

# RECHTSLEER

## DOCTRINE

ALGEMEEN HANDELSRECHT / DROIT COMMERCIAL GÉNÉRAL

### Alternatieven voor de 10%: een onderzoek naar de begroting van schadevergoeding bij ontbinding van koop-verkoop van onroerend goed wegens wanprestatie

*Bert Gregoir<sup>1</sup>*

<b>1. Inleiding</b> .....	114
<b>2. Intrinsieke schade</b> .....	116
<b>2.1. Gederfde winst: wijziging van het vermogen louter door de beoogde transactie</b> .....	116
2.1.1. Principe .....	116
2.1.2. Waardebegrippen .....	117
2.1.3. Concrete begroting .....	117
2.1.4. Toepassing in de rechtspraak .....	118
<b>2.2. Geleden verlies: intrinsieke schade door het tijdverlies</b> .....	119
2.2.1. Tijdverlies <i>T</i> .....	119
2.2.2. Schadebegroting voor de schadelijder-verkoper .....	121
2.2.3. Schadebegroting voor de schadelijder-koper .....	125
<b>3. Extrinsieke schade</b> .....	126
<b>3.1. Extrinsieke schade als onmiddellijk gevolg van de wanprestatie</b> .....	126
3.1.1. Geleden verlies als onmiddellijk gevolg van de wanprestatie .....	126
3.1.2. Gederfde winst als onmiddellijk gevolg van de wanprestatie .....	127
<b>3.2. Extrinsieke schade door tijdverlies</b> .....	128
3.2.1. Geleden verlies door tijdverlies .....	128
3.2.2. Gederfde winst door tijdverlies .....	128
<b>3.3. Al dan niet opnieuw te verrichten uitgaven</b> .....	129
3.3.1. Kosten voor een nieuwe transactie .....	129
3.3.2. In het bijzonder (1): makelaarskosten .....	130
3.3.3. In het bijzonder (2): verkooprechten/registratierechten .....	130
<b>3.4. Gemiste andere opportuniteiten en de leer van het positieve belang</b> .....	131
<b>4. Impact van de ontbinding van de overeenkomst op de schadebegroting</b> .....	131
<b>5. Interesten en indexering van de begrote schadeposten</b> .....	132
5.1. <i>Theorie</i> .....	133
5.2. <i>Aanvangsdatum</i> .....	134
<b>6. Besluit</b> .....	134

<sup>1</sup> Advocaat bij Stappers Advocaten.

## SAMENVATTING

*De auteur onderzoekt hoe contractuele schadevergoeding dient begroot te worden indien een koop-verkoopovereenkomst van een onroerend goed ontbonden wordt ten laste van een van de partijen, in de fase tussen de wilsovereenstemming en de notariële akte. Daarbij wordt onder andere het belang van het onderscheid tussen prijs en waarde nader belicht, en de impact van het tijdsverloop op de schadebepaling.*

## RÉSUMÉ

*L'auteur examine comment on estime l'indemnisation contractuelle en cas de résolution d'un contrat de vente de biens immobiliers à la charge de l'une des parties, dans la phase entre le consentement des parties et l'acte notarié. L'importance de la distinction entre le prix et la valeur, et l'impact de l'écoulement du temps sur la détermination des dommages-intérêts, sont, entre autres choses, discutés plus en détail.*

## 1. INLEIDING

**1. Probleemstelling.** “Een koper betaalt doorgaans een schadevergoeding van 10 procent van de woningprijs als de verkoopovereenkomst verbroken wordt.” Het citaat komt uit de bijlage Netto, rubriek vastgoed, bij de krant *De Tijd*<sup>2</sup>, en verwijst naar het schadebeding dat vaak in een onderhandse overeenkomst houdende koop van een onroerend goed opgenomen wordt. Deze 10% van de prijs, die ook zonder schadebeding al eens als maatstaf van de schade wordt gehanteerd<sup>3</sup>, doet echter geen recht aan de begroting van de werkelijke schade in een dergelijk geval.

**2. Opzet.** Het opzet van dit artikel is om te onderzoeken welke de werkelijke factoren zijn die de begroting van de schadevergoeding kunnen bepalen en om een aantal richtlijnen en aanknopingspunten te bieden voor de praktijk. Er wordt daarbij vertrokken van een koop-verkoop van een in België gelegen onroerend goed, en de situatie waarin deze overeenkomst ontbonden wordt nog voor de notariële akte wordt verleden, en dus voor dat er levering en betaling plaatsvindt, en dit ingevolge de wanprestatie van één van de partijen. De andere partij, koper of verkoper, kan daardoor schade lijden. Conform artikel 1184, tweede lid BW komt

deze schade, mits deze niet in natura hersteld wordt<sup>4</sup>, voor schadevergoeding in aanmerking. De begroting daarvan wordt hier nader onderzocht. Een onderzoek naar de toepassing en geldigheid van schadebedingen die in dergelijke gevallen van toepassing zouden kunnen zijn valt buiten het bestek<sup>5</sup>.

