.L.M.B.* 1998, 1823; Bergen 2 december 1996, *J.T.* 1997, 341; Brussel 12 december 1995, *R.W.* 1996-97, 985, noot K. VAN RAEMDONCK; Brussel 22 mei 1986, *T.B.H.* 1988, 192, noot C.S.

uitoefening van het eenzijdig beëindigingsrecht door de schuldenaar, in welk geval diens wilsuïting immers de grondslag vormt tot vergoeding.¹⁸

Anderzijds ontnemt het strafbeding de schuldeiser geenszins de mogelijkheid om, in geval van wanprestatie, toch nog te opteren voor de gedwongen uitvoering in natura en geen (of slechts subsidiair) gebruik te maken van het strafbeding.¹⁹ Een bedongen eenzijdig verbrekingsrecht ontnemt aan de schuldeiser daarentegen wel de keuze om de rechtstreekse uitvoering na te streven aangezien dit recht exclusief toekomt aan de schuldenaar.²⁰ Het voorgaande betekent dat de rechter bij de beoordeling van een dergelijk annulatiebeding niet dient na te gaan of het bedrag van de forfaitaire vergoeding beantwoordt aan de schade die voor de schuldeiser kon voortvloeien uit de niet uitvoering van de overeenkomst gedurende de oorspronkelijk voorziene termijn. De overeenkomst strekt de partijen immers tot wet en kan door de rechter niet worden gewijzigd, zodat een zelfs hoge verbrekingsvergoeding niet hoeft te leiden tot de onwettigheid van het beding of tot strijdigheid met de openbare orde.²¹

In de praktijk echter is het onderscheid tussen het strafbeding en de opzeggings- of verbrekingsvergoeding bij overeenkomsten met opeenvolgende prestaties zowel wat de gevolgen als wat de bedoeling van de schuldeiser betreft, vaak veel minder duidelijk of zelfs niet bestaand.²²

Gelijkaardige argumenten kunnen worden aangehaald voor een beding dat aan partijen bij een koopovereenkomst het recht verleent om af te zien van de koop mits betaling van een geldsom.²³ Een dergelijke “rouwkoopclausule” kan immers niet gelijkgesteld worden met een strafbeding, aangezien het bij laatstgenoemde rechtsfiguur gaat over een verbintenis die gecontracteerd werd zonder de mogelijkheid ervan af te zien.

¹⁸ E. WYMEERSCH, “Strafbedingen o.m. inzake enkele kredietovereenkomsten”, in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Brussel, Story, 1991, 925-926.

¹⁹ S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 323. Voor een toepassing uit de rechtspraak, zie: Brussel 26 oktober 1998, *Act. jur. baux.* 2000, 162.

²⁰ R. KRUIHTOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TIMMERMAN, *l.c.*, 684.

²¹ *Contra*: Gent 8 januari 1997, *A.J.T.* 1997-98, 5-6.

²² Zie in dit verband: C.S., “La validité d’une clause de dédit peut-elle être contestée en raison du caractère exorbitant de l’indemnité prévue?”, (noot onder Brussel 22 mei 1988), *T.B.H.* 1988, 194-197; R. PASCARIELLO, “De verbrekingsvergoeding als tegenprestatie voor het eenzijdig verbrekingsrecht van de schuldenaar”, (noot onder Cass. 6 december 1996), *A.J.T.* 1997-98, 102-105; R. PASCARIELLO, “Schadebeding versus annulatiebeding”, (noot onder Gent 8 januari 1997), *A.J.T.* 1997-98, 5-7; A. VAN OEVELEN, “Actuele jurisprudentiële en legislatieve ontwikkelingen inzake de sancties bij de niet-nakoming van contractuele verbintenissen”, *R.W.* 1994-95, 803-804; 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), *R.W.* 1996-97, 988; E. WYMEERSCH, “Strafbedingen o.m. inzake enkele kredietovereenkomsten”, *l.c.*, 926.

²³ Brussel 11 september 1985, *Rev. Not. B.* 1988, 104; Rb. Nijvel 22 juni 1983, *R.G.A.R.* 1984, nr. 10.816. *Contra*: Brussel 26 maart 1986, *T.B.B.R.* 1987, 158, noot DE GAVRE; Luik 24 mei 1988, *Rev. Liège* 1988, 1556, noot D. PHILIPPE.

Daarnaast moet het strafbeding onderscheiden worden van een beding, waarbij de partijen overeenkomen dat er een prijsvermindering wordt toegepast ingeval de kwaliteit van de geleverde koopwaar niet beantwoordt aan de door de overeenkomst gestelde voorwaarden. Een dergelijk refactiebeding beoogt immers niet de schade ingevolge wanprestatie te vergoeden, maar heeft tot doel de prijs te bepalen die verschuldigd is bij mindere kwaliteit en kan dan ook niet beschouwd worden als een strafbeding.²⁴

Tenslotte moet de verbintenis onder strafbeding onderscheiden worden van zowel de alternatieve, de facultatieve als de voorwaardelijke verbintenis.²⁵ Het strafbeding verschilt van de alternatieve verbintenis doordat er bij laatstgenoemde twee prestaties *in obligatione* zijn, terwijl er uiteindelijk slechts één *in solutione* is. Bij de verbintenis onder strafbeding is er slechts één prestatie *in obligatione*. Pas wanneer de schuldenaar deze verbintenis niet nakomt, zal de schuldeiser aanspraak kunnen maken op het strafbeding. Daarbij komt nog dat indien bij een alternatieve verbintenis één van de voorwerpen vernietigd wordt, het andere voorwerp toch nog verschuldigd blijft (cf. artt. 1193-1194 B.W.). Indien echter het voorwerp van een verbintenis onder strafbeding - door overmacht - tenietgaat, dan vervalt ook het strafbeding, gelet op zijn essentieel accessoir karakter (cf. infra).

Ook de facultatieve verbintenis, waar de schuldenaar zijn keuze aan de schuldeiser kan opdringen, onderscheidt zich van het strafbeding, waar de schuldenaar deze mogelijkheid niet heeft. Omgekeerd kan de schuldeiser in een facultatieve verbintenis de andere - eveneens aangeduide - prestatie niet opeisen, daar waar hij dit wel zal kunnen doen bij een verbintenis onder strafbeding, op voorwaarde dat de schuldenaar zijn hoofdverbintenis niet nakomt. Van de (potestatieve opschortende) voorwaarde verschilt de verbintenis onder strafbeding, doordat bij de eerstgenoemde verbintenis de schuldeiser de schuldenaar niet tot nakoming van de "hoofdverbintenis" kan dwingen, daar waar de schuldeiser dit wel kan bij een verbintenis onder strafbeding.

3. De aard van het strafbeding

3.1. Het accessoir karakter

Het strafbeding is een bijkomende verbintenis, aangezien zij strekt tot vergoeding van de schade die geleden wordt door de niet-nakoming van de hoofdverbintenis. Uit dit principe van de accessoriteit volgt vooreerst dat enkel de hoofdverbintenis *in obligatione* is, zodat het strafbeding slechts uitwerking

²⁴ Cass. 3 oktober 1986, *Arr. Cass.* 1986-87, 145.

²⁵ Voor voorbeelden: cf. Y. SCHOENTJES - MERCHERS, "Strafbeding, boetebeding", *T.P.R.* 1969, 54-55.

kan hebben wanneer de hoofdbintenis niet is nagekomen.²⁶ Opgemerkt moet echter worden dat, de verzaking door een schuldeiser de (zelfs laattijdige) uitvoering van de hoofdbintenis te vervolgen met zich mee brengt dat, de door hem gevorderde en bekomen ontbinding (*ex tunc*) van de overeenkomst, het voor de enkele vertraging bedongen strafbeding zonder voorwerp maakt. De ontbinding van de hoofdovereenkomst maakt immers dat het strafbeding niet meer kan toegepast worden.²⁷ Verder betekent het bijkomend karakter van het strafbeding dat de schuldeiser niet tegelijk het nakomen van de hoofdbintenis en het strafbeding kan vorderen, tenzij dit beding voor de enkele vertraging bedongen is.²⁸ Een strafbeding wegens vertraging in de uitvoering kan bij gedeeltelijke uitvoering van de hoofdbintenis immers wel worden toegepast tezamen met de gedeeltelijke uitvoering of met de schadevergoeding verschuldigd wegens gedeeltelijke niet-uitvoering.²⁹ Tenslotte impliceert het accessoir karakter van het strafbeding dat de nietigheid van de hoofdbintenis ook de nietigheid van het strafbeding met zich mee brengt.³⁰ De nietigheid van het strafbeding heeft daarentegen niet de nietigheid van de hoofdbintenis tot gevolg.³¹

3.2. Het vergoedend karakter

3.2.1. Historiek

Tekenend voor de vele publicaties die er de laatste decennia zijn verschenen in verband met het strafbeding is de steeds wederkerende discussie omtrent de vraag of het strafbeding enkel een indemnitairst karakter heeft, dan wel ook coërcitieve rol vervult.³² Een deel van de doctrine³³ verdedigde een essentieel indemnitairst concept van het strafbeding. Een strafbeding was een beding dat een forfaitaire begroting bevatte van de schade die de schuldeiser kon leiden bij wanprestatie van de schuldenaar. In deze opvatting had het strafbeding enkel tot doel discussies te vermijden tussen contractspartijen omtrent het bestaan en de omvang van de schade. Deze strekking beriep zich enerzijds op de franstalige versie van artikel 1229, lid 1 B.W., waarin bepaald is dat “*la clause pénale est la compensation³⁴ des dommages et intérêts que le créancier*

²⁶ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 165.

²⁷ Cass. 16 juni 1955, *Arr. Cass.* 1955, 850; Cass. 26 oktober 1956, *Arr. Cass.* 1957, 122.

²⁸ Cf. artikel 1229, lid 2 B.W.

²⁹ Cass. 3 oktober 1975, *Arr. Cass.* 1976, 155.

³⁰ Cf. artikel 1227, lid 1 B.W.; Cass. 29 maart 1958, *Arr. Cass.* 1958, 580; Rb. Brussel 23 december 1969, *J.T.* 1970, 175. Voor enkele uitzonderingen op deze regel: zie Y. SCHOENTJES - MERCHIERS, *l.c.*, 58.

³¹ Cf. artikel 1227, lid 2 B.W.

³² Voor een uiteenzetting van deze controverse met verwijzingen naar (oude) rechtsleer en de voorbereidende werken van de Code Napoléon: cf. T. VANSWEEVELT, “Het stafbeding en de redactie van de Code Napoléon”, *R.W.* 1984-85, 2467-2474.

³³ E. WYMEERSCH, “De betwistingen rond het strafbeding: een stand van zaken”, *B.R.H.* 1982, 430-431.

³⁴ Eigen cursivering.

souffre de l'inexécution de l'obligation principale". Anderzijds meenden zij ook een argument te vinden in artikel 1226 B.W. dat letterlijk uit Pothier, die een uitgesproken indemnitaire opvatting voorstond, is overgenomen.

Andere auteurs³⁵ meenden dat aan het strafbeding eveneens een dwangfunctie kon worden toegeschreven, dit wil zeggen dat het beding ook, los van de schade die de schuldeiser leidt, een private boete mocht voorzien die de schuldenaar ertoe moest aanzetten om zijn verbintenis correct na te komen.³⁶ Volgens deze opvatting stond niets de partijen in de weg om in het strafbeding een bedrag op te nemen dat hoger was dan de potentieel voorzienbare schade en dit om de schuldenaar aan te zetten zijn verbintenissen na te komen. De verdedigers van deze strekking meenden vooreerst (eveneens) steun te kunnen vinden in (het oude) artikel 1226 B.W., luidens hetwelk een strafbeding een beding is "waarbij een persoon, om de uitvoering van een overeenkomst te verzekeren³⁷, zich voor het geval van niet-uitvoering tot iets bepaald verbindt".³⁸ Daarnaast putten enkele auteurs ook een argument uit wetshistoriek van (het vroegere) artikel 1152 B.W.

3.2.2. De stelling van het Hof van Cassatie

In zijn mijlpaalarrest van 17 april 1970 heeft het Hof van Cassatie³⁹ resoluut gekozen voor de opvatting dat een strafbeding enkel een indemnitaair karakter mag hebben. Strafbedingen mogen slechts een vergoeding inhouden van de schade die de schuldeiser lijdt door de wanprestatie van de schuldenaar. Bedingen die omwille van de hoogte van de som niet tot doel hebben een forfaitaire vergoeding te zijn van de schade en met andere woorden een private straf uitmaken, zijn strijdig met de openbare orde (artt. 6 en 1131 B.W.) en derhalve (absoluut) nietig.⁴⁰ Hetzelfde geldt wanneer de schuldeiser speculeert op de wanprestatie van zijn medecontractant, met name wanneer – door middel van het strafbeding – de wanprestatie de schuldeiser meer voordeel oplevert dan de nakoming van de verbintenis door de schuldenaar.⁴¹

³⁵ Cf. J. VAN RYN, "Nature et fonction de la clause pénale selon le Code civil", *J.T.* 1980, 557.

³⁶ Vergelijk met: Luik 16 oktober 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1538; Kh. Luik 15 mei 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1538.

³⁷ Eigen cursivering.

³⁸ J. VAN RYN, *l.c.*, 557-558; T. VANSWEEVELT, *l.c.*, 2469-2472.

³⁹ Cass. 17 april 1970, *Arr. Cass.* 1970, 754 met advies van advocaat-generaal KRINGS, *R.C.J.B.* 1972, 454, noot I. MOREAU-MAGRÈVE. De in dit arrest gehuldigde opvatting werd in latere arresten verder uitgewerkt en gepreciseerd: cf. Cass. 24 november 1972, *R.W.* 1973-74, 2427, noot E. WYMEERSCH en *R.C.J.B.* 1973, 30, noot I. MOREAU-MAGRÈVE; Cass. 8 februari 1974, *R.W.* 1973-74, 2429; Cass. 11 oktober 1974, *Arr. Cass.* 1975, 194; Cass. 1 februari 1974, *Pas.* 1974, I, 576; Cass. 3 oktober 1975, *Pas.* 1976, I, 146; Cass. 25 juni 1976, *Pas.* 1976, I, 1168; Cass. 17 juni 1977, *Pas.* 1977, I, 1059; Cass. 28 november 1980, *R.W.* 1981-82, 1845; Cass. 16 september 1983, *R.W.* 1984-85, 463; Cass. 2 december 1983, *Pas.* 1984, I, 371; Cass. 21 november 1985, *J.T.* 1986, 394 en *R.W.* 1986-87, 2872; Cass. 18 december 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 521; Cass. 28 november 1991, *J.L.M.B.* 1992, 290; Cass. 3 februari 1995, *Arr. Cass.* 1995, 130.

⁴⁰ Aan de rechter komt het derhalve niet toe het strafbeding te matigen.

⁴¹ Zie ook: Cass. 28 november 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 282; Cass. 9 juli 1936, *J.T.* 1936, 485, noot.

Om na te gaan of men te maken heeft met een (rechtsgeldig) schadevergoedend beding dan wel met een (ongoorloofd) coërcitief beding, dient men zich te plaatsen op het ogenblik van de contractsluiting en na te gaan of de overeengekomen som, op dat ogenblik beschouwd, een begroting kon zijn van de schade die uit de door het strafbeding geviseerde wanprestatie kon voortvloeien (het criterium van de “potentieel voorzienbare schade”, cf. *infra*) . Gelet op het principe dat het strafbeding ertoe strekt alle discussies over het bestaan en de omvang van de schade te vermijden, is het hierbij irrelevant dat de wanprestatie wel degelijk schade heeft veroorzaakt, wat met zich mee brengt dat dit ook niet moet bewezen worden (cf. *infra*).

3.2.3. De Wet van 23 november 1998

Door de Wet van 23 november 1998⁴² werd het noodzakelijk indemnitaire karakter van de strafbedingen bevestigd. Nochtans had het oorspronkelijk wetsvoorstel van de heer WILLEMS precies de bedoeling de dubbele functie van het strafbeding – indemnitaire én coërcitief – in de bepalingen van het B.W. te implementeren, weliswaar met de mogelijkheid voor de rechter om eventuele misbruiken tegen te gaan door hem een matigingsbevoegdheid toe te kennen.⁴³ Desalniettemin heeft de Wetgever geopteerd om zich aan te sluiten bij de bestaande jurisprudentiële traditie. Het voorheen gehanteerde criterium van de “potentieel voorzienbare schade” om vergoedende van coërcitieve bedingen te onderscheiden, werd dan ook in de wettelijke definitie van het strafbeding behouden.⁴⁴

3.3. Het forfaitair karakter

Vóór de Wet van 23 november 1998 kon men stellen dat het strafbeding beheerst werd door het principe van de onveranderlijkheid. Het toenmalige artikel 1152 B.W. bepaalde immers dat indien er in een overeenkomst een strafbeding was opgenomen de rechter “geen grotere noch kleinere som kon toekennen”.⁴⁵ Aan deze regel werd echter op dubbele wijze afbreuk gedaan. Enerzijds bepaalde het (oude) artikel 1231 B.W. dat “*de straf door de rechter kon verminderd worden, wanneer de hoofdverbintenis gedeeltelijk was uitgevoerd*”. Anderzijds stond sinds het arrest van het Hof van Cassatie van 18 februari 1988 vast dat matiging eveneens mogelijk was indien de schuldeiser misbruik maakte van zijn recht een (niet overdreven bevonden) strafbeding toe te passen.⁴⁶

⁴² Voor de totstandkoming van deze wet zie: *Parl. St. Kamer*, 1997-98, nr. 1373/1-6.