**3. Indeling.** In de inleiding worden verder kort enkele algemene uitgangspunten geformuleerd over schadebegroting. Vervolgens wordt de eigenlijke schadebegroting onderzocht, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen intrinsieke (titel 2.) en extrinsieke (titel 3.) schade. Waar nodig worden daarbij de positie van de schadelijder-verkoper en van de schadelijder-koper afzonderlijk toegelicht. Vervolgens wordt nagegaan welke impact de ontbinding zelf heeft op de schadebegroting (titel 4.). Ten slotte wordt een onderdeel gewijd aan indexering en interesten (titel 5.).

**4. Positief of negatief belang.** Schadebegroting vertrekt van een toestandsvergelijking tussen enerzijds de toestand van de schadelijder zoals deze is en anderzijds een hypothetische toestand waarin de wanprestatie niet had plaatsgevonden.

<sup>2</sup> N. BOLLEN, “Kan een koper zich nog bedenken?”, *De Tijd – Netto*, 17 september 2018.

<sup>3</sup> Zie bv. de verwijzing naar het bestreden vonnis in: Brussel 20 april 2010, *Res Jur. Imm.* 2010, 299.

<sup>4</sup> Herstel in natura heeft voorrang op de schadevergoeding (S. DE REY, *Herstel in natura*, Brugge, die Keure, 2019, 213).

<sup>5</sup> Zie voor literatuur over schadebedingen o.a.: J. CALLEBAUT, “Aandachtspunten bij de opmaak van een aanbod” in X, *[Notariële praktijk] Koop-verkoop, tips & tricks. VLN-Congres 10 december 2016*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2017, 38; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 603; I. DEMUYNCK, “De nieuwe wet op de strafbedingen: het matigingsrecht gelegaliseerd”, *RW* 1999-2000, 105; S. JANSSEN en S. STIJNS, “Postcontractuele bedingen: overleven zij ook de retroactieve ontbinding van een contract?” (noot onder Cass. 23 oktober 2017, C.17.0234.N), *RW* 2018-19, 421; D. MERTENS, “Het strafbeding is dood. Lang leve het strafbeding!” (noot onder Cass. 22 oktober 2004), *RW* 2005-06, 462; H. SCHELHAAS, “Waarheen met het boetebeding in Europa? Een analyse van het Engelse, Schotse, Belgische en Nederlandse recht en de Principles of European Contract law”, *TPR* 2000, 1428; H. SCHELHAAS, “Opzegbeding versus strafbeding” (noot onder Bergen 22 oktober 2003), *TBBR* 2005, 102; M. SERVAIS, “Kunnen de ontbinding van de overeenkomst en de betaling van een schadebeding tegelijkertijd worden gevorderd?” (noot onder Brussel 11 oktober 2016 en Cass. 30 november 2017, C.17.0104.N), *TBBR* 2019, 78; R. STEENNOT, “Verkoop onroerend goed: reductie bedongen schadevergoeding” (noot onder Gent 29 januari 2013), *NJW* 2014, 361; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 281; O. VANDEN BERGHE, “Bedingen en schadevergoedingen: strafbedingen, opzegbedingen en exonerationbedingen” in S. STIJNS (ed.), *Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2004, 48; D. VAN DRIESSCHE, “Rechtmatige schadebedingen: geen ontkomen aan?” (noot onder Vred. Torhout 21 december 2004), *TBBR* 2008, 33; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 1668; B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 788; P. WERY, “Les clauses pénales” in S. STIJNS en K. VANDERSCHOT (eds.), *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 183.

den<sup>6</sup>. Bij het onderzoek naar deze hypothetische toestand zonder wanprestatie is het de vraag hoe men deze benadert. Twee mogelijkheden tekenen zich daarbij af. Enerzijds kan men de toestand nagaan waarin de aansprakelijke zijn contractuele verbintenis was nagekomen. Dit heet de theorie van het *positieve belang*<sup>7</sup>. Anderzijds kan men de toestand nagaan waarin er nooit een overeenkomst was gesloten. Dit wordt de theorie van het *negatieve belang* genoemd<sup>8</sup>.

**5. Relevantie van het onderscheid.** In beide gevallen wordt een hypothetische toestand onderzocht waarin er geen wanprestatie begaan werd. Het verschil tussen beiden kan echter van groot belang zijn. Zo komt onder het positief belang o.a. de met de overeenkomst beoogde winst voor vergoeding in aanmerking<sup>9</sup>. Onder het negatieve belang is deze gedeelde winst niet vergoedbaar, maar komen diverse andere posten in aanmerking die onder het positieve belang uitgesloten zijn zoals voorbereidingskosten, nakomingskosten en winst uit misgelopen overeenkomsten met derden<sup>10</sup>.

**6. Toestandvergelijking onder positief belang.** De schadevergoeding heeft tot doel de schadelijder te plaatsen in de situatie waarin hij zich had bevonden indien de aansprakelijke zijn verbintenis was nagekomen, aldus de rechtspraak van het Hof van Cassatie<sup>11</sup>. Bij ontbinding geldt dan ook in principe het positieve belang in de Belgische rechtspraak<sup>12</sup> zodat hier verder enkel van dat uitgangspunt vertrokken wordt. Hoewel de situatie waarin de aansprakelijke zijn verbintenis was nagekomen fysisch niet bereikt kan worden, dient dit wel zo nauwgezet mogelijk benaderd te worden<sup>13</sup>. Schade wordt dus begroot door een vergelijking te

maken tussen de *actuele toestand* van de schadelijder zoals die is veroorzaakt door de wanprestatie en de *hypothetische toestand* waarin hij zich zou hebben bevonden mocht de wederpartij de beloofde prestatie in natura zijn nagekomen. Het (in pecuniaire termen uitgedrukte) negatieve verschil tussen beiden is schade<sup>14</sup>.

**7. Integraliteitsprincipe.** De schadelijder heeft recht op volledige vergoeding van zijn schade<sup>15</sup>. Dit heet het integraliteitsprincipe. Dat houdt in dat elke schade die zeker, persoonlijk en rechtmatig is, voor vergoeding in aanmerking komt<sup>16</sup>. Nochtans moet rekening gehouden worden met de beperkingen van artikel 1150 BW (voorzienbaarheid)<sup>17</sup> en artikel 1151 BW (causaliteit).

**8. Voordeelstoerekening.** Het principe van de voordeelstoerekening hangt samen met het integraliteitsprincipe: de toestandvergelijking focust op de globale situatie van de schadelijder na de wanprestatie<sup>18</sup>. Dit houdt in dat de voordelen die de schadelijder heeft genoten ingevolge de wanprestatie, in mindering worden gebracht van de schade<sup>19</sup>.

**9. Sowiesokosten.** Vermits schadevergoeding dient begroot te worden als het verschil tussen de huidige toestand van de schadelijder en het geval waarin de aansprakelijke de overeenkomst had uitgevoerd, vormen uitgaven die in beide hypothesen gemaakt worden, geen schade. De uitgaven die de schadelijder ook had moeten doen of inkomsten die hij ook had gedeeld als er van een ontbinding geen sprake was, zijn geen schadepost. Men noemt dit ook de *sowiesokosten*<sup>20</sup>.

<sup>6</sup> B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 84.

<sup>7</sup> B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 102.

<sup>8</sup> A. DE BOECK, "Precontractuele aansprakelijkheid" in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, IV, Commentaar Verbintenissenrecht, Titel II, Hfdst. 3, Afd. 6, 15; B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 102.

<sup>9</sup> Zie *infra*, 2.1., 3.1.2. en 3.2.2.

<sup>10</sup> A. DE BOECK, "Precontractuele aansprakelijkheid" in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, IV, Commentaar Verbintenissenrecht, Titel II, Hfdst. 3, Afd. 6, 15.

<sup>11</sup> Cass. 26 januari 2007, C.05.0374.N, *Arr.Cass.* 2007, 216, *TBO* 2008, 8; Cass. 26 januari 2007, C.06.0232.N, *Arr.Cass.* 2007, 228, *RW* 2009-10 (samenvatting), 1468; Cass. 13 oktober 2011, C.10.0642.N, *Arr.Cass.* 2011, 2096, *RPS* 2011, 444, Concl. G. DUBRULLE, noot D. LECLERCQ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2005, 178; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 538.

<sup>12</sup> Cass. 1 maart 2012, C.10.0425.N, *Arr.Cass.* 2012, 489; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2005, 179; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 185; B. VERKEMPINCK, "Schadevergoeding bij ontbinding: terechte suprematie van het positieve belang", *TPR* 2017, 1292. In het wetsvoorstel tot invoeging van Boek 5 "Verbintenissen" in het Nieuw Burgerlijk Wetboek (*Parl.St.* Kamer 2019, nr. 54-3709/001) wordt de toepassing van het positief belang uitdrukkelijk bevestigd in art. 5.93, vierde lid.

<sup>13</sup> Luik 13 november 1974, *JL* 1974-75, 121.

<sup>14</sup> J. BAECK, "Voor wie meer wil dan de ontbinding: bijkomende schadevergoeding", *TBBR* 2016, 304; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 562; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 1501.

<sup>15</sup> Luik 10 januari 1995, *JT* 1995, 267; Cass. 5 december 2014, C.14.0061.N, *Arr.Cass.* 2014, 2819, *RABG* 2015, 411, Concl. O.M.; Cass. 10 november 2017, C.15.0318.F, *TBH* 2018, 97; G. JOCQUE, "Tijdsverloop en schadevergoeding", *TPR* 2016, 1379; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2005, 178; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 1597. In het wetsvoorstel tot invoeging van Boek 5 "Verbintenissen" in het Nieuw Burgerlijk Wetboek (*Parl.St.* Kamer 2019, nr. 54-3709/001) is het principe van integraal herstel uitdrukkelijk voorzien in art. 5.89 en 5.311.

<sup>16</sup> L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 563.

<sup>17</sup> In het wetsvoorstel tot invoeging van Boek 5 "Verbintenissen" in het Nieuw Burgerlijk Wetboek (*Parl.St.* Kamer 2019, nr. 54-3709/001) opgenomen onder art. 5.90.