⁴³ Cf. Wetsvoorstel tot wijziging, wat het strafbeding en de moratoire intrest betreft, van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer*, 1997-98, nr. 1373/1, 3-4.

⁴⁴ Cf. *supra*, nr. 11.

⁴⁵ Zie ook: Cass. 17 februari 1995, *R.W.* 1995-96, 237; Cass. 28 november 1980, *Pas.* 1981, I, 374, noot.

⁴⁶ Cass. 18 februari 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 790 (cf. *infra*, nr. 80 e.v.).

Hoewel artikel 1226 B.W. anders laat vermoeden, is met de Wet van 23 november 1998 het principe van het forfait de facto grotendeels herleid tot een louter theoretische karakterisering van het strafbeding. Niet alleen werd artikel 1152 B.W. opgeheven, maar ook werd in (het vernieuwde) artikel 1231 B.W. een bijkomende matigingsgrond ingevoegd. Voortaan wordt de rechter de mogelijkheid geboden een strafbeding te verminderen wanneer de in het beding opgenomen som kennelijk het bedrag te boven gaat dat de partijen konden vaststellen om de schade wegens de niet-uitvoering van de overeenkomst te vergoeden.

4. De functies van het strafbeding

4.1. De vergoedende functie

Zoals hoger uitvoerig uiteengezet heeft het strafbeding essentieel een vergoedende functie. Een dergelijk beding mag slechts een vergoeding inhouden van de schade die de schuldeiser lijdt door de wanprestatie van de schuldenaar.

Hoewel het – zoals hoger reeds werd vermeld – de oorspronkelijke bedoeling was het strafbeding binnen bepaalde grenzen ook een bedreigende rol (als redelijk drukkingsmiddel, als een incentive) te laten vervullen zonder nochtans een systeem van “*punitive damages*” in te voeren, werd deze optie uiteindelijk toch niet behouden gelet op de bestaande jurisprudentiële traditie die het opleggen van straffen voorbehoud aan de overheid of de wettelijk gemachtigde instanties.⁴⁷

4.2. De “bewijsverlichtende” functie

Naast een louter vergoedende functie, strekt een strafbeding er eveneens toe dat elke betwisting omtrent én het bestaan, én het bedrag van de schade wordt voorkomen.⁴⁸

Vooreerst vermijdt het strafbeding elke discussie omtrent het bestaan van de schade. Het is de rechter zelfs niet toegelaten het bestaan van het nadeel op te sporen.⁴⁹ Het volstaat dat vaststaat dat de schuldenaar is tekortgekomen aan de hoofdverbintenis, zonder dat moet achterhaald worden dat er schade geleden is. Het strafbeding moet, wanneer het geldig is, worden toegepast, ongeacht of

⁴⁷ Verslag LANO, *Parl. St. Kamer*, 1997-98, nr. 1373/4, 10; Wetsvoorstel tot wijziging, wat het strafbeding en de moratoire intrest betreft, van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer*, 1997-98, nr. 1373/2, 2.

⁴⁸ Zie bv.: Kh. Brussel 18 februari 1991, *R.W.* 1991-92, 722, noot.

⁴⁹ Cass. 6 maart 1947, *Arr. Cass.* 1947, 75; Luik 2 maart 1972, *J.T.* 1972, 519.

er in werkelijkheid schade werd geleden.⁵⁰ Schadevergoeding is verschuldigd zodra het feit, dat theoretisch een oorzaak van de schade kan zijn en dat de partijen als een dergelijke oorzaak hebben beschouwd, zich voordoet. Aldus is de schuldeiser ervan ontlast het bewijs te leveren dat hij schade heeft geleden ingevolge de niet-uitvoering van de hoofdverbintenis door de schuldenaar.⁵¹

Ook betwistingen omtrent het bedrag van de schade worden uitgesloten. Het strafbeding vergoedt immers de schade die de schuldeiser lijdt ten gevolge van het niet-nakomen van de hoofdverbintenis.⁵² Hetgeen ingevolge het strafbeding verschuldigd is treedt dus in de plaats van de wettelijke schadevergoeding. Toelaten voor de rechter opnieuw te discussiëren over de omvang van de schade, zou betekenen dat men terugkeert naar al de moeilijkheden, betwistingen en vertragingen die het strafbeding juist tot doel heeft te voorkomen.⁵³

Hoewel het misschien *in abstracto* correct is te stellen dat het strafbeding ertoe strekt betwistingen omtrent én het bestaan én het bedrag van de schade te voorkomen, mag mijn inziens toch opgemerkt worden dat dit de facto niet steeds het geval is. Enerzijds zal het, om de toetsing van het strafbeding aan de potentieel voorzienbare schade mogelijk te maken, immers onvermijdelijk zijn dat elementen van de reëel geleden schade in aanmerking zullen genomen worden.⁵⁴ Anderzijds vervult de werkelijk geleden schade eveneens een cruciale rol bij het bepalen van de ondergrens van de matigingsbevoegdheid van de rechter, wat met zich mee brengt dat de bewijslast terzake niet volledig zal verdwijnen (cf. *infra*).

5. De geldigheid van het strafbeding

5.1. De toelaatbaarheid van het strafbeding

5.1.1. Principe

Vooraleer stil te staan bij de geldigheid van het strafbeding in se, moet worden nagegaan of het gebruik van een dergelijke clausule *überhaupt* wel toegelaten is in bepaalde contractuele verhoudingen.

In principe is het strafbeding toegelaten in alle domeinen. Men vindt ze dan ook terug in de meest uiteenlopende takken van de rechtspraak. In bepaalde domeinen evenwel heeft de Wetgever het gebruik van dergelijke clausules sterk gereguleerd dan wel verboden.

⁵⁰ Cass. 1 februari 1974, *Arr. Cass.* 1974, 601.

⁵¹ Cass. 3 februari 1995, *Arr. Cass.* 1995, 130.

⁵² Cf. artikel 1229 B.W.

⁵³ A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht. De verbintenissen*, Antwerpen, Standaard, 1931, nr. 158.

⁵⁴ Zie trouwens: Cass. 29 februari 1996, *Arr. Cass.* 1996, 208 (cf. *infra*, nr. 42).

5.1.2. Gevallen waarin het gebruik van het strafbeding gereguleerd is

In de mate men de conventioneel bepaalde moratoire intrest beschouwt als een bijzondere toepassing van het strafbeding (cf. infra), kan hier vooreerst gewezen worden op artikel 1907 B.W. Luidens het derde lid van dit artikel, dat betrekking heeft op de lening op intrest, zijn clausules, die voorzien in een verhoging van de intrest wegens vertraging in de betaling, slechts geldig voor zover deze verhoging een half procent per jaar op het verschuldigd gebleven kapitaal niet overschrijdt. Opgemerkt weze dat deze regel, beschouwd als onderdeel van artikel 1907 B.W. in zijn geheel, slechts van toepassing is op het geval van niet-betaling van de interesten op de vervaldag, doch geen betrekking heeft op het geleende kapitaal.⁵⁵

Daarnaast zijn strafbedingen bijzonder gereguleerd in al de gevallen waarin bevrijdingsbedingen en aansprakelijkheidsbeperkende bedingen dit eveneens zijn.⁵⁶

Hoewel de regels omtrent strafbedingen, die zijn opgenomen in bijzondere wetten, te onderscheiden zijn van de regels die het gemeenrechtelijk strafbeding beheersen, kunnen ook die clausules beschouwd worden als bijzonder gereguleerde strafbedingen.

5.1.3. Gevallen waarin het gebruik van het strafbeding verboden is

Vooreerst is het strafbeding verboden in al de gevallen waarin zij ertoe strekt de schade vast te stellen die het gevolg is van de niet-uitvoering van een verbintenis die strijdig is met de openbare orde.⁵⁷ Steunende op het accessoir karakter van het strafbeding (cf. supra) moet in een dergelijke hypothese niet alleen besloten worden tot de nietigheid van de hoofdverbintenis maar ook van het strafbeding.

Ten tweede moet aangenomen worden dat het strafbeding verboden is in al de gevallen waarin het exoneratiebeding niet toegelaten is. Anders zou het immers mogelijk zijn het verbod een bevrijdingsbeding op te nemen te omzeilen door het gebruik van een (uitzonderlijk) laag gesteld strafbeding.⁵⁸

⁵⁵ H. DE PAGE, *o.c.*, 157.

⁵⁶ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, III, Brussel, Les Presses Universitaires de Bruxelles, 715.

⁵⁷ H. DE PAGE, *o.c.*, 1967, 156. Een gelijkaardige redenering geldt voor een verbintenis die strijdig is met de goede zeden.

⁵⁸ *Ibid.*, 156; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, 715.

Verder kan in deze context verwezen worden naar het bijzondere geval van artikel 1023 Ger. W. Dit artikel verbiedt namelijk het gebruik van een beding dat het bedrag van de schuldvordering verhoogt, ingeval de schuldeiser haar in rechte moet opeisen. Het opnemen van een dergelijke clause in een overeenkomst is niet toegelaten omdat het een beperking vormt op het grondrecht van de schuldenaar een beroep te doen op een onpartijdige rechter (cf. art. 6 E.V.R.M.).⁵⁹ De schuldenaar zou ervan immers worden afgeschrikt zijn eventueel gegrond verweer in rechte te laten horen, indien hij als prijs daarvoor een verhoging van zijn schuld moet betalen. Opgemerkt weze dat uit de rechtspraak en rechtsleer blijkt dat artikel 1023 Ger. W. nog nauwelijks enige rol speelt bij de beoordeling van strafbedingen, aangezien het volstaat de toepasselijkheid van het strafbeding te bedingen bij wanprestatie, en niet bij gerechtelijke vordering, om een toetsing op grond van dit artikel te vermijden.⁶⁰

Tot slot zijn er ook in enkele bijzondere wetten regels te vinden die het gebruik van strafbedingen verbieden.⁶¹

5.2. De geldigheidsvereisten

5.2.1. Algemeen

Om tot de geldigheid van het strafbeding in se te besluiten, moet een dergelijke clause aan dezelfde voorwaarden voldoen als alle andere contractuele clauses (cf. artikel 1108 B.W.).

Zo moeten de partijen niet alleen de nodige bekwaamheid bezitten, maar moeten zij ook ondubbelzinnig hun toestemming hebben gegeven tot het bestaan van een strafbeding.⁶² Een strafbeding dat op de keerzijde van een factuur voorkomt is aan de wederpartij niet tegenstelbaar bij gebreke aan aanvaarding.⁶³ Aanvaarding van een strafbeding kan worden afgeleid uit de aanvaarding van de factuur zonder tijdig protest.⁶⁴ Een strafbeding, voorkomend op een factuur, doch niet ingeschreven op de bestelbon die de

⁵⁹ W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, I, Leuven, Acco, 1995, 127.

⁶⁰ Cf. R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TIMMERMAN, *l.c.*, 667 en de verwijzingen aldaar. Voor een uitgebreidere behandeling van deze problematiek: zie o.a. J. CUSTERS, "La clause pénale majorant le capital de dette, pour default de paiement à l'échéance ou lorsque le créancier doit poursuivre le recouvrement en justice, est-elle licite?", *R.C.J.B.* 1956, 274-285; S. RAES, "Een bedenking over de verhaalbaarheid van erelonen en kosten van advocaten in het licht van de rechtspraak van het Hof van Cassatie, *P&B* 1997, 23-27; A. VAN OEVELEN en K. BROECKX, "De verenigbaarheid met art. 1023 Ger. W. van het beding dat advocatenhonoraria ten laste van de verliezende partij legt: nogmaals het cassatie-arrest van 7 april 1995", *P&B* 1997, 26-31.

⁶¹ Zie bv. artikel 29 Pachtwet, *in fine*.

⁶² Cass. 9 februari 1973, *R.C.J.B.* 1974, 187, noot R. DE SMET.

⁶³ Vred. Luik 25 maart 1988, *J.L.* 1988, 1052.

⁶⁴ Cass. 17 juni 1977, *Arr. Cass.* 1977, 1073; Kh. Antwerpen 20 januari 1975, *Eur. Vervoerr.* 1975, 393; Brussel 30 juni 1958, *J.P.A.* 1959, 109.

verplichtingen van beide partijen vastlegt, is zonder waarde.⁶⁵ Indien een strafbeding geen deel uitmaakt van het aanbod, nog van de later tot stand gekomen overeenkomst, doch voor het eerst opduikt op de rugzijde van de factuur, brengt het stilzwijgen van de schuldenaar echter niet met zich mee dat het strafbeding een deel wordt van de overeenkomst.⁶⁶ Een strafbeding evenwel dat is opgenomen in de authentieke verkoopakte, doch niet in het koopcompromis, is daarentegen wel geldig.⁶⁷ Daarnaast moet het strafbeding een mogelijk en geoorloofd voorwerp hebben en dient de oorzaak⁶⁸ eveneens geoorloofd te zijn. Een strafbeding voor het geval van vertraging in de betaling is zonder voorwerp indien reeds een conventionele intrest bedongen is.⁶⁹

De rechtmatigheid van een strafbeding wordt beoordeeld op het moment van de invoeging van de clausule in de overeenkomst⁷⁰, zodat de werkelijk geleden latere schade zonder gevolg blijft voor de beoordeling van de geldigheid.⁷¹ Uit de omstandigheid dat de schuldeiser vrijwillig ervan afziet geheel of gedeeltelijk aanspraak te maken op het strafbeding, mag dan ook geen erkenning van het onrechtmatige noch rechtmatige karakter van de clausule worden afgeleid.⁷²

5.2.2. *Het vergoedend karakter*

Zoals hoger uiteengezet heeft het strafbeding een essentieel vergoedend karakter.⁷³ Sinds het befaamde “*biljartarrest*” van het Hof van Cassatie⁷⁴ staat immers vast dat het bij wijze van strafbeding overeengekomen bedrag slechts een forfaitaire vergoeding mag inhouden voor de schade die de schuldeiser kan lijden ten gevolge van de wanprestatie van de schuldenaar. Zoniet is het beding in strijdig met artikel 6 en 1131 B.W., hetzij omdat in een dergelijk geval het bedongen bedrag geen vergoeding van de potentiële schade kan zijn, en derhalve een private straf uitmaakt waartegen de openbare orde zich verzet, hetzij omdat het beding de schuldeiser een veel grotere winst bezorgt dan de normale uitvoering van de overeenkomst, wat impliceert dat de schuldeiser speculeert op de wanprestatie van de medecontractant, en derhalve strijdig is met de goede zeden. Met de zinssnede “*een strafbeding is een beding waarbij*

⁶⁵ Kh. Verviers 17 juni 1974, *J.L.* 1974-75, 16.

⁶⁶ Kh. Kortrijk 14 juni 1996, *Computerr.* 1997, 62.

⁶⁷ Brussel 23 februari 1990, *Res. Jur. Imm.* 1990, 257.

⁶⁸ De vereiste van het vergoedend karakter van het strafbeding zou kunnen verantwoord worden in het licht van de theorie van de geoorloofde oorzaak. Gelet op het belang van deze voorwaarde zal zij hierna aan een afzonderlijk onderzoek onderworpen worden (*cf. infra*, nr. 39 e.v.).

⁶⁹ Cass. 8 februari 1974, *Arr. Cass.* 1974, 624 en *R.W.* 1973-74, 2429, noot E. WYMEERSCH; Kh. Brussel 3 mei 1976, *B.R.H.* 1977, 421, noot R. DEBACKER.

⁷⁰ Luik 2 juni 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1433; Brussel 29 juni 1994, *Pas.* 1993, II, 106; Luik 22 oktober 1991, *T.B.H.* 1992, 628; Brussel 24 juni 1991, *T.B.H.* 1992, 637; Kh. Brussel 18 februari 1991, *R.W.* 1991-92, 722, noot.

⁷¹ Luik 2 juni 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1433.

⁷² Luik 2 juni 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1433.

⁷³ Voor een toepassing: *cf.* Luik 19 maart 1993, *J.L.M.B.* 1994, 369, noot H. MONET.

⁷⁴ Cass. 17 april 1970, *Arr. Cass.* 1970, 754.