<sup>18</sup> B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 75.

<sup>19</sup> J. BAECK, "Voor wie meer wil dan de ontbinding: bijkomende schadevergoeding", *TBBR* 2016, 305.

<sup>20</sup> B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 134.

**10. Geleden verlies en gederfde winst.** Artikel 1149 BW deelt schade op in twee hoofdcategorieën, nl. geleden verlies (*damnum emergens*) en gederfde winst (*lucrum cessans*)<sup>21</sup>, die beiden op de wijziging in de toestand betrekking hebben: *geleden verlies* is elke vermogensdaling die de schadelijder wegens de wanprestatie ondergaat (een afname van actief of een toename van passief)<sup>22</sup> en *gederfde winst* is de door de wanprestatie uitgebleven actiefverhoging die uit de nakoming van de overeenkomst had moeten voortvloeien<sup>23</sup>.

**11. Intrinsieke en extrinsieke schade.** Hieronder wordt in hoofdorde voor een andere indeling gekozen, namelijk

enerzijds intrinsieke schade, waarbij de toestandswijziging van het voorwerp van het contract wordt onderzocht (titel 2.) en anderzijds extrinsieke schade waarbij de toestandswijziging van andere vermogensbestanddelen van de schadelijder wordt nagegaan (titel 3.). Deze indeling laat toe om al hetgeen betrekking heeft op het voorwerp van het contract (het onroerend goed en zijn prijs) gebundeld te behandelen. Zowel een waardedaling (zijnde geleden verlies) als een gederfde waardestijging (zijnde gederfde winst) van dat vermogensvoorwerp zijn twee aspecten van de toestandswijziging die als het over vastgoed gaat een gelijkaardige logica kunnen volgen (zie o.a. titel 2.2.2.).

## 2. INTRINSIEKE SCHADE

**12. Omschrijving van intrinsieke schade.** Als de wijziging van de toestand slaat op het voorwerp van het contract zelf dan spreekt men over intrinsieke schade<sup>24</sup>. Het voorwerp van het contract betreft voor de schadelijder-verkoper het onroerend goed en voor de schadelijder-koper de prijs. Hieronder wordt eerst de gederfde winst besproken die veroorzaakt wordt door het niet doorgaan van de transactie zelf (titel 2.1.), en vervolgens het geleden verlies dat een gevolg kan zijn van het tijdverlies (titel 2.2.). De extrinsieke schade (schade die de benadeelde lijdt aan andere bestanddelen van zijn vermogen dan het voorwerp van het contract) wordt besproken in titel 3.

### 2.1. Gederfde winst: wijziging van het vermogen louter door de beoogde transactie

#### 2.1.1. Principe

**13. Gederfde wijziging in het vermogen.** Wegens de ontbinding vooraf aan de uitvoering wordt de verkoper in het bezit gelaten van het onroerend goed en de koper in dat van de koopsom<sup>25</sup>. Abstractie makend van alle andere, verder besproken elementen moet men besluiten dat – zo bekeken –

hun vermogen als gevolg van de ontbinding niet wijzigt<sup>26</sup>. De gederfde winst bij ontbinding van de koop zit dan in het derven van de bij de uitvoering van de koop beoogde winst<sup>27</sup>, m.a.w. het vermogensvoordeel dat de prestatie van de aansprakelijke aan de schadelijder zou hebben opgeleverd<sup>28</sup>. Dit is intrinsieke schade in de zin dat het raakt aan het voorwerp zelf van de niet-nagekomen verbintenis<sup>29</sup>. Vermits de schadevergoeding beoogt de schadelijder te plaatsen in de situatie waarin hij zich had bevonden indien de aansprakelijke zijn verbintenis was nagekomen, komt deze winst voor vergoeding in aanmerking.

**14. Bepaling van de winst.** De transactie bestaat economisch gesproken in het omzetten van financiële middelen (geld, al dan niet geleend) in een onroerend goed, of omgekeerd<sup>30</sup>. Daarbij is de directe winst nihil als de waarde van het vastgoedobject gelijk is aan de overeengekomen prijs<sup>31</sup>. Overstijgt deze prijs de waarde, dan is er winst bij de verkoper; is deze prijs daarentegen lager dan de waarde, dan zit de winst bij de koper. Dit leert dat het ook mogelijk is dat de transactie voor de schadelijder verlieslatend zou geweest zijn, in welk geval er op dit vlak geen gederfde winst is<sup>32</sup>. Om hier dieper op in te kunnen gaan is het nodig om eerst na te gaan wat er onder *waarde* dient begrepen te worden.

<sup>21</sup> Gent 7 mei 1957, *RW* 1957-58, 861; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 1639.

<sup>22</sup> B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 115; B. VERKEMPINCK, “Schadevergoeding bij ontbinding: terechte suprematie van het positieve belang”, *TPR* 2017, 1320.

<sup>23</sup> B. VERKEMPINCK, “Schadevergoeding bij ontbinding: terechte suprematie van het positieve belang”, *TPR* 2017, 1326.

<sup>24</sup> J. HERBOTS, M. VERVOORT en S. VAN DER AUWERA, “Koop” in *Onroerend goed in de praktijk*, 2015, II.A.2, 49; B. TILLEMANS, *Gevolgen van de koop*, Mechelen, Kluwer, 2012, 353; B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 116.

<sup>25</sup> De restitutieplicht van het voorschot en gebeurlijk van het goed zelf wordt besproken *infra*, onder titel 4.

<sup>26</sup> Het Hof van Cassatie verbrak met arrest van 21 april 2016 (C.15.0374.N, *TBBR* 2018, 429) een arrest van het hof van beroep te Antwerpen dat tot gevolg had dat een verkoper zowel het goed behield als de integrale verkoopprijs vergoed zag.

<sup>27</sup> J. BAECK, “Résolution, restitutions et tiers” (noot onder Cass. 21 april 2016), *TBBR* 2018, 430.

<sup>28</sup> J. BAECK, “Voor wie meer wil dan de ontbinding: bijkomende schadevergoeding”, *TBBR* 2016, 306.

<sup>29</sup> B. VERKEMPINCK, “Schadevergoeding bij ontbinding: terechte suprematie van het positieve belang”, *TPR* 2017, 1321.

<sup>30</sup> Ruiloperaties, verkopen tegen lijfrente en andere varianten worden buiten beschouwing gelaten.

<sup>31</sup> Voor de koper de totale som die hij betaalt, maar voor de verkoper de totale som die hij ontvangt. Deze zijn niet dezelfde (zie randnr. 17-20).

<sup>32</sup> D. LECLERCQ, “L’octroi de dommages et intérêts au vendeur en cas de résolution judiciaire d’une convention de cession d’actions aux torts de l’acheteur” (noot onder Cass. 13 oktober 2011, C.10.0642.N), *RPS* 2011, 457.

## 2.1.2. Waardebegrippen

**15. Marktwaaarde en investeringswaarde.** De *International Valuation Standards* (IVS)<sup>33</sup> onderscheiden en definiëren minstens 6 waardebegrippen. Er zijn er nog tal van andere mogelijk (Annaert en Smets onderscheiden 9 verschillende waardebegrippen<sup>34</sup>). Hier wordt in de eerste plaats gebruik gemaakt van de volgende twee begrippen, zoals in de IVS gedefinieerd<sup>35</sup>:

- marktwaaarde: “*Market Value is the estimated amount for which an asset or liability should exchange on the valuation date between a willing buyer and a willing seller in an arm’s length transaction, after proper marketing and where the parties had each acted knowledgeably, prudently and without compulsion.*” (IVS 104, § 30.1)<sup>36</sup>;
- investeringswaarde: “*Investment Value is the value of an asset to a particular owner or prospective owner for individual investment or operational objectives.*” (IVS 104, § 60.1)

De bepaling ervan is geval per geval te onderzoeken, en het belang ervan kan nauwelijks overschat worden. Marktwaaarde is een algemeen begrip dat niet gebonden is aan een specifieke koper of verkoper. Investeringswaarde daarentegen wordt net wel bepaald door het specifieke nut dat een onroerend goed voor de betrokkene heeft of zou hebben en kan dus in belangrijke mate afwijken van de marktwaaarde<sup>37</sup>.

Dit kan – mits het hoger is dan de marktwaaarde – voorrang krijgen op de marktwaaarde gezien de schadelijder recht heeft op volledige vergoeding van *zijn* schade<sup>38</sup> (integraliteitsprincipe).

## 2.1.3. Concrete begroting

**16. Principe.** De begroting van de gedeerde winst als intrinsieke schade louter op grond van de transactie zelf is relatief eenvoudig. Het verschil wordt nagegaan tussen de waarde en de prijs<sup>39</sup>, en omdat het slechts de nettowinst is die als schade vergoedbaar is<sup>40</sup>, wordt ook met de kosten rekening gehouden die men voor de uitvoering had moeten maken. De schade die bestaat uit het feit dat men deze kosten gebeurlijk alsnog moet maken voor een nieuwe transactie wordt verder besproken onder titel 3.3.1.

**17. Koper.** Voor de schadelijder-koper gaat het dan om:

$$\text{Gedeerde Winst} = V - (P + K)$$

Op voorwaarde dat  $V > (P + K)$

Waarbij:

- $V$  = het hoogste van deze bedragen:
  - marktwaaarde;
  - investeringswaarde voor de koper;
- $P$  = overeengekomen transactieprijs<sup>41</sup>;

<sup>33</sup>. Editie 2017, International Valuation Standards Council, [www.ivsc.org](http://www.ivsc.org).

<sup>34</sup>. A. ANNAERT en J. SMETS, “Waaardebepaling van onroerende goederen en zakelijke rechten” in *Onroerend goed in de praktijk*, 2007, II.J.1, 11.