*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*⁷⁵ in artikel 1226 B.W. heeft de Wetgever deze zienswijze bevestigd.

Een belangrijk element in dit verband is de vraag naar het criterium dat dient gehanteerd te worden om na te gaan of men te maken heeft met een (rechtsgeldig) schadevergoedend beding dan wel met een (ongeoorloofd) coërcitief beding. In navolging van het Hof van Cassatie heeft de Wetgever gekozen voor de maatstaf van de “potentieel voorzienbare schade”. Om te beoordelen of men te maken heeft met een geoorloofd strafbeding dient men zich te plaatsen op het ogenblik van de contractsluiting en na te gaan of de overeengekomen som, op dat ogenblik beschouwd, een begroting kon zijn van de schade die uit de door het strafbeding geviseerde wanprestatie kon voortvloeien.⁷⁵ Hieronder valt niet een beding dat aan de schuldeiser een veel grotere winst bezorgt dan de normale uitvoering van het contract.⁷⁶ Wel is vereist dat de rechter bij zijn beoordeling het beding toetst aan de concrete feiten.⁷⁷ Ook een beding dat aan de schuldeiser een winst bezorgt die buiten elke verhouding staat tot de schade die de niet uitvoering van het contract kan berokkenen, voldoet niet aan deze voorwaarde.⁷⁸ Eveneens niet te verzoenen met de vereiste van de indemnitaire aard van het strafbeding is een clause die een tekortkoming sanctioneert (namelijk vertraging in de betaling) die geen schade heeft kunnen veroorzaken, vermits deze tekortkoming reeds op een andere wijze (namelijk door een conventionele intrest) is gesanctioneerd.⁷⁹

De feitenrechtters beoordelen op soevereine wijze of de bedongen geldsom een forfaitaire raming van de potentiële schade is.⁸⁰ Zij moeten zich dus terugplaatsen tot op het moment van de totstandkoming van de overeenkomst en aan de hand van de door de partijen verstrekte gegevens trachten in te schatten welke schade op dat ogenblik voorzienbaar was. In een recent vonnis oordeelde de Rechtbank van Koophandel van Brussel in dit verband dat, wanneer de schuldenaar niet aantoonde dat de forfaitaire schadevergoeding – van *in casu* dertig procent – de te verwachten schade bij het sluiten van het contract in geval van niet respecteren van het contract overschrijdt, de rechtbank niet kan oordelen dat het bedrag op zich het bewijs vormt van het

⁷⁵ Vaststaande rechtspraak Hof van Cassatie (*cf. supra*, nr. 20). Voor recente toepassingen: *cf.* Brussel 7 april 2000, *J.T.* 2000, 619; Gent 15 april 1999, *A.J.T.* 1999-00, 698; Gent 29 april 1998, *T.G.R.* 1998, 211 (bij de verkoop van een onroerend goed bestaat de voorzienbare schade uit het derven van de opbrengst van de koopprijs gedurende een zekere tijd, het ongemak ten gevolge van de wanprestatie, het feit dat een andere koper moet worden gezocht en de niet-recupereerbare proceskosten); Luik 16 oktober 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1538.

⁷⁶ Cass. 17 april 1970, *Arr. Cass.* 1970, 754.

⁷⁷ Cass. 21 februari 1992, *T. Not.* 1993, 381, noot M.E. STORME.

⁷⁸ Cass. 28 november 1991, *J.L.M.B.* 1992, 290; Cass. 24 november 1972, *Arr. Cass.* 1973, 302.

⁷⁹ Cass. 8 februari 1974, *Arr. Cass.* 1974, 624.

⁸⁰ Cass. 8 februari 1974, *Arr. Cass.* 1974, 624.

feit dat de schadevergoeding kennelijk overdreven is.⁸¹ Ook de omstandigheid dat een strafbeding, gelijk aan een percentage van het factuurbedrag, geen maximumbegrenzing voorziet, is op zich geen bewijs dat het beding voor meer staat dan de potentiële schade bij de contractsluiting en aldus ongeldig zou zijn.⁸²

Welke schade de partijen in concreto lijden, mag niet het referentiepunt zijn bij de beoordeling van de geldigheid van het strafbeding. Nochtans besliste het Hof van Cassatie in zijn arrest van 29 februari 1996 dat ook elementen van de reële schade mogen in aanmerking genomen worden om te oordelen welke potentiële schade de partijen voor ogen hadden bij het sluiten van de overeenkomst.⁸³ Het Hof erkende bijgevolg uitdrukkelijk de door sommige rechters reeds voorheen doorgevoerde praktijk dat de rechter bij de inhoudstoets van een strafbeding de werkelijke schade als één van de maatstaven, maar niet als enige maatstaf voor de rechtmatigheid kan hanteren.⁸⁴

Principieel – en zoals dat in het verleden de gangbare praktijk was – zou een strafbeding dat niet beantwoordt aan de vereiste van de potentieel voorzienbare schade nietig verklaard moeten worden. Om redenen van rechtszekerheid en evenredigheid heeft de Wetgever in 1998 het nodig geacht in een dergelijke situatie de toepassing van drastische nietigheidssanctie terug te dringen door de rechter een ander instrument ter beschikking te stellen, met name de mogelijkheid overdreven strafbedingen te matigen (cf. infra).

6. De uitwerking van het strafbeding

6.1. Algemeen

Naast de voorwaarden die dienen vervuld te zijn opdat het strafbeding *in se* geldig zou zijn, moet er eveneens nog aan een aantal andere voorwaarden voldaan zijn opdat het strafbeding ook effectief uitwerking kan krijgen. Het feit dat een strafbeding in essentie een contractuele raming is van de schade bij contractuele wanprestatie, impliceert op de eerste plaats dat er voor de toepassing van het strafbeding een foutieve niet-nakoming van de hoofdverbintenis vereist is. Daarnaast is vereist dat de schuldeiser de debiteur voorafgaandelijk in gebreke heeft gesteld opdat het strafbeding enige uitwerking zou kunnen hebben.⁸⁵

⁸¹ Kh. Brussel 25 februari 1999, *J.L.M.B.* 1999, 563, noot G. BLOCK.

⁸² Gent 20 november 1996, *A.J.T.* 1996-97, 396, noot B. WYLLEMAN.

⁸³ Cass. 29 februari 1996, *Arr. Cass.* 1996, 208.

⁸⁴ I. DEMUYNCK, “De nieuwe wet op de strafbedingen: het matigingsrecht gelegaliseerd”, *R.W.* 1999-2000, 106.

⁸⁵ Cass. 17 oktober 1968, *Arr. Cass.* 1969, 198.

Wanneer aan alle voorwaarden voldaan is en het strafbeding bijgevolg uitwerking kan hebben, is de schuldeiser echter niet verplicht de uitvoering van het strafbeding te vorderen. Hij behoudt de volledige keuze om de uitvoering in natura, de ontbinding van het contract of het bedongen strafbeding te eisen (cf. artikel 1228 B.W.).⁸⁶

Daarnaast weze eveneens opgemerkt dat, in geval de opgelopen schade enkel te wijten is aan de tekortkoming van contractuele verbintenissen, men niet aan een forfaitair strafbeding kan ontkomen door de toepassing van de regels van de quasi-delictuele aansprakelijkheid.⁸⁷

6.2. Een (toerekenbare) contractuele wanprestatie

Gelet op het accessoir karakter van het strafbeding, kan een dergelijke clause slechts uitwerking krijgen wanneer de hoofdverbintenis niet naar behoren werd uitgevoerd. Strafbedingen veronderstellen immers een contractuele tekortkoming van de schuldenaar en vergoeden de schade die de schuldeiser hierdoor leidt.⁸⁸

Bij de beoordeling van de contractuele wanprestatie, zijnde een foutieve niet-nakoming waarvoor de debiteur aansprakelijk is⁸⁹, is de omstandigheid dat de debiteur ongelukkig en te goeder trouw is geen reden om het strafbeding te matigen.⁹⁰ Evenmin moet men rekening houden met de grove⁹¹, zelfs opzettelijke aard van de wanprestatie.⁹² Om te weten of er een volledige of gedeeltelijke niet-nakoming is dan wel slechts een vertraging in de uitvoering zal men de bedoeling van de partijen met betrekking tot de hoofdrechtshandeling moeten onderzoeken. Daar strafbedingen strikt moeten worden geïnterpreteerd (cf. infra), is het niet toegelaten ze bij wijze van analogie toe te passen op gevallen die niet door de partijen werden voorzien. Dit betekent dat de gevolgen van het strafbeding beperkt zijn tot de gevallen door de partijen voorzien. Indien een strafbeding enkel voorzien is voor de hypothese van een (volledige) niet-uitvoering, zal de schadevergoeding, ingeval van laattijdige uitvoering, bijgevolg volgens het gemeen recht dienen

⁸⁶ H. DE PAGE, *o.c.*, 155.

⁸⁷ Cass. 4 juni 1971, *Arr. Cass.* 1971, 989.

⁸⁸ Cass. 16 september 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 45.

⁸⁹ R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TIMMERMAN, *l.c.*, 666; Bergen 2 december 1996, *J.T.* 1997, 341; Rb. Nijvel 23 februari 1988, *J.L.M.B.* 1989, 618; Rb. Brussel 16 januari 1979, *R.C.J.B.* 1983, 380, noot X. DIEUX, Brussel 10 juni 1976, *R.W.* 1976-77, 1579. Schijnbaar *contra*: E. WYMEERSCH, "De betwistingen rond het strafbeding: een stand van zaken", *l.c.*, 439.

⁹⁰ Kh. Luik 3 juni 1982, *J.T.* 1982, 802; Kh. Gent 26 april 1979, *R.W.* 1980-81, 2484; Brussel 10 juni 1976, *R.W.* 1976-77, 1579. Vgl.: Vred. Brussel 12 februari 1981, *T. Vred.* 1982, 69; Vred. Merkssem 17 juni 1982, *R.W.* 1984-85, 1518; Vred; Marche-en-Famenne 5 juni 1984, *Jur. Liège* 1984, 487.

⁹¹ Cass. 4 juni 1971, *Pas.* 1971, I, 940.

⁹² E. WYMEERSCH, "De betwistingen rond het strafbeding: een stand van zaken", *l.c.*, 439. *Contra*: Rb. Brussel 24 december 1970, *Pas.* 1972, II, 12.

geregeld te worden en vice versa. Tot slot kan aangestipt worden dat de in het strafbeding vervatte som vanzelfsprekend nooit mag opgeëist worden indien de niet-nakoming van de hoofdverbintenis aan de schuldeiser zelf te wijten is.⁹³

De voor de toepassing van het strafbeding noodzakelijke vereiste van een toerekenbare contractuele wanprestatie heeft tot gevolg dat een strafbeding niet kan worden toegepast wanneer de niet-nakoming te wijten is aan overmacht of vreemde oorzaak.⁹⁴ Partijen kunnen evenwel anders overeenkomen, en het strafbeding eisbaar stellen ook wanneer de verbintenis door overmacht of vreemde oorzaak wordt getroffen.⁹⁵ Evenmin is er sprake van een foutieve niet-nakoming wanneer de debiteur die zijn verbintenissen niet nakwam zich terecht beroept op de *exceptio non adimpleti contractus*.⁹⁶ Voornamelijk in gevallen waar een debiteur niet betaalt en nadien gedeeltelijk gelijk krijgt – *quod plerumque fit* –, zal men, om te oordelen of een strafbeding toepassing dient te krijgen, moeten nagaan of de debiteur zich op een correcte manier op de *exceptio non adimpleti contractus* beriep en dus of alle toepassingsvoorwaarden ervan waren vervuld. Belangrijk daarbij is de voorwaarde dat deze *exceptio* te goeder trouw dient te worden ingeroepen, wat onder meer tot gevolg heeft dat de excipiens de wederpartij, ook al dient deze niet formeel in gebreke te worden gesteld, toch minstens moet meedelen waarin diens beweerde tekortkoming bestaat.⁹⁷ Wanneer dus niet alle voorwaarden voor de toepassing van de *exceptio non adimpleti contractus* zijn vervuld, heeft de debiteur de uitvoering van zijn verbintenis niet op een correcte manier opgeschort en kan een strafbeding worden toegepast.⁹⁸

6.3. De inmorastelling

Luidens artikel 1230 B.W. kan, zowel in de hypothese dat de oorspronkelijke verbintenis een tijd bepaalt waarbinnen zij moet worden uitgevoerd als in de hypothese waar dit niet het geval is, de straf alleen dan toepasselijk zijn, wanneer hij die zich heeft verbonden iets te geven, of iets te ontvangen, of iets te doen, in gebreke is.⁹⁹ Hieruit blijkt dat ook voor de uitoefening van het

⁹³ Brussel 10 maart 1988, *J.T.* 1988, 624; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XVII, Brussel, Bruylant, 1878, 439-440; A. KLUYSKENS, *o.c.*, nr. 157

⁹⁴ *Cf.* Antwerpen 19 april 1995, *A.J.T.* 1995-96, 52, noot J. VANBELLE (slechte weersomstandigheden); Kh. Brussel 16 januari 1979, *R.C.J.B.* 1983, 380, noot X. DIEUX (imprevisieeler).

⁹⁵ Cass. 3 november 1955, *Pas.* 1956, I, 202;

⁹⁶ Bv. Gent 27 september 1996, *A.J.T.* 1996-97, 392.

⁹⁷ J. HERBOTS, "L'exception d'inexécution et la mesure à garder dans le contrat de bail", (noot onder Cass. 6 maart 1986, *R.C.J.B.* 1990, 561.

⁹⁸ B. WYLLEMAN, "Schadebedingen, de vereiste van foutieve niet-nakoming en de rechten van de verdediging van de debiteur", (noot onder Gent 27 september 1996), *A.J.T.* 1996-97, 398. Zie nochtans: Brussel 10 juni 1976, *R.W.* 1976-77, 1579.

⁹⁹ Zie ook: Cass. 17 oktober 1968, *Arr. Cass.* 1969, 198; Antwerpen 25 maart 1998, *T.B.B.R.* 1999, 210; Antwerpen 19 april 1995, *A.J.T.* 1995-96, 52, noot J. VANBELLE; Kh. Dendermonde 9 september 1980, *T. Aann.* 1981, 281; Brussel 17 juni 1977, *Res. Jur. Imm.* 1978, 193; Bergen 17

strafbeding geen afbreuk wordt gedaan aan de gemeenrechtelijke regelen die voorschrijven de schuldenaar voorafgaand in gebreke te stellen.¹⁰⁰ Een dergelijke (schriftelijke) inmorastelling dient niet meer in te houden dan de ondubbelzinnige uitdrukking van de wil van de schuldeiser dat de verbintenis wordt uitgevoerd. Dit betekent dat de schuldeiser niet verplicht is aan de schuldenaar mee te delen dat, in geval van wanprestatie, hij de wettelijke of contractuele gevolgen hiervan zal dragen.¹⁰¹ Door de schuldenaar in gebreke te stellen de hoofdverbintenis uit te voeren, stelt de schuldeiser hem ook in gebreke om, in geval van vertraging, het strafbeding uit te voeren.¹⁰²

Aangezien de vereiste van ingebrekestelling niet tot de openbare orde behoort¹⁰³, kunnen de partijen echter – op ondubbelzinnige wijze – van deze regel afwijken en bedingen dat de inmorastelling niet vereist is, en dat de boete verschuldigd zal zijn door het enkel verstrijken van de voor de uitvoering afgesproken termijn.¹⁰⁴ Ook in de gevallen waarin de debiteur formeel laat blijken dat hij zijn verbintenis niet zal uitvoeren¹⁰⁵ of gevallen waarin een inmorastelling geen zin meer heeft of materieel onmogelijk is, mag deze formaliteit achterwege gelaten worden.¹⁰⁶

Pas wanneer de schuldenaar in gebreke werd gesteld, kan het strafbeding uitwerking krijgen. Dit betekent vooreerst dat het uiteindelijk verschuldigd bedrag van het strafbeding dat een forfaitaire vergoeding bepaalt per tijdseenheid vertraging in de uitvoering rechtstreeks afhankelijk zal zijn van de datum van de inmorastelling.¹⁰⁷ Daarnaast impliceert een geldige ingebrekestelling dat de debiteur conform het gemeenrechtelijk “*res perit debitori*”-principe eveneens aansprakelijk zal zijn voor overmacht.

7. De toetsing van het strafbeding

februari 1976, *Pas.* 1977, II, 22; Brussel 26 april 1963, *J.T.* 1963, 372; Brussel 30 juni 1958, *J.P.A.* 1959, 109.

¹⁰⁰ *Cf.* Cass. 9 april 1976, *Arr. Cass.* 1976, 921, waarin het Hof stelt dat het hier gaat om een algemeen rechtsbeginsel, waarvan artikel 1146 B.W. toepassing maakt in het daar uitdrukkelijk beoogde geval.

¹⁰¹ Cass. 16 september 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 45 en *R.W.* 1984-85, 463. Voor een recente toepassing: zie Antwerpen 25 maart 1998, *T.B.B.R.* 1999, 210.

¹⁰² Cass. 4 november 1960, *R.W.* 1960-61, 1287.

¹⁰³ Zie evenwel bv. artikel 29 Wet Consumentenkrediet, dat de ingebrekestelling dwingend voorschrijft.

¹⁰⁴ *Cf.* artikel 1139 B.W., *in fine*.

¹⁰⁵ R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst: haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs*, Brussel, Larcier, 1977, 199 e.v.

¹⁰⁶ Cass. 23 maart 1985, *R.W.* 1986-87, 851; Cass. 29 november 1984, *R.W.* 1986-87; 542; Cass. 24 maart 1972, *R.W.* 1971-72, 2023; Cass. 20 mei 1948, *Pas.* 1948, I, 324.

¹⁰⁷ Rb. Dinant 8 november 1972, *J.L.* 1972-73, 84.

7.1. Historiek

Vóór de inwerkingtreding van de Wet van 23 november 1998 werd het strafbeding beheerst door het principe van de onveranderlijkheid, zoals dat tot uitdrukking gebracht was in artikel 1152 B.W (cf. supra). Nochtans waren de rechters enkele middelen ter beschikking gesteld om eventuele misbruiken tegen te gaan. Enerzijds konden de rechters, sinds de cassatierechtspraak uit het begin van de jaren '70, de nietigheid uitspreken van bedingen, die omwille van de hoogte van de erin bedongen som geen vergoeding van de schade konden zijn, wegens strijdigheid met de openbare orde aangezien dergelijke bedingen, ofwel als een private straf, ofwel als speculatie vanwege de schuldeiser op de wanprestatie van de schuldenaar moesten gezien worden. Anderzijds bood (het oude) artikel 1231 B.W. de rechter de (beperkte) mogelijkheid het strafbeding te matigen wanneer de hoofdverbintenis gedeeltelijk werd uitgevoerd. Ook stond sinds het arrest van het Hof van Cassatie van 18 februari 1988 vast dat de matiging eveneens mogelijk was indien de schuldeiser misbruik maakte van zijn recht een (niet overdreven bevonden) strafbeding toe te passen.¹⁰⁸

De toepassing van deze instrumenten bleek echter niet steeds bevredigend. Vooral de radicaliteit van de nietigheidssanctie werd als problematisch ervaren. Volgens de jurisprudentie van het Hof van Cassatie kon de feitenrechter die de bedongen schadevergoeding overdreven achtte, het strafbeding immers niet matigen, doch enkel nietig verklaren. Dit impliceerde een grote rechtsonzekerheid voor alle contractspartijen. Daarenboven stond de maatregel dikwijls niet in evenredigheid met het beoogde doel, met name het vermijden van overmatige strafbedingen.¹⁰⁹

Daarom achtte de Belgische Wetgever het aangewezen de rechter een uitgebreider matigingsrecht toe te kennen, zodat ook in de gevallen waar de omvang van het strafbeding onaanvaardbaar hoog lag de rechter (matigend) kon optreden. Tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet werd betoogd dat dit de rechtszekerheid in het handelsverkeer ten goede zou komen, aangezien het op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst zeer moeilijk is een raming te maken van de schade, teweggebracht door de latere niet-uitvoering van de prestatie waartoe de wederpartij zich had verbonden.¹¹⁰ Volgens de parlementsliden werd deze opvatting geacht te getuigen van een moderne visie op de overeenkomst en zou de rechter in staat stellen het evenwicht tussen de partijen, dat op het ogenblik van de totstandkoming van

¹⁰⁸ Cass. 18 februari 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 790 (cf. supra nr. 22 en infra nr. 80 e.v.).

¹⁰⁹ Wetsvoorstel tot wijziging, wat het strafbeding en de moratoire interest betreft, van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer*, 1997-98, nr. 1373/1, 3.

¹¹⁰ Wetsvoorstel tot wijziging, wat het strafbeding en de moratoire interest betreft, van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer*, 1997-98, nr. 1373/1, 3.

de overeenkomst vaak denkbeeldig is, te herstellen.¹¹¹ Het handhaven van de nietigheidssanctie zou getuigen van al te veel gestrengheid, omdat er handelaars zijn die hun strafbeding ontlenen aan een of andere door derden opgestelde modelovereenkomst, zonder dat zij er zich van bewust zijn dat dit beding virtueel nietig is.¹¹²

Al deze vooropstellingen resulteerden uiteindelijk in de Wet van 23 november 1998. De toekenning van een matigingsbevoegdheid aan de rechter gebeurde in concreto door de opheffing van artikel 1152 B.W. en door de aanvulling van artikel 1231 B.W. met twee nieuwe paragrafen. Met dit wetgevend optreden is er een einde gekomen aan de grote diversiteit die er met betrekking tot het strafbeding in de praktijk heerste, doordat de ene rechter de nietigheid uitsprak, terwijl de andere, in weerwil van de vaststaande cassatierechtspraak, toch tot matiging van overdreven strafbedingen overging.

In wat volgt zal dieper worden ingegaan op beide mechanismen. Terloops dient opgemerkt te worden dat verder niet zal worden stilgestaan bij de hypothese van de te laag gestelde strafbedingen. Deze zijn principieel geldig, doch kunnen gelijkgesteld worden met exoneratiebedingen, in welk geval hun geldigheid aan de desbetreffende regels moet worden getoetst.¹¹³

7.2. Matiging

7.2.1. Algemeen

Na de Wet van 23 november 1998 kunnen drie hypothesen onderscheiden worden waarin de rechter zijn matigingsbevoegdheid kan uitoefenen. Twee daarvan zijn terug te vinden in de wet, met name in geval van bovenmatig gestelde strafbedingen (artikel 1231 §1 B.W.) en gedeeltelijke uitvoering van de hoofdverbintenis (artikel 1231 §2 B.W.); het derde, verband houdend met het verbod van rechtsmisbruik, steunt op de rechtspraak van het Hof van Cassatie.

7.2.2. Matiging van overdreven strafbedingen

a. wettelijke grondslag

Luidens artikel 1231 §1 B.W. kan de rechter, ambtshalve of op verzoek van de schuldenaar, de straf die bestaat in het betalen van een bepaalde geldsom verminderen, wanneer die som kennelijk het bedrag te boven gaat dat de

¹¹¹ Verslag LANO, *Parl. St. Kamer*, 1997-98, nr. 1373/4, 5.

¹¹² Verslag LANO, *Parl. St. Kamer*, 1997-98, nr. 1373/4, 5.

¹¹³ W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, I, o.c., 128, noot 62. Voor een toepassing in verband met de aflijning tussen een strafbeding en een exoneratiebeding: cf. Kh. Brussel 22 juli 1987, D.C.C.R. 1990-91, 420, noot R. DE WIT. Zie ook: J.H. HERBOTS (ed.), *Exoneratiebedingen*, Brugge, Die Keure, 1993, 4-5.

partijen konden vaststellen om de schade wegens de niet-uitvoering van de overeenkomst te vergoeden. In geval van herziening kan de rechter de schuldenaar niet veroordelen tot een kleinere geldsom dan bij gebrek aan strafbeding verschuldigd zou zijn geweest.

b. toepassingsgebied

(i) Ratione materiae

Deze bepaling heeft betrekking op de mogelijkheid van rechterlijke matiging bij overdreven strafbedingen. Opmerkelijk is evenwel dat deze matigingsbevoegdheid – volgens de bewoordingen van artikel 1231 §1 B.W. – enkel bestaat wanneer het strafbeding betrekking heeft op de betaling van een geldsom. Wanneer het voorwerp van het strafbeding daarentegen bestaat in iets te doen of niet te doen of wanneer het betrekking heeft op het geven van een andere zaak dan een geldsom, beschikt de rechter niet over een matigingsrecht.¹¹⁴

(ii) Ratione personae

Gelet op het feit dat de aan de rechter toegekende matigingsbevoegdheid ertoe zou moeten strekken een bescherming te bieden tegen de nadelige gevolgen van vaak grote socio-economische ongelijkheid tussen de contractanten, werden er tijdens de parlementaire bespreking van het oorspronkelijk wetsvoorstel bezwaren geuit omtrent het gegeven dat de rechter alleen dan kon overgaan tot matiging wanneer er een initiatief was van de schuldenaar. Steunende op de gedachte dat het in deze situaties vaak gaat over verstekprocedures, werd dan ook voorgesteld de rechterlijke matigingsbevoegdheid ambtshalve mogelijk te maken.¹¹⁵

Niet alleen daarom, doch ook omwille van de strijdigheid met de openbare orde van coërcitieve strafbedingen¹¹⁶ - wat mijn inziens een betere verantwoording is -, werd in artikel 1231 §1 B.W. dan ook opgenomen dat de

¹¹⁴ Of er in dit geval op enige andere wijze rechterlijke controle op het vergoedend karakter kan worden uitgeoefend, is, gelet op de recente wettelijke interventie, twijfelachtig. Zie in dit verband: Amendement nr. 4 van de heer WILLEMS, *Parl. St. Kamer*, 1997-98, nr. 1373/2, 3-4; L. CORNELIS, “Lief zijn voor het verbintenissenrecht (over het virtuele strafbeding)”, *T.B.H.* 2000, 15; C. DELFORGE, “Entre prudence et audace... Reflections sur la récente modification des dispositions du Code civil relatives à la clause pénale et aux intérêts moratoires”, *Rev. not. b.* 1999, 602-603; P. WÉRY, “La loi du 23 novembre 1998 modifiant le Code civil en ce qui concerne la clause pénale et les intérêts moratoires: fin de la crise de la clause pénale ou début de nouvelles incertitudes?”, *T.B.B.R.* 1999, 229.

¹¹⁵ Amendement nr. 6 van de heren LANDUYT, LANO en WILLEMS, *Parl. St. Kamer*, 1997-98, nr. 1373/2, 4.

¹¹⁶ Verslag LANO, *Parl. St. Kamer*, 1997-98, nr. 1373/4, 7.

rechter, niet alleen op verzoek van de schuldenaar, maar ook ambtshalve tot matiging van overdreven strafbedingen kan overgaan.

c. het criterium: de potentieel voorzienbare schade

Opdat toepassing zou kunnen gemaakt worden van de hypothese van artikel 1231 §1 B.W en de rechter bijgevolg tot matiging zou kunnen overgaan moet de vraag gesteld worden naar het criterium dat dient gehanteerd te worden om het overdreven karakter van een strafbeding te bepalen. Met de zinssnede “wanneer de som kennelijk het bedrag te boven gaat dat de partijen konden vaststellen om de schade wegens de niet-uitvoering van de overeenkomst te vergoeden” hanteert de Wetgever eveneens de reeds sinds 1970 door het Hof van Cassatie geopperde maatstaf van de “*potentiële voorzienbare schade*”.¹¹⁷

Opgemerkt weze echter dat er conform artikel 1231 §1 B.W. door de rechter maar mag gematigd worden wanneer de som de potentiële schade kennelijk te boven gaat. Uit dit woordgebruik blijkt dat de toetsing van het strafbeding slechts op marginale wijze mag geschieden. Dit betekent dat de rechter het hem voorgelegde strafbeding niet volledig volgens eigen inzichten, doch slechts op beperkte wijze kan beoordelen, dit wil zeggen dat de rechter slechts mag ingrijpen wanneer vaststaat dat het bedrag zo klaarblijkelijk, zo kennelijk bovenmatig is dat geen enkel redelijk persoon de vergoeding van de potentiële, bij de totstandkoming van de overeenkomst voorzienbare schade, op forfaitaire wijze dermate hoog zou hebben geraamd.¹¹⁸ Dit verplicht de rechter terughoudend op te treden en geeft de schuldeiser enige speelruimte bij het vastleggen van de hoogte van de bedongen schadevergoeding.¹¹⁹

d. omvang van de matigingsbevoegdheid

Wanneer éénmaal vaststaat dat de rechter gerechtigd is¹²⁰ om over te gaan tot matiging van een overdreven strafbeding, stelt zich de vraag naar de wijze waarop hij deze opdracht moet vervullen. Voor een aanzet tot antwoord op deze vraag kan allereerst verwezen worden naar wat artikel 1231 §1 B.W. hierover bepaalt: “*in geval van herziening kan de rechter de schuldenaar niet veroordelen tot een kleinere geldsom dan bij gebrek aan strafbeding verschuldigd zou zijn geweest*”. Dit impliceert dat de ondergrens van de rechterlijke matigingsbevoegdheid gevormd wordt door de door de schuldenaar werkelijk geleden schade. Het voorgaande betekent dus dat de

¹¹⁷ Voor een uitvoerige bespreking van dit criterium: cf. *supra*, nr. 40 e.v.

¹¹⁸ J. RONSE, “Marginale toetsing in het privaatrecht”, *T.P.R.* 1977, 207 en 210.

¹¹⁹ I. DEMUYNCK, *l.c.*, 107.

¹²⁰ Terloops weze immers opgemerkt dat uit de formulering van artikel 1231 §1 B.W. (De rechter kan...) blijkt dat de rechter niet verplicht is van zijn matigingsbevoegdheid gebruik te maken. Dit is enigszins problematisch, aangezien de rechter, naar eigen inzicht en zonder dat zijn beslissing in cassatie aanvechtbaar is, een strafbeding kan handhaven, waarvan het bedrag kennelijk de som te boven gaat die de partijen konden vaststellen om de schade wegens niet-uitvoering van de overeenkomst te vergoeden. Zie in dit verband: L. CORNELIS, *l.c.*, 14; C. DELFORGE, *l.c.*, 610-611.

rechter de vrijheid gelaten wordt de omvang van de te betalen schadevergoeding naar eigen aanvoelen kan begroten, zolang hij maar blijft tussen de werkelijk geleden schade - als ondergrens - en de potentieel voorzienbare schade - als bovengrens.¹²¹

WYLLEMAN merkt in dit verband dan ook - terecht - op of het niet logischer ware geweest om de rechter te verplichten af te dalen tot het niveau van de potentiële schade. Enerzijds houdt het toekennen van een matigingsrecht immers de keuze voor een partiële vernietiging van overdreven strafbedingen in, met name een vernietiging van het deel dat de potentiële schade te boven gaat. Anderzijds dreigt de mogelijkheid het strafbeding tot de werkelijk geleden schade te verminderen, de hogergenoemde “bewijsverlichtende” functie te ondergraven. Tenslotte kan de rechterlijke keuzemogelijkheid ook leiden tot onbillijkheden.¹²²

e. afwijkende contractuele clausules

Overeenkomstig het nieuwe artikel 1231 §3 B.W. wordt ieder beding dat strijdig is met de bepalingen van het artikel voor niet-geschreven gehouden. In tegenstelling tot wat geldt voor het geval beschreven in §2 van deze bepaling (cf. *infr*), meent een unanieme rechtsleer dat deze rechterlijke matigingsbevoegdheid van dwingend recht is, zodat ze niet kan worden wegbedongen.¹²³ De werking van de sanctie van het “voor niet-geschreven houden” komt overeen met die van de nietigheidssanctie.

7.2.3. Matiging bij gedeeltelijke uitvoering van de hoofdverbintenis

a. wettelijke grondslag

Luidens artikel 1231 §2 B.W. kan de straf eveneens worden verminderd wanneer de hoofdverbintenis gedeeltelijk is uitgevoerd.

¹²¹ Niet afdalen tot de potentieel voorzienbare schade zou immers een inbreuk uitmaken op het noodzakelijk vergoedende karakter van het strafbeding.

¹²² B. WYLLEMAN, “Nieuwe wetgeving inzake strafbedingen en moratoire intrest”, *A.J.T.* 1998-99, 705. Zie ook: C. DELFORGE, *l.c.*, 610, voor een gelijkaardige kritiek.

¹²³ Zie trouwens de onbetwistbare parlementaire voorbereiding: Wetsvoorstel tot wijziging, wat het strafbeding en de moratoire intrest betreft, van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer*, 1997-98, nr. 1373/1, 6

b. toepassingsgebied

(i) Ratione materiae

Uit een unanieme doctrine¹²⁴ blijkt dat alleen strafbedingen die een vergoeding voorzien voor het geval van volledige niet-nakoming op grond van dit artikel kunnen worden gematigd.