<sup>35</sup>. De andere 4 waaardebegrippen zijn:

- IVS 104, § 40: “*Market Rent*”: dit betreft de huurwaarde en is als dusdanig minder relevant bij de koop;
- IVS 104, § 50: “*Equitable Value*”: deze waarderung houdt rekening met de specifieke identiteit van koper en verkoper, hun wederzijdse belangen en de verhoudung tussen hen, en is dus voor een abstracte marktwaaardebepaling minder geschikt;
- IVS 104, § 70: “*Synergistic Value*”: dit is een waarderung die rekening houdt met de meerwaarde voor een partij die voortkomt uit het eigenaar worden van twee verschillende goederen die een synergie opleveren, waarbij de gezamenlijke waarde hoger is dan die van de delen. Dit begrip komt nog terug *infra*, in titel 3.1.2.
- IVS 104, § 80: “*Liquidation Value*”: deze waarderung betreft tevens een te specifieke situatie om als algemeen principe te hanteren, namelijk de verkoop van een geheel in gefragmenteerde onderdelen, al dan niet gedwongen.

<sup>36</sup>. Dit stemt overeen met wat ANNAERT en SMETS “*de (normale) verkoopwaarde*” noemen: “*De waarde waartegen het redelijk is een verkoop van hand tot hand te overwegen, en die elk redelijk persoon zou willen betalen voor een onroerend goed, dat aangeboden wordt met een voldoende publiciteit, rekening houdend met de aard en de bestemming van dat goed en de strekking van de vastgoedmarkt in die bepaalde wijk op dat bepaald tijdstip. Er mag geen uitzonderlijke interesse zijn van een koper en er mag ook geen uitzonderlijke en uitwendige dwang op de verkoper worden uitgeoefend om zijn onroerend goed te vervreemden.*”

<sup>37</sup>. Over het verschil tussen marktwaaarde en investeringswaarde: K.M. LUSHT, *Real Estate Valuation. Principles and Applications*, State College, KML Publishing, 2012, 21.

<sup>38</sup>. Luik 10 januari 1995, *JT* 1995, 267; Cass. 5 december 2014, C.14.0061.N, *Arr. Cass.* 2014, 2819, *RABG* 2015, 411, Concl. O.M.; G. JOCQUE, “Tijdsverloop en schadevergoeding”, *TPR* 2016, 1379.

<sup>39</sup>. J. Baeck verwijst voor de schade van de verkoper naar het verschil tussen de overeengekomen verkoopprijs en de aankoop- of vervaardigingskost van het verkochte goed (J. BAECK, “Voor wie meer wil dan de ontbinding: bijkomende schadevergoeding”, *TBBR* 2016, 307). Vermits de toestandsvergelijking vertrekt van het bepalen van het vermogen van de schadelijder is een verwijzing naar de marktwaaarde m.i. preciezer, zeker in de context van onroerend goed. Als men immers een vermogen boekhoudkundig benadert dan is het relevanter om van een marktwaaarde te vertrekken dan van de optelsom van aankoop- en vervaardigingskosten (wat men ook de investering van de verkoper kan noemen). De vraag of de schadelijder-verkoper met zijn vroeger gedane investering meer of minder dan de marktwaaarde heeft uitgegeven is een afgesloten verhaal op het ogenblik waarop hij met de aansprakelijke koper een transactie sluit. Vandaar dat ik meen dat vertrokken dient te worden van de marktwaaarde op het ogenblik van het sluiten van de koop. Voor de schade van de koper verwijst Baeck wel naar het verschil tussen de waarde en de prijs (J. BAECK, “Voor wie meer wil dan de ontbinding: bijkomende schadevergoeding”, *TBBR* 2016, 308).

<sup>40</sup>. Er dient uitgegaan te worden van de *nettowinstmarge* gezien de kosten die sowieso zouden zijn gemaakt in uitvoering van de overeenkomst niet verhaalbaar zijn op de aansprakelijke (B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 134).

<sup>41</sup>. Dit noemt men ook de “Prijs-Kosten-Koper”: de prijs die de verkoper bij een transactie daadwerkelijk ontvangt. Vermits in België de transactie- en verwerkingskosten gewoonlijk ten laste van de koper worden gelegd, is dit in de regel gelijk aan de overeengekomen prijs (M. DE CEUSTER en B. DE VOS, *Vastgoed, gewikt en gewaardeerd. Inleiding tot de taxatieleer*, Kalmthout, Pelckmans Pro, 2018, 38).

- K = de transactie- en verwerkingskosten die de koper zou gedragen hebben bij de aankoop, zoals notariskosten, verkooprecht, etc.<sup>42</sup>

**18. Marktwaaarde of investeringswaarde?** Het is m.i. verantwoord om het hoogste van marktwaaarde en investeringswaarde te hanteren (wat de schade hoger kan doen uitkomen) vermits een onroerend goed een bijzondere waarde kan hebben naar gelang van de persoon van de koper. De rechter moet bij de begroting van de schade rekening houden met de concrete omstandigheden in hoofde van de schadelijder<sup>43</sup> en de begroting van schadevergoeding is gericht op integrale vergoeding. Bijvoorbeeld: een onderneming die wil uitbreiden kan een hogere waarde hechten aan een naastliggend perceel dan een willekeurige derde die een soortgelijk perceel zoekt.