Dit betekent vooreerst dat, indien een strafbeding voorzien is voor het geval van gedeeltelijke uitvoering of wanneer het rekening houdt met een gedeeltelijke uitvoering en de schadevergoeding dus laat verminderen naarmate de verbintenis werd uitgevoerd, artikel 1231 §2 B.W. bijgevolg niet van toepassing is. Aangezien een dergelijk beding de schadevergoeding doet verminderen wanneer een gedeelte van de hoofdverbintenis is uitgevoerd en dus ipso facto al rekening houdt met de reeds geleverde prestaties, kan artikel 1231 §2 B.W. hierop niet van toepassing zijn.¹²⁵

Over de vraag, ten tweede, of een strafbeding dat enkel bedongen is voor vertraging in de uitvoering van de (hoofd)verbintenis kan worden gematigd op grond van artikel 1231 §2 B.W. bestond in de rechtsleer en rechtspraak vóór 1997 geen eensgezindheid.¹²⁶ Met zijn arrest van 10 april 1997 heeft het Hof van Cassatie¹²⁷ duidelijkheid geschapen in deze betwiste materie, door te oordelen dat ook strafbedingen die voorzien zijn voor het geval van vertraging in de uitvoering van de verbintenis gematigd kunnen worden conform artikel 1231 §2 B.W. bij gedeeltelijke nakoming van de hoofdverbintenis op het overeengekomen tijdstip. Ter verantwoording van het door het Hof ingenomen

¹²⁴ C. DELFORGE, *l.c.*, 604; T. HENS, “De gevolgen van de contractuele aansprakelijkheid”, in J. ROODHOOF (ed.), *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1998, 190; P. WÉRY, “L’adaptation judiciaire de la clause pénale, en cas d’exécution partielle de l’obligation”, (noot onder Cass; 10 april 1997), *R.C.J.B.* 1998, 638; P. WÉRY, “La loi du 23 novembre 1998 modifiant le Code civil en ce qui concerne la clause pénal et les intérêts moratoires: fin de la crise de la clause pénale ou début de nouvelles incertitudes?”, *l.c.*, 235; B. WYLLEMAN, “Matiging van schadebedingen bij gedeeltelijke uitvoering (art. 1231 B.W.): Toepasselijkheid op schadebedingen wegens vertraging in de uitvoering”, (noot onder Cass. 10 april 1997), *T.B.B.R.* 1997, 520-521; B. WYLLEMAN, “Nieuwe wetgeving inzake strafbedingen en moratoire intrest”, *l.c.*, 705; E. WYMEERSCH, “De betwistingen rond het strafbeding: een stand van zaken”, *l.c.*, 448.

¹²⁵ *Cf.* Antwerpen 29 januari 1979, *R.W.* 1979-80, 1135, Brussel 8 juni 1972, *Pas.* 1972, II, 167; Brussel 20 december 1971, *J.T.* 1972, 465.

¹²⁶ *Pro:* H. DE PAGE, *o.c.*, 163-164; Brussel 20 december 1970, *Pas.* 1970, II, 79; Rb. Marche-en-Famenne 8 juni 1968, *Jur. Liège* 1968-69, 252; Kh. Sint-Niklaas 28 september 1954, *R.W.* 1954-55, 1218; Rb. Charlerloi 2 april 1903, *J.T.* 1903, 1049; Luik 23 januari 1890, *Pas.* 1890, II, 176. *Contra:* R. KRUIHOF, H. MOONS en C. PAULUS, *l.c.*, 744; Rb. Luik 10 december 1956, *Jur. Liège* 1956-57, 295. Voor een uiteenzetting van de wederzijdse standpunten: *cf.* B. WYLLEMAN, “Matiging van schadebedingen bij gedeeltelijke uitvoering (art. 1231 B.W.): Toepasselijkheid op schadebedingen wegens vertraging in de uitvoering”, *l.c.*, 521.

¹²⁷ Cass. 10 april 1997, *R.C.J.B.* 1998, 609, noot P. WÉRY en *T.B.B.R.* 1997, 516, noot B. WYLLEMAN. Voor een grondige bespreking van dit arrest en wetsartikel: zie P. WÉRY, “L’adaptation judiciaire de la clause pénale, en cas d’exécution partielle de l’obligation”, *l.c.*, 619-657.

standpunt worden in de commentaren naar aanleiding van dit arrest drie argumenten naar voor geschoven. Ten voordele van de toepasselijkheid van artikel 1231 §2 B.W. wordt vooreerst verwezen naar de voorbereidende stukken van die bepaling, waarin een uitdrukkelijke verklaring in die zin is opgenomen.¹²⁸ Ten tweede wordt aangehaald dat Hof zou steunen op het beginsel “*ubi lex non distinguit nec nos destingere debemus*”: als de wet, in casu artikel 1231 B.W., geen onderscheid maakt, in casu tussen strafbedingen wegens vertraging in de uitvoering van een verbintenis en strafbedingen wegens niet-nakoming van een verbintenis, dient de rechter evenmin dat onderscheid te maken.¹²⁹ Een laatste argument dat pleit voor de toepasselijkheid van artikel 1231 §2 B.W. berust op een ruime interpretatie van een andere uitspraak van ons hoogste Hof. In zijn arrest van 25 juni 1976 oordeelde het Hof van Cassatie¹³⁰ immers dat, indien een schuldenaar zich ertoe verbonden had om gedurende een bepaalde periode iets niet te doen, en hij gedurende een gedeelte van die tijd die verplichting was nagekomen, hij die verbintenis gedeeltelijk had uitgevoerd in de zin van artikel 1231 §2 B.W. Als het Hof in dat arrest het begrip “gedeeltelijke uitvoering” in artikel 1231 §2 B.W. ruim uitlegt, in die zin dat dit begrip ook slaat op het nakomen van de verbintenis gedurende een gedeelte van de periode waarin ze moest worden uitgevoerd, kan het als een logische beslissing worden beschouwd dat het Hof in casu oordeelt dat een strafbeding dat is bedongen voor vertraging in de uitvoering van de verbintenis, in aanmerking komt voor een rechterlijke mildering, als de feitenrechter heeft vastgesteld dat op de vervaldag die verbintenis gedeeltelijk was uitgevoerd. In dat laatste geval kan men eigenlijk ook gewagen van een gedeeltelijke nakoming in de tijd.¹³¹

Tot slot kan erop gewezen worden dat ook een verbintenis iets niet te doen vatbaar is voor gedeeltelijke uitvoering, zodat desgevallend artikel 1231 B.W. kan toegepast worden.¹³²

(ii) Ratione personae

Om de bepalen of de rechter, in geval van gedeeltelijke uitvoering van de hoofdverbintenis, kan overgaan tot matiging van een strafbeding enkel op verzoek van de schuldenaar dan wel ook ambtshalve, is het antwoord op de vraag of deze bepaling de openbare orde raakt van cruciaal belang.

¹²⁸ B. WYLLEMAN, “Matiging van schadebedingen bij gedeeltelijke uitvoering (art. 1231 B.W.): Toepasselijkheid op schadebedingen wegens vertraging in de uitvoering”, *l.c.*, 521.

¹²⁹ A. VAN OEVELEN, “Rechterlijke matiging van schadebedingen voor vertraging in de nakoming van de verbintenis bij een gedeeltelijke uitvoering van die verbintenis”, *l.c.*, 1249.

¹³⁰ Cass. 25 juni 1976, *Arr. Cass.* 1976, 1204.

¹³¹ A. VAN OEVELEN, “Rechterlijke matiging van schadebedingen voor vertraging in de nakoming van de verbintenis bij een gedeeltelijke uitvoering van die verbintenis”, *l.c.*, 1249.

¹³² Cass. 25 juni 1976, *Arr. Cass.* 1976, 1204.

Vóór de wet van 1998 was de rechtsleer verdeeld over dit vraagstuk. Volgens de meerderheidsopvatting was (het oude) artikel 1231 B.W. noch van openbare orde, noch van dwingend recht.¹³³ Ter ondersteuning van zijn opvatting verwees WYMEERSCH naar een arrest van het Hof van Cassatie van 25 juni 1976, waarin het Hof stelt dat de rechter een strafbeding kan matigen bij gedeeltelijke uitvoering van de hoofdverbintenis, tenzij conventioneel de toepassing van artikel 1231 B.W. door de partijen was uitgesloten.¹³⁴ Uit het feit dat het de partijen toegestaan was contractueel af te wijken van artikel 1231 B.W. kon immers worden afgeleid dat deze bepaling niet van dwingend recht was – en *a fortiori* evenmin van openbare orde. Anderen meenden dan weer dat artikel 1231 B.W. wel de openbare orde raakte, zodat de rechter volgens deze opvatting wel ambtshalve tot matiging van een strafbeding mocht overgaan. Enerzijds stelden laatstgenoemde auteurs dat artikel 1231 B.W. moest gezien worden als een toepassing van het in artikel 1229 B.W. vervatte cumulatiefverbod tussen uitvoering en schadevergoeding¹³⁵, dat onbetwistbaar van openbare orde is. Anderzijds argumenteerden zij dat de uitsluiting van de mogelijkheid om een strafbeding te matigen bij gedeeltelijke uitvoering in strijd is met het basisprincipe dat een strafbeding een vergoedend karakter moet hebben, een principe dat eveneens de openbare orde raakt.¹³⁶

Hoewel met de Wet van 23 november 1998 bepaalde onduidelijkheden werden weggewerkt, blijft m.i. deze - niet onbelangrijke - discussie tot op de dag van vandaag onopgelost. Wat het dwingend karakter van artikel 1231 B.W. betreft, heerst er in de doctrine weinig betwisting. Uitgangspunt in dit verband is het nieuwe artikel 1231 §3 B.W., waarin bepaald wordt dat ieder beding dat strijdig is met de bepalingen van dit artikel voor niet-geschreven wordt gehouden.¹³⁷ Hieruit kunnen twee elementen worden afgeleid. Enerzijds betekent dit dat er op heden geen twijfel meer kan bestaan omtrent het al dan niet dwingend karakter van zowel artikel 1231 §1 als §2 B.W.¹³⁸ Anderzijds impliceert dit eveneens dat de Wetgever afbreuk gedaan heeft aan de

¹³³ F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XVII, Brussel, Bruylant, 1878, 453; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, VII, Parijs, L.G.D.J., 1954, nr.870; P. VAN OMMESLAGHE, “Examen de Jurisprudence. Les obligations (1974-1982)”, *R.C.J.B.* 1986, 231; E. WYMEERSCH, “De betwistingen rond het strafbeding: een stand van zaken”, *l.c.*, 449.

¹³⁴ Cass. 25 juni 1976, *R.W.* 1976-77, 1778 en *Pas.* 1976, I, 1168, noot.

¹³⁵ Cf. H. DE PAGE, *o.c.*, 158-161.

¹³⁶ G. DELVOI, “Het strafbeding in financieringshuurcontracten (leasing) met enkele bijkomende beschouwingen over het karakter van artikel 1231: dwingend of suppletief”, *B.H.R.* 1973, 532; B. WYLLEMAN, “Matiging van schadebedingen bij gedeeltelijke uitvoering (art. 1231 B.W.): Toepasselijkheid op schadebedingen wegens vertraging in de uitvoering”, *l.c.*, 523.

¹³⁷ Eigen cursivering.

¹³⁸In dezelfde zin: I. DEMUYNCK, *l.c.*, 105; A. VAN OEVELEN, “Rechterlijke matiging van schadebedingen voor vertraging in de nakoming van de verbintenis bij een gedeeltelijke uitvoering van die verbintenis”, *l.c.*, 1250. Sommige rechtsleer waarschuwt evenwel voor een te algemene draagwijdte van de sanctie vervat in artikel 1231 B.W. ingeval de partijen een strafbeding hebben opgenomen dat juist betrekking heeft op een gedeeltelijke uitvoering van de hoofdverbintenis: cf. C. DELFORGE, *l.c.*, 605; P. WÉRY, “La loi du 23 novembre 1998 modifiant le Code civil en ce qui concerne la clause pénale et les intérêts moratoires: fin de la crise de la clause pénale ou début de nouvelles incertitudes?”, *l.c.*, 235-236.

hogergenoemde cassatierechtspraak, die het aanvullend karakter van artikel 1231 §2 B.W. beklemtoonde.

Wat het openbare orde-karakter – en dus de ambtshalve inroepbaarheid van artikel 1231 §2 B.W. – betreft, bestaat er echter meer twijfel. VAN OEVELEN – de enige auteur die hieromtrent duidelijk een standpunt innam – meent, onder verwijzing naar de definitie van “openbare orde” bij DE PAGE, dat artikel 1231 §2 B.W. de openbare orde niet raakt, aangezien deze bepaling niet de juridische grondslagen vastlegt waarop de economische of morele orde van de maatschappij gegrondvest is.¹³⁹

c. het criterium: het door de schuldeiser genoten nut van de gedeeltelijke uitvoering

Aangenomen wordt dat een strafbeding slechts kan worden verminderd wanneer de gedeeltelijke uitvoering de schuldeiser van nut is geweest, wanneer hij daaruit met andere woorden profijt heeft gehaald.¹⁴⁰ De rechter moet dat steeds *in concreto* nagaan.¹⁴¹ Wanneer de schuldeiser aan de gedeeltelijke uitvoering niets gehad heeft, wordt het cumulatieverbod van uitvoering en schadevergoeding – waarvan artikel 1231 B.W. als een toepassing kan beschouwd worden (cf. supra) - niet overtreden door het strafbeding, voorzien voor volledige wanprestatie, integraal toe te kennen. De schade die de schuldeiser lijdt ten gevolge van de wanprestatie is dan namelijk even groot als in geval van volledige niet-uitvoering.

In deze context moet ook de zinsnede “*de straf kan door de rechter worden verminderd*” in artikel 1231 §2 B.W. worden begrepen. Indien de rechter heeft vastgesteld dat een verbintenis, waarvoor een strafbeding is overeengekomen, gedeeltelijk is uitgevoerd, is hij echter niet verplicht dat strafbeding te milderen. De rechter mag het strafbeding slechts matigen indien hij heeft vastgesteld dat de schuldeiser voordeel heeft gehaald uit die gedeeltelijke uitvoering.

¹³⁹ A. VAN OEVELEN, “Rechterlijke matiging van schadebedingen voor vertraging in de nakoming van de verbintenis bij een gedeeltelijke uitvoering van die verbintenis”, *l.c.*, 1250. In dezelfde zin, doch meer twijfelachtig: C. DELFORGE, *l.c.*, 614-615.

¹⁴⁰ H. DE PAGE, *o.c.*, 1967, 163; F. LAURENT, *o.c.*, 1878, 452; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, VII, *o.c.*, 203; A. VAN OEVELEN, “Rechterlijke matiging van schadebedingen voor vertraging in de nakoming van de verbintenis bij een gedeeltelijke uitvoering van die verbintenis”, *l.c.*, 1250; B. WYLLEMAN, “Mating van schadebedingen bij gedeeltelijke uitvoering (art. 1231 B.W.): Toepasselijkheid op schadebedingen wegens vertraging in de uitvoering”, *l.c.*, 522. Zie ook: Antwerpen 29 januari 1979, *B.R.H.* 1979, 212; Kh. Kortrijk 8 februari 1962, *R.W.* 1961-62, 1575.

¹⁴¹ R. KRUTHOF, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen (1974-1980)”, *T.P.R.* 1983, 685; J. MATTHYS en G. BAETEMAN, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen (1961-1964)”, *T.P.R.* 1966, 283.

d. omvang van de matigingsbevoegdheid

Het nut dat de gedeeltelijke uitvoering heeft gehad voor de schuldeiser, is voor de rechter niet alleen het criterium om te bepalen of er aanleiding is tot matigen van het strafbeding, maar ook om te oordelen in welke mate het dient gereduceerd te worden. De rechter dient over te gaan tot een proportionele matiging steunende op de verhouding tussen het profijt dat de schuldeiser uit de gedeeltelijke uitvoering heeft getrokken en het profijt dat de integrale uitvoering van de verbintenis hem zou hebben verschaft.¹⁴² Rechtspraak die het strafbeding ex aequo et bono reduceert¹⁴³, of die enkel de werkelijk door de schuldeiser geleden schade toekent¹⁴⁴, dient dan ook - terecht - te worden afgekeurd.¹⁴⁵

e. afwijkende contractuele clausules

Steunende op het dwingende karakter van artikel 1231 §2 B.W., zoals tot uitdrukking komt in §3 van dit artikel (cf. supra, nr. 75), moet ook hier worden aangenomen dat het de partijen niet toegestaan is de toepassing van deze bepaling contractueel uit te sluiten. Mocht dit wel gebeurd zijn, dan zal deze bepaling voor niet-geschreven worden gehouden.¹⁴⁶

7.2.4. Matiging van (geldige) strafbedingen op grond van rechtsmisbruik¹⁴⁷

a. jurisprudentiële grondslag

In zijn arrest van 18 februari 1988 besliste het Hof van Cassatie dat op het principe van de principiële onveranderlijkheid van de als strafbeding bedongen som (artikel 1152 B.W.), uitzondering wordt gemaakt indien is vastgesteld dat

¹⁴² M. PLANIOL en G. RIPERT, *Droit civil français. Obligations*, Parijs, L.G.D.J., 1954, 203; H. DE PAGE, *o.c.*, 163; E. WYMEERSCH, "De betwistingen rond het strafbeding: een stand van zaken", *l.c.*, 448. Zie voor toepassingen: Antwerpen, 29 januari 1979, *B.H.R.* 1979, 212; Rb. Dendermonde 27 mei 1970, *R.W.* 1972-73, 820.

¹⁴³ Kh. Brussel, 20 februari 1970, *B.H.R.* 1970, 681; Kh. Antwerpen, 30 november 1973, *B.H.R.* 1974, 143.

¹⁴⁴ Kh. Dinant 24 januari 1978, *Jur. Liège* 1977-78, 246.

¹⁴⁵ B. WYLLEMAN, "Matiging van schadebedingen bij gedeeltelijke uitvoering (art. 1231 B.W.): Toepasselijkheid op schadebedingen wegens vertraging in de uitvoering", (noot onder Cass. 10 april 1997), *l.c.*, 522. E. WYMEERSCH, "De betwistingen rond het strafbeding: een stand van zaken", *l.c.*, 448-449.

¹⁴⁶ Deze regel verhindert de partijen evenwel niet in hun contractuele relatie een strafbeding op te nemen dat voorziet in de hypothese van een gedeeltelijke uitvoering en dat bijgevolg niet door de rechter kan worden gematigd aangezien artikel 1231 § 2 B.W. enkel geldt ingeval het strafbeding is gesteld op de volledige niet-nakoming (cf. supra, nr. 69). Zie in dit verband: C. DELFORGE, *l.c.*, 605; P. WÉRY, "La loi du 23 novembre 1998 modifiant le Code civil en ce qui concerne la clause pénal et les intérêts moratoires: fin de la crise de la clause pénale ou début de nouvelles incertitudes?", *l.c.*, 235-236. *Contra*: L. CORNELIS, *l.c.*, 19-20.

¹⁴⁷ Bepaalde auteurs zijn evenwel van mening dat met de komst van de Wet van 23 november 1998 de rol van het verbod van rechtsmisbruik m.b.t. strafbedingen is uitgespeeld. Zie: L. CORNELIS, *l.c.*, 20-21.

de schuldeiser misbruik heeft gemaakt van zijn recht, dit is zijn recht heeft uitgeoefend op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat waarbinnen een bedachtzaam en voorzichtig persoon zich normaal gedraagt.¹⁴⁸ *In casu* gaat het dus om een hypothese van rechterlijke matigingsbevoegdheid die niet gesteund is op de wet, doch op de rechtspraak van het Hof van Cassatie.

b. toepassingsgebied

(i) Ratione materiae

Deze hypothese van rechterlijke matigingsbevoegdheid, die niet opgenomen is in de Wet van 23 november 1998, dient uitdrukkelijk onderscheiden te worden van de twee voorgaande gevallen. In casu gaat het over een in se onberispelijk strafbeding dat onder te brengen is, noch onder de hypothese van artikel 1231 §1 B.W., noch onder de hypothese van artikel 1231 §2 B.W. Problematisch hier is niet het overdreven karakter of het feit van een gedeeltelijke uitvoering van de hoofdverbintenis, doch wel het misbruik dat de schuldeiser maakt om een (geldig) strafbeding toe te passen, door zijn recht uit te oefenen op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat waarbinnen een bedachtzaam en voorzichtig persoon zich normaal gedraagt.¹⁴⁹

(ii) Ratione personae

Aangezien aangenomen wordt dat het verbod van rechtsmisbruik de openbare orde niet aanbelangt, moet besloten worden dat de rechter niet ambtshalve mag overgaan tot controle van het eventuele misbruik dat de schuldeiser van zijn recht maakt een geldig strafbeding toe te passen.¹⁵⁰

c. het criterium: misbruik van contractuele rechten

Rechtsmisbruik kan worden omschreven als het uitoefenen van een recht op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bezorgd persoon.¹⁵¹

Twee opmerkingen in dit verband. Vooreerst moet erop gewezen worden dat dit arrest van het Hof van Cassatie volledig in de lijn ligt van de sinds 1983 gehuldigde opvatting, volgens dewelke het misbruik van een contractueel recht op de vereiste van uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten, zoals

¹⁴⁸ Cass. 18 februari 1988, *T.B.H.* 1988, 696, noot E. DIRIX.

¹⁴⁹ Recente(re) toepassingen: Rb. Hasselt 23 oktober 1996, *A.J.T.* 1996-97, 388, noot R. PASCARIELLO; Luik 11 januari 1996, *T.B.H.* 1996, 988; Vred. Waver 7 september 1995, *T. Vred.* 1996, 345.

¹⁵⁰ P. WÉRY, "Abus de droit et clause pénale", (noot onder Bergen 11 januari 1995), *R.R.D.* 1996, 51.

¹⁵¹ Cass. 10 september 1971, *Arr. Cass.* 1972, 42; Cass. 18 februari 1988, *T.B.H.* 1988, 686.

weergegeven in artikel 1134, lid 3 B.W., moet worden gegrond.¹⁵² Aangenomen wordt dat het Hof van Cassatie met dit arrest de zogenaamde beperkende of derogerende werking van de goede trouw bevestigt.¹⁵³ Hiermee wordt bedoeld dat een schuldeiser een hem toekomend contractueel recht in bepaalde omstandigheden niet of niet volledig zal mogen uitoefenen, met name wanneer deze rechtsuitoefening onaanvaardbaar is naar de eisen van de redelijkheid en de billijkheid.¹⁵⁴

Verder blijkt ook hier weer uit het gebruik van het woordje “kennelijk” in de definiëring van de term rechtsmisbruik dat de rechter slechts een marginaal toetsingsrecht heeft. Dit betekent dat de rechter niet al te snel tot onbetamelijke rechtsuitoefening mag besluiten en dat hij de beleidsvrijheid van een contractant dus moet eerbiedigen wanneer die binnen de marge blijft waarbinnen redelijke personen van opvatting kunnen verschillen (cf. supra).¹⁵⁵

d. omvang van de matigingsbevoegdheid

Volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie moet, in geval is vastgesteld dat de schuldeiser misbruik heeft gemaakt van zijn recht, dit recht tot zijn normaal gebruik verminderd worden. Dit betekent dat deze tekortkoming aan de eisen van de goede trouw dus niet resulteert in het volledige verval van het recht dat werd misbruikt, maar wel in de beperking van het recht tot zijn normale uitoefening of het herstel van de veroorzaakte schade.¹⁵⁶

Over het antwoord op de vraag wat nu de “normale uitoefening” van een strafbeding is, heerst er verdeeldheid. Enerzijds is er een strekking in de rechtspraak die neigt de conventioneel overeengekomen schadevergoeding te herleiden tot op het niveau van de werkelijk geleden schade.¹⁵⁷ Anderzijds beklemtoont sommige andere rechtspraak dat hierdoor de rechterlijke matigingsbevoegdheid in bepaalde omstandigheden kan uitmonden in het verbod voor de schuldeiser een beroep te doen op zijn strafbeding¹⁵⁸, zodoende

¹⁵² Cass. 19 september 1983, *R.C.J.B.* 1986, 282, noot J.L. FAGNART

¹⁵³ Voor een uitgebreide uiteenzetting in dit verband: cf. E. DIRIX, “Over de beperkende werking van de goede trouw”, *T.B.H.* 1988, 660-667.

¹⁵⁴ H. BOCKEN, “De goede trouw bij de uitvoering van verbintenissen”, *R.W.* 1989-90, 1044; J.L. FAGNART, “L’exécution de bonne foi des conventions: un principe en expansion”, (noot onder Cass. 19 september 1983), *R.C.J.B.* 1986, 300; A. VAN OEVELEN, “De goede trouw bij de keuze van tussen gerechtelijke ontbinding en de gedwongen uitvoering van een wederkerige overeenkomst”, (noot onder Cass. 16 januari 1986), *R.W.* 1987-88, 1472.

¹⁵⁵ J. RONSE, *l.c.*, 211.

¹⁵⁶ Cass. 16 december 1982, *Pas.* 1983, I, 472; Cass. 18 februari 1988, *T.B.H.* 1988, 696, noot E. DIRIX; Cass. 11 juni 1992, *Pas.* 1992, I, 898. Zie ook bv.: Brussel 22 oktober 1998, *Act. jur. baux* 2000, 142.

¹⁵⁷ Bergen 21 maart 1990, *T.B.H.* 1990, 234; Vred. Sint-Niklaas 12 november 1990, *R.W.* 1991-92, 856; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TIMMERMAN, *l.c.*, 669; P. WÉRY, “Abus de droit et clause pénale”, *l.c.*, 52-53.

¹⁵⁸ Cf. I. MOREAU-MAGRÈVE, C. BIQUET en A. GOSSELIN, “Grands arrêts récents en matière d’obligations”, *Act. dr.* 1997, 12.

dat de grens tussen wat de rechter is toegelaten (matiging van de uitoefening van het strafbeding) en wat hem is verboden (verval van het voordeel van het strafbeding) steeds onduidelijker wordt.¹⁵⁹

7.3. Nietigheid

Zoals hoger reeds vermeld, was één van dé centrale doelstellingen van de Wet van 23 november 1998 de rechter een middel ter beschikking te stellen dat hem moest toelaten 0eventuele misbruiken van strafbedingen tegen te gaan zonder echter steeds zijn toevlucht te hoeven nemen tot de nietigverklaring, waarvan de gevolgen vaak al te drastisch waren (cf. supra). Met het zonet beschreven matigingsrecht is er aan die behoefte in grote mate tegemoet gekomen. De vraag die zich echter stelt is of, en zoja welke, rol de nietigheidssanctie vandaag in het kader van het (gemeenrechtelijk) strafbeding nog kan spelen.

(Wellicht) terecht wordt in de rechtsleer betoogd dat de vervanging van de nietigheidssanctie door het matigingsrecht, de nietigheid niet volledig verbannen heeft uit de sfeer van de strafbedingen.¹⁶⁰ Niets belet immers een advocaat de toepassing van andere rechtsgronden dan artikel 1231 B.W. in te roepen om bepaalde strafbedingen aan te vechten. Zo lijkt het ook na de Wet van 23 november 1998 niet onmogelijk een beroep te doen op de principes van de openbare orde, de goede zeden, het gebrek aan toestemming, de ongeoorloofde oorzaak of de gekwalificeerde benadeling om de nietigheid van het beding te bekomen en het zodoende volledig doen te verdwijnen uit de overeenkomst. Alleen zal de advocaat zijn argumentatie goed moeten afstemmen op de ingeroepen rechtsgrond(en).¹⁶¹ Gevolg hiervan is dat schadevergoeding in een dergelijk geval zal worden begroot via de toepassing van de regels van het gemene recht en dit op basis van de werkelijk geleden schade.¹⁶²

¹⁵⁹ P.-A. FORIERS, "Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle", *R.C.J.B.* 1994, 208.

¹⁶⁰ I. DEMUYNCK, *l.c.*, 108. Zie nochtans: C. DELFORGE, *l.c.*, 612; P. WÉRY, "La loi du 23 novembre 1998 modifiant le Code civil en ce qui concerne la clause pénal et les intérêts moratoires: fin de la crise de la clause pénale ou début de nouvelles incertitudes?", *l.c.*, 229.

¹⁶¹ I. DEMUYNCK, *l.c.*, 108. Voor een recente toepassing, zie: Rb. Veurne 28 januari 1999, *A.J.T.* 1999-00, 263.

¹⁶² Zie bv. recent Brussel 9 juni 1999, *A.J.T.* 1999-00, 550; Brussel 15 oktober 1998, *A.J.T.* 1998-99, 692; Luik 2 juni 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1433; Rb. Gent 29 april 1998, *T.G.R.* 1998, 211; Luik 16 oktober 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1538; Luik 20 februari 1996, *J.L.M.B.* 1997, 1127, noot F. NAVEZ; Bergen 23 maart 1994, *Rev. not. b.* 1994, 558; Kh. Gent 22 februari 1991, *T.G.R.* 1991, 73.

8. Bijzondere vraagstukken

8.1. Het strafbeding en de moratoire intrest¹⁶³

Uit (het vernieuwde) artikel 1153 B.W. blijkt dat, indien de verbintenis van de schuldenaar van bij de aanvang de betaling van een geldsom tot voorwerp heeft, de schadevergoeding wegens vertraging in de uitvoering in beginsel uit niets anders bestaat dan de wettelijke intresten. Principieel zijn deze moratoire of verwijlsintresten verschuldigd vanaf de ingebrekestelling en zonder dat de schuldeiser enig verlies hoeft te bewijzen. Zij vertegenwoordigen immers de schade die de schuldeiser vermoed wordt te hebben geleden wegens vertraging in de uitvoering van de verbintenis.

Daar dit artikel echter de openbare orde niet raakt¹⁶⁴, belet niets de partijen van deze bepaling af te wijken, en zelf een (conventionele) moratoire rente te bedingen die hoger ligt dan de wettelijke intrestvoet. Terminologisch kan het door DE PAGE voorgestelde onderscheid tussen strafbedingen *sensu stricto* (de klassieke strafbedingen) en strafbedingen *sensu lato* (waartoe ook de gevallen behoren waarin de partijen conventioneel een hogere rentevoet bedongen hebben dan de wettelijk bepaalde) verhelderend werken met het oog op een juiste aflijning van beide mechanismen.¹⁶⁵

Een in de rechtspraak vaak voorkomend probleem in dit verband, betreft de vraag of bij te late betaling van een geldsom het forfaitair verhogingsbeding¹⁶⁶ samen met de contractuele moratoire intrest als schadevergoeding kan worden toegekend. Met toepassing van de door WYMEERSCH voorgestelde “non bis in idem”-regel¹⁶⁷ wordt die vraag meestal bevestigend beantwoord, omdat het forfaitair verhogingsbeding en de contractuele moratoire intrest verschillende schadeposten beogen te vergoeden. Het forfaitair verhogingsbeding strekt er immers toe de schuldeiser te vergoeden voor het nadeel dat hij lijdt door de bijkomende kosten en inspanningen¹⁶⁸ die hij zich moet getroosten om betaling te verkrijgen, terwijl de moratoire intresten tot doel hebben de schuldeiser te

¹⁶³ In deze uiteenzetting zal bijna uitsluitend worden ingegaan op de vraag naar de toelaatbaarheid van de cumulatie van het strafbeding met de conventioneel bepaalde moratoire intresten. De verwijlsintrest *in se* wordt in dit kader niet behandeld.

¹⁶⁴ H. DE PAGE, o.c., 175. Zie ook: Cass. 7 september 1978, *Arr. Cass.* 1978-79, 18, dat weliswaar betrekking heeft op artikel 1154 B.W.

¹⁶⁵ H. DE PAGE, o.c., 172. Zie ook: Wetsvoorstel tot wijziging, wat het strafbeding en de moratoire intrest betreft, van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer*, 1997-98, nr. 1373/1, 4-5, waar men het onderscheid maakt tussen een verhogingsbeding (het zgn. “strafbeding”), dat op forfaitaire wijze de potentiële schade dekt die voortvloeit uit het niet-nakomen van de hoofdverbintenis, en de bedongen moratoire intrest, die het verlies aan intrest op het verschuldigde bedrag vergoedt.

¹⁶⁶ Een dergelijk soort strafbeding kan omschreven worden als een op facturen en verkoopdocumenten gebruikelijke clausule waarbij de hoofdsom forfaitair wordt verhoogd bij loutere wanbetaling.

¹⁶⁷ E. WYMEERSCH, “De betwistingen rond het strafbeding: een stand van zaken”, *l.c.*, 439-441.