**19. Verkoper.** Voor de schadelijder-verkoper wordt dit:

$$\text{Gederfde Winst} = P - V$$

Op voorwaarde dat  $P > V$

Waarbij:

- V = marktwaaarde;
- P = overeengekomen transactieprijs.

**20. Enkel marktwaaarde.** Voor de schadelijder-verkoper dient geen rekening te worden gehouden met een investeringswaarde vermits de verkoper door het te koop stellen de toestand beoogt waarin hij het goed niet langer kan gebruiken. De investeringswaarde die de aansprakelijke koper aan het goed zou hechten is voor de schadelijder-verkoper niet relevant in de toestandsvergelijking. Er wordt ook niet met kosten rekening gehouden: het gaat louter om de transactieprijs of “Prijs-Kosten-Koper” in de zin dat (gelet op de Belgische context) de aankoopkosten voor rekening van de koper zijn.

### 2.1.4. Toepassing in de rechtspraak

**21. Schadelijder-verkoper.** Toepassingen van deze benadering in de gepubliceerde rechtspraak zijn eerder zeldzaam, in de zin dat deze tussenstap wordt overgeslagen en meteen het eventuele geleden verlies bij het sluiten van een latere

transactie in de beoordeling wordt betrokken<sup>44</sup>. In een zaak betreffende de ontbinding van een aandelenverkoop voor het hof van beroep te Antwerpen werd wel ingegaan op het eventuele verschil tussen de waarde van het goed en de overeengekomen prijs. Met arrest van 11 februari 2010<sup>45</sup>, bevestigd in cassatie<sup>46</sup>, wees het hof van beroep een eis tot betaling van bijkomende schadevergoeding vanwege de verkoper af met als reden dat niet bewezen was dat de waarde van de aandelen, waarover de verkoper weer vrij kon beschikken als gevolg van de ontbinding, lager lag dan de prijs die in het kader van de ontbonden overeenkomst was overeengekomen. Er was dus niet aangetoond dat  $P > V$ . De verkoper had na de ontbinding wel een nieuwe koop gesloten aan een lagere prijs maar het hof van beroep oordeelde dat de verkoper niet verplicht was in te gaan op een lager bod en dat hij met zijn in vrijheid gegeven toestemming de nieuwe verkoop afgesloten had, zodat hij het prijsverschil tussen de prijs van de eerste verkoop, die werd ontbonden, en die van de tweede verkoop niet kan verhalen op de eerste koper.

**22. Schadelijder-koper.** Zoals hierboven werd aangevoerd is de begroting van de gederfde winst anders bij de schadelijder-koper dan bij de schadelijder-verkoper. In een aantal geschillen waarin een verkoper zijn verbintenis niet nakwam en het goed voor een hogere prijs verkocht had aan een derde, werd de schadevergoeding van de schadelijder-koper begroot op precies de meerprijs t.a.v. de met hem overeengekomen som<sup>47</sup>. De rechter die de gederfde winst in hoofde van de koper aldus begroot op het prijsverschil tussen de niet-nagekomen transactie en de hogere verkoopprijs aan een derde, begroot in feite de winst die de wanprestant uit zijn wanprestatie heeft gehaald.

Deze winst mag dan eenvoudiger te begroten zijn dan de werkelijk gederfde winst van de schadelijder, het begroten van de schadevergoeding aan de hand van de *winstafdracht* van de wanprestant is naar Belgisch recht geen geldig referentiepunt<sup>48</sup>. Naar *common law* wordt het in de VS en Engeland wel toegelaten, weze het slechts in uitzonderlijke gevallen, zodat het voor de hier besproken problematiek aldaar evenmin een geldige begrotingswijze is<sup>49</sup>.

**23. Verlies van een kans?** Er is ook rechtspraak die verrekt van de premisse dat het verlies van de schadelijder-verkoper van zijn verkoop tegen de overeengekomen prijs te

<sup>42</sup> De som van P en K noemt men ook de “VON-Prijs” (Vrij Op Naam-Prijs). Zie M. DE CEUSTER en B. DE VOS, *Vastgoed, gewikt en gewaardeerd. Inleiding tot de taxatieleer*, Kalmthout, Pelckmans Pro, 2018, 38.

<sup>43</sup> Gent 18 mei 2001, *T.Not.* 2001, 684, noot J. BYTTEBIER.

<sup>44</sup> De impact van een latere transactie wordt verder besproken (zie *infra*, titel 2.2.2. voor de verkoper en titel 2.2.3. voor de koper).

<sup>45</sup> Antwerpen 11 februari 2010, *RPS* 2011, 459, noot.

<sup>46</sup> Cass. 13 oktober 2011, C.10.0642.N, *Arr. Cass.* 2011, 2096, *RPS* 2011, 444, Concl. G. DUBRULLE, noot D. LECLERCQ.

<sup>47</sup> Luik 3 juli 1952, *Pas.* 1952, II, p. 95; Brussel 31 oktober 1996, *AJT* 1997-98, 149, noot B.W.