¹⁶⁸ Zoals de verminderde productiviteit van het personeel, de stijging van de algemene bedrijfskosten, de vermindering van de investeringsmogelijkheden,...

vergoeden voor de schade die hij lijdt door de vertraging in de betaling, in het bijzonder het renteverlies op de uitstaande schuldvordering.¹⁶⁹ Sommige rechtspraak meent evenwel – ten onrechte – dat indien blijkt dat de schuldeiser in werkelijkheid beoogt een private straf op te leggen aan de schuldenaar, de samenvoeging van het forfaitair verhogingsbeding met de contractuele moratoire intrest als ongeoorloofd moet worden beschouwd.¹⁷⁰ Wel verdedigbaar is de stelling dat, een strafbeding dat een bepaalde tekortkoming sanctioneert (namelijk vertraging in de betaling) die geen schade heeft kunnen veroorzaken, niet geoorloofd is, aangezien deze tekortkoming reeds op een andere wijze (namelijk door middel van een conventionele intrest) is gesanctioneerd.¹⁷¹

8.2. Het strafbeding en de Faillissementswet en de Wet Gerechtelijk Akkoord

Luidens artikel 28, lid 2 W.G.A. blijven strafbedingen, die ertoe strekken op forfaitaire wijze de potentiële schade te dekken geleden door het niet nakomen van de hoofdverbintenissen, zonder gevolg tijdens de observatieperiode. Dit wil evenwel niet zeggen dat de buitenwerkingstelling van strafbedingen ook geldt voor de definitieve opschorting van betaling. Het lot van deze bedingen dient immers geregeld te worden bij de opmaak van het herstelplan, voor zover de voorwaarden tot het strafbeding vervuld waren voor de toekenning van de voorlopige opschorting van betaling.¹⁷²

¹⁶⁹ Kh. Hasselt 27 augustus 1999, *R.W.* 1999-00, 1452; Kh. Brussel 21 juni 1999, *A.J.T.* 2000, 509, noot O. VANDEN BERGHE; Luik 16 oktober 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1538; Gent 18 september 1997, *Jaarboek kredietrecht 1997*, Charlerloi, L' Observatoire du Crédit et de l' Endettement, 1997, 168; Brussel 6 mei 1997, *J.T.* 1997, 565; Vred. Hoei 1 maart 1996, *T. Vred.* 1997, 383; Vred. Brugge 12 juni 1995, *T.B.R.* 1995, afl. 3, 64; Antwerpen 12 januari 1993, *Turnh. Rechtsl.* 1993, 65; Kh. Charlerloi 27 november 1991, *J.L.M.B.* 1992, 449; Luik 22 oktober 1991, *J.T.* 1992, 440; Bergen 14 november 1990, *J.L.M.B.* 1991, 769; Rb. Brussel 18 oktober 1989, *J.L.M.B.* 1990, 103; Vred. Gent 3 januari 1989, *T.G.R.* 1989, 128; Vred. Brussel 12 december 1985, *T. Vred.* 1987,81; Kh. Brussel 28 juni 1983, *J.T.* 1983, 544; Rb. Mechelen 23 november 1982, *R.W.* 1985-86, 752; Kh. Luik 3 juni 1982, *J.L.* 1983, 71, noot J. JEUNEHOMME; Kh. Brussel 24 december 1980, *J.T.* 1981, 245; Luik 11 december 1980, *Jur. Liège* 1981, 101; Brussel 17 mei 1979, *R.W.* 1979-80, 2446; Kh. Dinant, 20 juni 1978, *J.T.* 1978, 598; Kh. Charlerloi 20 september 1977, *B.R.H.* 1978, 244; Kh. Brussel 6 mei 1977, *B.R.H.* 1977, 416; Kh. Gent 15 mei 1972, *B.R.H.* 1972, 638.

¹⁷⁰ Rb. Aarlen 28 maart 1986, *Jur. Liège* 1986, 327; Kh. Brussel 21 september 1984, *T. Aann* 1985, 173; Vred. Merksem, 17 juni 1982, *R.W.* 1984-85, 1518. Deze rechtspraak is bekritiseerbaar omdat zij de geoorlooftheid van het strafbeding niet afzonderlijk beoordeelt (cf. R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TIMMERMAN, *l.c.*, 672).

¹⁷¹ Cass. 8 februari 1974, *Arr. Cass.* 1974, 624.

¹⁷² K. BYTTEBIER en R.R. FELTKAMP (ed.), *Faillissement en gerechtelijk akkoord*, Antwerpen, Maklu, 1998, 232; H. BRAEKMANS, E. DIRIX en E. WYMEERSCH (ed.), *Faillissement en gerechtelijk akkoord: het nieuwe recht*, Kluwer Rechtswetenschappen, 1998, 38; C.-A. LEUNEN, "Lopende overeenkomsten en het vernieuwde recht van de onderneming in moeilijkheden", *T.P.R.* 1998, 484-486.

De principiële toepasselijkheid van strafbedingen bij faillissement van de schuldenaar wordt meestal niet meer betwist.¹⁷³ De gevolgen van een strafbeding dat onder meer een tekortkoming aan het contract moet sanctioneren blijven voortbestaan, niettegenstaande het faillissement van een contractant en kunnen aan de gezamenlijke schuldeisers worden tegengeworpen, ook al is het naar aanleiding van het faillissement dat de schuldenaar zijn contractuele verplichtingen niet nakomt.¹⁷⁴ Voorwaarde is wel dat de vergoeding verschuldigd is ten gevolge van een contractuele wanprestatie en niet als gevolg van de staat van faillietverklaring *an sich*.¹⁷⁵ Is het inroepen van het strafbeding echter het loutere gevolg van de faillissementstoestand, en is er geen sprake van een contractuele tekortkoming vanwege de gefailleerde schuldenaar, dan is een dergelijk beding niet tegenwerpelijk aan de boedel aangezien dit problematisch zou zijn in het licht van de gelijkheid der schuldeisers gelet op de mogelijkheid zich in te dekken tegen de gevolgen van de toepassing van het paritas-beginsel.¹⁷⁶

8.3. Het strafbeding en artikel 1244 B.W.

Krachtens artikel 1244 B.W. is het de rechter toegestaan aan de schuldenaar respijjtermijnen toe te staan voor de voldoening van zijn schuldvordering. Het bestaan van strafbeding belet de schuldenaar niet om termijnen van respijt aan te vragen.¹⁷⁷ Het toestaan van dergelijke respijjtermijnen betekent immers niet dat de aansprakelijkheid van de schuldenaar voor de niet-nakoming van zijn verbintenis wordt opgeheven. Door het verlenen van een uitstel van betaling wordt de schuld van de schuldenaar aan de niet-nakoming immers niet uitgewist. Eenmaal de termijn is verstreken, kan het strafbeding dan ook altijd worden toegepast.¹⁷⁸

¹⁷³ R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TIMMERMAN, *l.c.*, 673; E. WYMEERSCH, "De betwistingen rond het strafbeding: een stand van zaken", *l.c.*, 436-437.

¹⁷⁴ Zie en vgl: Cass. 10 april 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 1078 en *J.L.M.B.* 1987, 137, noot C. PARMONTIER; Luik 30 oktober 1997, *T.B.B.R.* 1998, 380; Kh. Brussel 17 februari 1997, *Rev. not. b.* 1998, 268; Bergen 9 januari 1991, *J.L.M.B.* 1991, 1383.

¹⁷⁵ Bergen 9 januari 1991, *J.L.M.B.* 1991, 1383, noot L.M. HENRION; Kh. Kortrijk 10 juni 1980, *B.R.H.* 1981, 87; Antwerpen 29 januari 1979, *B.R.H.* 1979, 212.

¹⁷⁶ Kh. Charleroi 16 februari 1993, *J.L.M.B.* 1995, 147; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TIMMERMAN, *l.c.*, 673.

¹⁷⁷ Cf. Cass. 21 februari 1964, *R.C.J.B.* 1966, 411; Kh. Brussel 24 juni 1968, *B.H.R.* 1970, 164; Kh. Antwerpen 22 februari 1962, *J.T.* 1962, 391, NOOT L. VAN BUNNEN. Men zou zich in dit verband de vraag kunnen stellen of de toekenning van respijjtermijnen, wat veronderstelt dat de schuldenaar ongelukkig en te goeder trouw is, wel te verzoenen valt met het feit dat voor de toepassing van het strafbeding juist vereist is dat de schuldenaar, op een hem toerekenbare wijze, zijn verbintenissen niet is nagekomen. Volgens het Hof van Cassatie berust een dergelijke redenering echter op een verwarring van de concepten contractuele fout en subjectieve fout (cf. Y. SCHOENTJES - MERCIERS, *l.c.*, 62-63).

¹⁷⁸ R. DEKKERS, *Handboek burgerlijk recht*, II, Brussel, Bruylant, 1971, 202; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, I, o.c., 353-354; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, III, o.c., 716.

8.4. Het strafbeding en de erfgenamen van de schuldenaar

De artikelen 1232 en 1233 regelen de toestand van de erfgenamen van de schuldenaar, naargelang de hoofdverbintenis deelbaar of ondeelbaar is.¹⁷⁹

Wanneer de oorspronkelijke verbintenis, onder strafbeding aangegaan, een ondeelbare zaak betreft, is de straf toepasselijk doordat één van de erfgenamen van de schuldenaar tegen de verbintenis gehandeld heeft, en de straf kan gevorderd worden, hetzij van hem die de overtreding heeft begaan, en zulks voor het geheel, hetzij van ieder van de medeërfgenamen voor zijn aandeel, en hypothecair voor het geheel, behoudens hun verhaal op hem die de toepassing van de straf veroorzaakt heeft.¹⁸⁰

Wanneer de oorspronkelijke verbintenis, onder strafbeding aangegaan, deelbaar is, is de straf alleen toepasselijk op degene van de erfgenamen van de schuldenaar die tegen deze verbintenis gehandeld heeft, en zulks enkel voor het aandeel waartoe hij in de hoofdverbintenis gehouden was, zonder dat enige vordering bestaat tegen hen die de verbintenis hebben nagekomen.

Deze regel lijdt uitzondering wanneer het strafbeding is ingelast met de bedoeling dat de betaling niet bij gedeelten zal kunnen geschieden, en een medeërfgenaam de nakoming van de verbintenis in haar geheel verhinderd heeft. Alsdan kan de straf van laatstgenoemde geëist worden voor het geheel, en van de overige medeërfgenamen slechts voor hun aandeel, behoudens hun recht van verhaal.¹⁸¹

8.5. Interpretatie van strafbedingen

Contractuele regelingen waarbij afgeweken wordt van de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsbepalingen, dienen – volgens de heersende rechtsleer en rechtspraak – restrictief te worden geïnterpreteerd.¹⁸²

Dit impliceert dat het niet toegelaten is strafbedingen bij wijze van analogie toe te passen op gevallen die niet door de partijen werden voorzien. Bijgevolg zal de schadevergoeding voor laattijdige uitvoering volgens het gemeen recht geregeld moeten worden, indien het strafbeding alleen voor de niet-uitvoering vooropgesteld was.¹⁸³ Omgekeerd mag het strafbeding dat voorzien werd voor laattijdige uitvoering, niet toegepast worden ingeval van niet-uitvoering of

¹⁷⁹Deze artikelen worden enkel en alleen aangehaald – doch niet besproken – opdat alle in het B.W. opgenomen artikelen m.b.t. (gemeenrechtelijk) strafbeding in deze uiteenzetting zouden gesitueerd zijn.

¹⁸⁰ Artikel 1232 B.W.

¹⁸¹ Artikel 1233 B.W.

¹⁸² H. DE PAGE, *o.c.*, 117 *in fine*; R. KRUIHOF, “Contractuele aansprakelijkheidsregelingen”, *T.P.R.* 1984, 263; Y. SCHOENTJES - MERCHIERS, *l.c.*, 57; Brussel 10 juni 1981, *Res. Jur. Imm.* 1981, 167; Kh. Brussel 29 april 1974, *B.R.H.* 1974, 244; Kh. Brussel 5 oktober 1973, *B.R.H.* 1974, 238.

¹⁸³ Cass. 25 maart 1858, *Pas.* 1858, I, 113.

gebrekkige uitvoering.¹⁸⁴ Verder oordeelde het Hof van Cassatie in deze context dat de rechter die beslist dat een forfaitair strafbeding, dat enkel bedoeld werd voor de vertragingsschade, ook de schade wegens meerkosten ingevolge voltooiing van de werken door derden dekt, aan het strafbeding een interpretatie geeft die niet te verenigen is met de bewoordingen van de akte waarin dit is opgenomen en zodoende de bewijskracht ervan miskent.¹⁸⁵ Desalniettemin moet de draagwijdte van het strafbeding overeenkomstig de bepalingen van het contract worden vastgesteld.¹⁸⁶

9. Een rechtsvergelijkende benadering

9.1. Algemeen

Niet alleen omwille van de steeds toenemende internationalisering van het juridische beroep, doch ook om aan te tonen dat de door de Belgische Wetgever aangereikte juridische regeling in verband met de strafbedingen niet de enig mogelijke is, maakt dat het mijn inziens nuttig de regeling van deze rechtsfiguur in de ons omringende landen even te bekijken. Daar in het licht van deze uiteenzetting niet kan verwacht worden dat op een exhaustieve wijze het Belgische stelsel vergeleken wordt met andere systemen, zal de bespreking beperkt blijven tot het geven van een summier overzicht van de in het buitenland bestaande juridische regels terzake. De klemtoon zal dan ook liggen op een schets van de gehuldigde opvattingen, en niet op een gedetailleerde uitwerking van de bestaande regels. Bij wijze van illustratie wordt achtereenvolgens de toestand in Nederland, Duitsland en Frankrijk behandeld.

9.2. Nederland

In Nederland is het “boetebeding” geregeld in de vierde paragraaf van afdeling 6.1.9. (artt. 91-94) N.B.W.¹⁸⁷ Als boetebeding wordt aangemerkt ieder beding, waarbij is bepaald dat de schuldenaar, indien hij in de nakoming van zijn verbintenis tekortschiet, gehouden is een geldsom of een andere prestatie te voldoen, ongeacht of zulks strekt tot vergoeding van de schade of enkel tot aansporing om tot nakoming over te gaan.¹⁸⁸

Uit deze definitie kan meteen de dubbele aard van het boetebeding naar Nederlands recht worden afgeleid. Vooreerst sterkt zij ertoe de uitvoering van de hoofdverbintenis te verzekeren: de vastgestelde geldsom of andere prestatie

¹⁸⁴ Vergelijk: Bergen 25 januari 1993, *T. Aann.* 1993, 371; Brussel 16 maart 1907, *J.T.* 1907, 655; Gent 14 december 1901, *Pas.* 1902, II, 236.

¹⁸⁵ Cass. 3 oktober 1975, *Arr. Cass.* 1976, 155.

¹⁸⁶ Brussel 7 juni 1968, *R.W.* 1968-69, 181.

¹⁸⁷ Voor een uitgebreide behandeling van deze rechtsfiguur naar Nederlands recht: cf. C. ASSER, *Verbintenissenrecht. Verbintenissen in het algemeen* in *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, I, Zwolle, Tjeenk Willink, 1996, 294-306.

¹⁸⁸ 6.1.8.16 N.B.W.

is dan bedoeld als boete, als straf voor de niet-nakoming van de hoofdverbintenis. Zij is dus een prikkel voor de schuldenaar zijn verplichtingen te vervullen. Op de tweede plaats kan het boetebeding er echter ook toe strekken bij voorbaat het bedrag van de schadevergoeding te fixeren dat de schuldenaar zal verschuldigd zijn ingeval van wanprestatie. Of het beding het ene, het andere of beide doelstellingen nastreeft is niet relevant met het oog op de toepasselijke rechtsregels aangezien die steeds dezelfde zullen zijn. Wat de voorwaarden voor de inroeping van het boetebeding betreft, wordt ook in Nederland vereist dat er een toerekenbare tekortkoming is¹⁸⁹ en dat de schuldenaar voorafgaandelijk in gebreke wordt gesteld.¹⁹⁰

Ook op het vlak van de gevolgen zijn er veel gelijkenissen met het Belgische recht. Zo kan ook in Nederland de schuldeiser, ondanks het bestaan van een boetebeding, kiezen voor de uitvoering in natura. De combinatie van nakoming en boete is evenwel niet toegelaten, tenzij het boetebeding enkel op vertraging mocht gesteld zijn.¹⁹¹ Verder laat het bestaan van een boetebeding de mogelijkheid gebruik te maken van het ontbindingsrecht onaangetast. Tenslotte kan opgemerkt worden dat, anders dan in Duitsland¹⁹², in een contractuele relatie waarin een boetebeding is opgenomen de normale, krachtens de wet verschuldigde schadevergoeding niet meer kan gevorderd worden.¹⁹³ Bovenstaande regels zijn echter van aanvullend recht, zodat andersluidende contractuele afspraken geoorloofd zijn.

Van het principe van de onaantastbaarheid van strafbedingen kan in Nederland, anders dan in België, in twee richtingen worden afgeweken. Enerzijds kan de rechter, indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist én indien de schuldenaar hierom verzoekt, de bedongen boete matigen.¹⁹⁴ Deze matiging kan niet verder gaan dan tot op het bedrag van de schadevergoeding die op grond van de wet zou verschuldigd zijn. Van deze regel kan contractueel niet worden afgeweken.¹⁹⁵ Anderzijds kan de Nederlandse rechter, indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist en indien de schuldeiser hierom verzoekt, naast de bedongen boete een aanvullende schadevergoeding toekennen.¹⁹⁶

9.3. Duitsland

Door middel van de Duitse “*Vertragsstrafe*” kunnen partijen overeenkomen dat bij niet-, niet tijdige of niet correcte uitvoering van verbintenissen een

¹⁸⁹ 6.1.8.17 lid 3.

¹⁹⁰ 6.1.8.17a N.B.W.

¹⁹¹ 6.1.8.17 lid 1 N.B.W.

¹⁹² Cf. § 340 B.G.B.

¹⁹³ 6.1.8.17 lid 2 N.B.W.

¹⁹⁴ 6.1.8.18 lid 1 N.B.W.

¹⁹⁵ 6.1.8.18 lid 3 N.B.W.

¹⁹⁶ 6.1.8.18 lid 2 N.B.W.

bepaalde geldsom¹⁹⁷ of een andere prestatie¹⁹⁸ door de schuldenaar voldaan moet worden.

Kenmerkend voor een dergelijk strafbeding naar Duits recht, is, net zoals in Nederland doch anders dan in België, de dubbele functie ervan. Enerzijds geeft de Vertragsstrafe de schuldeiser een drukkingsmiddel met het oog op de correcte nakoming van de aangegane verbintenissen. Anderzijds biedt een dergelijke clausule de schuldeiser het voordeel dat hij bij contractuele wanprestatie de Vertragsstrafe kan opeisen als minimumschadevergoeding.¹⁹⁹ In dit verband weze opgemerkt dat de Vertragsstrafe dient onderscheiden te worden van de “*pauschaliertes Schadenerzatz*”, zijnde een gefixeerde schadevergoeding, waarmee de schuldeiser een ingewikkelde schadeberekening kan vermijden, en die essentieel gekarakteriseerd wordt door de afwezigheid van het drukkingsmiddel-element.

De *Vertragsstrafe* wordt conform § 339 verschuldigd indien de schuldenaar in gebreke blijft zijn verbintenissen na te komen of een contractuele plicht tot “*unterlassen*” (*non facere*) schendt.

Wat de toepassing van het strafbeding betreft, maakt de wet een onderscheid of de contractuele boete gesteld is op de niet-nakoming, dan wel op de behoorlijke nakoming. Is het strafbeding gesteld op de niet-nakoming, dan kan de schuldeiser niet én nakoming én schadevergoeding vorderen, doch dient hij te kiezen tussen beide.²⁰⁰ Evenmin kan de schuldeiser naast de boete vergoeding van de gehele schade vorderen, tenzij hij de boven de verschuldigde boete uitstijgende schade bewijst.²⁰¹ Is het strafbeding daarentegen gesteld op de niet-behoorlijke nakoming, waarmee de gevallen van laattijdige en niet-correcte uitvoering worden bedoeld, dan kan naast het daardoor verschuldigde strafbeding nog nakoming gevorderd worden.²⁰² Voor de boven het strafbeding uitstijgende schade kan enkel nog schadevergoeding gevorderd worden indien deze bewezen wordt.²⁰³

Een buitensporig hoog contractueel strafbeding kan ook hier door de rechter worden gematigd.²⁰⁴

¹⁹⁷ § 339 B.G.B.

¹⁹⁸ § 342 B.G.B.

¹⁹⁹ §§ 340 II en § 341 I B.G.B.

²⁰⁰ § 340 I B.G.B.

²⁰¹ § 340 II B.G.B.

²⁰² § 341 I en II B.G.B.

²⁰³ § 340 II B.G.B.

²⁰⁴ § 343 BGB.

9.4. Frankrijk

Anders dan in België, vervult ook de Franse clause pénale, zowel een indemnitare als een coërcitieve rol. Naast het op forfaitaire wijze vastleggen van een schadevergoeding, strekt zij er immers toe de debiteur aan te zetten de hoofdverbintenis op spontane wijze uit te voeren.²⁰⁵ Gelet op het feit dat de overeengekomen som vaak de eigenlijke schade overtreft en bijgevolg een verrijking voor de schuldeiser betekent, moet zij dan ook gezien worden als een contractuele private straf.²⁰⁶

Vermeldenswaardig verder nog is, dat in Frankrijk de rechter eveneens de mogelijkheid geboden is de contractueel bedongen clause pénale te matigen of te verhogen.²⁰⁷ Opdat een strafbeding zou kunnen worden verhoogd, is geen bewijs van bedrog in hoofde van de schuldenaar vereist. Omgekeerd volstaat het aan te tonen dat de overeengekomen som manifest hoger ligt dan de werkelijk geleden schade om het strafbeding te matigen. Gelet op de zinssnede “la peine est manifestement excessieve ou dérisoire” en op de rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie terzake, moet toch worden beklemtoond dat rechterlijk ingrijpen tot een minimum moet beperkt blijven.

10. Besluit

Een strafbeding is 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. Om geldig te zijn dient deze accessoire clausule niet alleen te voldoen aan de algemene voorwaarden inzake toestemming, bekwaamheid, voorwerp en oorzaak, doch dient zij in het bijzonder een indemnitaïr karakter te hebben. Om na te gaan of men te maken heeft met een (rechtsgeldig) schadevergoedend beding dan wel met een (ongeoorloofd) coërcitief beding, dient men zich te plaatsen op het ogenblik van de contractsluiting en na te gaan of de overeengekomen som, op dat ogenblik beschouwd, een begroting kon zijn van de schade die uit de door het strafbeding geviseerde wanprestatie kon voortvloeien (het criterium van de “potentieel voorzienbare schade”). Vooraleer een geldig strafbeding uitwerking zou kunnen krijgen, is er naast een toerekenbare contractuele wanprestatie vanwege de debiteur eveneens een ingebrekestelling vereist. Verder wordt aan de principiële onveranderlijkheid van het strafbeding op drievoudige wijze afbreuk gedaan. Enerzijds kan de rechter op basis van artikel 1231 B.W. matigend optreden ten opzichte overdreven strafbedingen of in geval er sprake is van gedeeltelijke uitvoering van de hoofdverbintenis. Anderzijds besliste het Hof van Cassatie dat, in geval is vastgesteld dat de

²⁰⁵ Cf. artt. 1226 en 1229 C.C.

²⁰⁶ P. MALAURIE EN L. AYNÈS, *Droit civil. Les obligations*, Parijs, Editions Cujas, 1996, 505-506.

²⁰⁷ Cf. art. 1152 lid 2 C.C.

schuldeiser misbruik heeft gemaakt van zijn recht, de rechter dit recht tot zijn normaal gebruik kan verminderen.

Hoewel het wetgevend ingrijpen inzake de strafbedingen in globo positief geëvalueerd kan worden, zal er ook na de Wet van 23 november 1998 nog heel wat inkt vloeien over deze rechtsfiguur. Enkele bedenkingen.²⁰⁸

Gelet op het feit dat de Wetgever met de nieuwe wet op de strafbedingen geopteerd heeft voor de wezenlijk indemnitare aard van deze rechtsfiguur, is het op de eerste plaats betreuwenswaardig dat hij van deze gelegenheid geen gebruik gemaakt heeft om op terminologisch vlak de misleidende term strafbeding te vervangen door de notie schadebeding.

Op de tweede plaats is het opmerkelijk dat, hoewel het juist de oorspronkelijke bedoeling van de Wetgever was de dubbele natuur van het strafbeding te benadrukken, in de uiteindelijke wettekst enkel het vergoedend karakter van het strafbeding terug te vinden is. Anders dan in de ons omringende landen, heeft de Belgische Wetgever gekozen voor een oplossing die aansluit bij de bestaande jurisprudentiële traditie, die zich kant tegen een eventuele coërcitieve rol van het strafbeding.

Hoewel de Wetgever mijns inziens niet noodzakelijk de verkeerde oplossing gekozen heeft, mag evenwel niet voorbijgegaan worden aan de mening van zij die stellen dat het strafbeding zowel een indemnitare als een coërcitieve functie in zich moet kunnen dragen. Terecht werd in de rechtsleer de vraag gesteld wat er op tegen is het strafbeding eveneens een bedreigende rol te laten vervullen. Verscheidene auteurs argumenteren immers dat een dergelijk coërcitief strafbeding, opgenomen in een onderhandeld contract gesloten tussen gelijkwaardige partijen, juist het middel bij uitstek is om de schuldenaar ertoe aan te zetten zijn verbintenissen tijdig en correct na te komen. In het licht hiervan zou het strafbeding moeten gezien worden als een redelijk drukkingsmiddel dat ertoe kan bijdragen het aantal situaties waarbij een deelnemer aan het economisch verkeer in moeilijkheden komt, door het uitblijven van de prestatie waartoe een ander zich jegens hem verbond, te beperken.

Toch mag men mijns inziens niet blind zijn voor de negatieve kanten die een dergelijk systeem met zich mee zou kunnen brengen. Vooreerst moet het theoretische uitgangspunt dat contractspartijen zich in een gelijkwaardige onderhandelingspositie bevinden worden gerelativeerd. Dikwijls zal het immers zo zijn dat de (latere) schuldenaar bij de onderhandelingen slechts een beperkte invloed kan laten gelden met betrekking bepaalde contractuele clausules, wil hij nog in aanmerking komen als een aanvaardbare contractspartij. Gelet op de veel gehanteerde praktijk van de

²⁰⁸ Voor een meer fundamentele – doch zeer dikwijls terecht – kritiek op de kwaliteit van het wetgevend werk in het algemeen en de vaak incoherente wijze waarop er de laatste jaren is ingegrepen in het verbintenissenrecht in het bijzonder, zie: L. CORNELIS, *l.c.*, 5-22.

toetredingscontracten, is het daarom aangewezen dat er voldoende aandacht geschonken wordt aan, en de nodige bescherming geboden wordt tegen de nadelige gevolgen van de vaak grote socio-economische ongelijkheid terzake. Zoals in de bestaande rechtspraak wordt beklemtoond, zou een eventuele dwangfunctie van het strafbeding er op de tweede plaats ook kunnen toe leiden dat bepaalde schuldeisers zouden speculeren op de wanprestatie van de medecontractant en zodoende meer voordeel zouden halen uit de tekortkoming aan de contractuele verbintenis dan uit de correcte nakoming ervan. Verder zou de coërcitieve rol van het strafbeding de rechtzekerheid in deze materie niet ten goede komen. Om al te grote misbruiken tegen te gaan zou de rechter immers de mogelijkheid moeten geboden worden matigend op te treden. Indien het strafbeding een dwangfunctie in zich zou mogen dragen stelt zich natuurlijk de vraag naar het criterium dat de rechter zou dienen te hanteren om zo'n coërcitief strafbeding te toetsen. Aangezien een dergelijke clausele niet louter vergoedend hoeft te zijn, kan de maatstaf van de potentieel voorzienbare schade terzake niet dienend zijn. Daarom zou men noodgedwongen een oplossing naar Nederlands model, waar men een beroep doet op de billijkheid, of een oplossing naar Frans model, waar men de werkelijk bewezen schade in acht neemt, in onze wetgeving moeten opnemen. Geen van beide oplossingen kunnen evenwel bekoren in het licht van de rechtzekerheid. Hoewel de in Nederland gehanteerde billijkheidsoplossing toelaat elk geval afzonderlijk te beoordelen gelet op de concrete omstandigheden, biedt zij het nadeel dat de uitkomst van het geschil onzeker wordt gelet op de grote rechterlijke appreciatiebevoegdheid, die een dergelijke norm met zich mee brengt. Tegen de Franse verwijzing naar de werkelijk geleden schade kan dan weer worden aangevoerd dat op deze wijze aan de essentieel bewijsverlichtende functie van het strafbeding wordt geraakt. Tot slot moet in dit verband worden opgemerkt dat het belang van de dubbele natuur van het strafbeding niet mag overroepen worden. Ondanks het feit dat in België het strafbeding theoretisch slechts een schadevergoedende functie mag hebben, kan enerzijds toch niet ontkend worden dat aan een dergelijke clausele inherent toch een bedreigend karakter verbonden is. Aangezien de schuldenaar vooraf weet wat hij in geval van niet-nakoming verschuldigd zal zijn, zal hij immers onrechtstreeks zijn gedrag toch richten naar de contractuele verplichtingen. Anderzijds zouden misbruiken van eventuele coërcitieve strafbedingen gesanctioneerd kunnen worden door een rechterlijke interventie.

Ook in verband met de invoeging door de Wet van 23 november 1998 van de rechterlijke matigingsbevoegdheid inzake overdreven strafbedingen, kunnen enkele bedenkingen geformuleerd worden.

Wil een strafbeding als overdreven gekwalificeerd worden, dan moet het erin opgenomen bedrag de potentieel voorzienbare schade overschrijden. Om te beoordelen of men met een geoorloofd schadevergoedend strafbeding te maken heeft, moet, zoals gezegd, de rechter zich plaatsen op het ogenblik van de contractsluiting en nagaan of de overeengekomen som, op dat ogenblik

beschouwd, een begroting kon zijn van de schade die uit de door het strafbeding geviseerde wanprestatie kon voortvloeien.

Zoals uit enkele praktische gevallen blijkt, moet vooreerst worden opgemerkt dat deze werkwijze voor rechters niet altijd even eenvoudig is om te hanteren.²⁰⁹ Daarbij komt nog dat de rechter de hoogte van een strafbeding slechts op marginale wijze mag toetsen. Daar de inhoud van deze notie redelijk vaag is, zal een dergelijke praktijk *de facto* een nog grotere diversiteit in de rechtspraak met zich meebrengen. Bovendien kan men zich de vraag stellen of een dergelijke marginale toetsing wel te verzoenen valt met het noodzakelijk indemnitaire karakter van het strafbeding. Een derde moeilijkheid inzake de matiging van overdreven strafbedingen houdt verband met de steeds uitgebreidere rol die de werkelijk geleden schade wordt toebedeeld en de (bewijs)problemen die hiermee gepaard gaan. Na de Wet van 23 november 1998 heeft de werkelijk geleden schade op een dubbele wijze een invloed op de beoordeling van strafbedingen. Enerzijds besliste het Hof van Cassatie dat ook elementen van de reële schade in aanmerking mogen genomen worden om te oordelen welke potentiële schade de partijen voor ogen hadden bij het sluiten van de overeenkomst. Anderzijds vormt de werkelijk door de schuldeiser geleden schade ook het (enige) richtsnoer voor de rechter m.b.t. de omvang van zijn matigingsbevoegdheid. Daar waar het strafbeding er juist essentieel opgericht is discussies omtrent het bestaan en de omvang van de schade te vermijden, brengen deze twee elementen met zich mee dat de bewijsverlichtende uitgangspunten van het strafbeding op gevoelige wijze worden uitgehold.

Finaal mag mijns inziens in het kader van het gemeenrechtelijk strafbeding in het algemeen en in verband met de rechterlijke matigingsbevoegdheid terzake in het bijzonder ook niet voorbijgegaan worden aan de noodzakelijke vragen naar de billijkheid en de rechtszekerheid.

Zoals hoger reeds werd aangegeven, kan de rechter het in het strafbeding opgenomen bedrag immers niet beperken indien geen van de matigingshypothesen voorligt. Dat betekent dat, hoewel een strafbeding vergoedend en dus geldig is, toch nog tot onbillijkheden kan leiden wanneer a posteriori wordt vastgesteld dat de schuldeiser *de facto* helemaal geen schade heeft geleden dan wel de werkelijk geleden schade veel lager is dan de potentieel geraamde. De rol en de houding van de advocaten van de schuldeiser zullen in dergelijke gevallen dan ook niet onbelangrijk zijn.

Hoewel de regeling van het strafbeding naar Belgisch recht meer rechtszekerheid biedt dan de overeenkomstige reglementeringen in de ons omringende landen,²¹⁰ zijn er ook op dit vlak enkele bedenkingen te formuleren. Hoewel het juist de bedoeling van de Wetgever was de

²⁰⁹ Terloops weze opgemerkt dat het, omgekeerd, ook voor de partijen geen sinecure is om bij het opstellen van een contract zekerheid te scheppen (en te hebben) omtrent het al dan niet, later te beoordelen, indemnitaire karakter van het opgenomen strafbeding.

²¹⁰ Een toetsing aan de billijkheid zoals in Nederland laat immers zeer veel speelruimte aan de rechter...

rechtszekerheid in deze materie te vergroten, zou de invoering van het rechterlijk matigingsrecht ten aanzien van overdreven strafbedingen wel eens in het tegenovergestelde effect kunnen resulteren. Wat er ook van zij, de figuur van het strafbeding zal, net zoals zovele andere rechtsmechanismen en ongeacht welke regeling terzake ook wordt ingevoerd, altijd een enigszins problematisch karakter behouden. Wat echter opvalt is dat ook inzake de beoordeling van de strafbedingen wederom een cruciale rol voor de rechter is weggelegd. Gelet op het dwingend karakter van de rechterlijke matigingsbevoegdheid, bezit de rechter sinds een jaar over een ruime beoordelingsbevoegdheid die contractueel niet kan worden uitgesloten. Daar waar hij op die manier zijn functie als “hersteller van het contractueel evenwicht” beter kan vervullen, impliceert deze evolutie eveneens dat de uniformiteit in deze materie verder zal afbrokkelen. De rechter zal immers voortaan zelf *in concreto* over het overdreven karakter van het strafbeding moeten oordelen. Gelet op de vage wettelijke beoordelingscriteria en de realiteit dat de waarderings die magistraten erop nahouden wel eens grondig van elkaar kunnen verschillen brengt met zich mee dat niet alleen in het handelsverkeer, maar ook bij menig jurist een gevoel van onzekerheid zal (blijven) domineren...