Hanteert een gelijkaardige redenering maar besluit uiteindelijk tot een begroting *ex aequo et bono* omdat – zo stelt men – de gederfde winst door het verlies van de kans om het goed aan diezelfde hogere prijs te verkopen toch onzeker is, en omdat er bovendien factoren als aktekosten en verkooprechten mee in rekening moeten gebracht worden bij doorverkoop: Gent 26 september 2013, *TBBR* 2014, 113, noot J. CALLEBAUT.

<sup>48</sup> C. CAUFFMAN, “Naar een punitief Europees verbintenisrecht? Een rechtsvergelijkende studie naar de draagwijdte, de grondwettigheid en de wenselijkheid van het bestraffend karakter van het verbintenisrecht”, *TPR* 2007, 818.

<sup>49</sup> B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 433.

bekijken is als het verlies van een kans om het goed te verkopen tegen die welbepaalde som<sup>50</sup>. In principe kan schade, naargelang het verband tussen de wanprestatie en de schade onvoldoende zeker is, vergoed worden als zijnde een *verlies van een kans*, mits het verlies van de kans als gevolg van de wanprestatie wel zeker is<sup>51</sup>. De vergoeding daarvoor bestaat dan slechts uit het verlies van de kans, niet uit het verhoopte resultaat, zodat deze schadevergoeding noodzakelijk lager is. De redenering steunt op het gegeven dat niet de schade zelf vergoed wordt, maar de economische waarde van de verloren gegane kans<sup>52</sup>.

Deze benadering verdient in de hier besproken context m.i. geen navolging. Nu de schadelijder in het bezit gelaten wordt van hetgeen hij bij toepassing van de overeenkomst had moeten leveren (het onroerend goed of de prijs), is het normaal gesproken niet zeker dat de kans op een soortgelijke transactie verloren is. Dat door het tijdverlies de voorwaarden voor een nieuwe transactie minder gunstig kunnen worden is wel vergoedbaar, zoals in de volgende titel 2.2. wordt toegelicht. Het lijkt mij echter nodeloos complex om dat verlies te berekenen op basis van de leer van verlies van een kans.

## 2.2. Geleden verlies: intrinsieke schade door het tijdverlies

**24. Plan.** Er kan geleden verlies als intrinsieke schade optreden als de ontbinding een waardeverlies in het voorwerp van de overeenkomst veroorzaakt dat de schadelijder anders niet zou geleden hebben. Dit waardeverlies is te bekijken in functie van het tijdverlies dat door de ontbinding werd veroorzaakt. Voor de verkoper gaat het om waardeverlies van zijn onroerend goed, voor de koper gaat het om muntontwaarding, in het bijzonder in relatie tot de vastgoedmarkt. Onderzoek van de gepubliceerde rechtspraak en van de rechtsleer leert dat dit specifieke onderwerp nog onbetreden terrein lijkt te zijn, zodat hieronder vertrokken wordt van een eigen analyse op basis van bestaande algemene principes waarnaar verwezen wordt.

In de eerste plaats is te bekijken over welke tijdspanne het hier precies gaat (titel 2.2.1.). Daarop volgt een voorstel tot concrete begroting voor de verkoper enerzijds (titel 2.2.2.)

en de koper anderzijds (titel 2.2.3.), met specifieke aandacht voor de impact van een latere herverkoop.

### 2.2.1. Tijdverlies *T*

**25. Overzicht.** Het tijdverlies dient concreet begroot te worden, door het uit te drukken in jaren, maanden, weken en dagen. De omzetting in een in geld uitgedrukte schadepost is pas de volgende stap (titel 2.2.2. (voor de verkoper) en titel 2.2.3. (voor de koper)). Vanuit het principe van de toestandsvergelijking is het tijdverlies het verschil tussen de hypothetische toestand van de schadelijder waarin de aansprakelijke zijn verbintenis was nagekomen en de werkelijke toestand waarin de schadelijder verkeert. Ik duid de eerstgenoemde toestand aan als tijdstip  $T_0$ , zijnde het tijdstip waarop het tijdverlies aanvangt. Dat is met name het tijdstip waarop, hypothetisch, de notariële akte zou zijn verleden als de koop was doorgedaan. Dat is het geval zelfs als de wanprestatie voor dat tijdstip al vaststond. De tijd tot de notariële akte zou immers ook verstreken zijn als de koop doorging. Het tijdverlies eindigt bij tijdstip  $T_1$ , wat verwijst naar de werkelijke toestand van de schadelijder. Dat is in het bijzonder het tijdstip waarop de schadelijder een nieuwe, gelijkwaardige transactie sluit, en daarmee in dezelfde verkoopfase komt, namelijk het verlijden van de notariële akte.

**26.  $T_0$  bepalen.** Het tijdstip waarop de notariële akte zou verleden geweest zijn als de overeenkomst was uitgevoerd kan zo concreet mogelijk vastgesteld worden aan de hand van de overeenkomst zelf en de uitvoering daarvan. Tenzij er al een datum gepland was voor de akte, kan er in de regel een uiterste datum bepaald worden aan de hand van de wettelijke maximumtermijn van 4 maanden tussen de onderhandse overeenkomst en de registratie (art. 32, 4° W.Reg.).

**27.  $T_1$  bepalen: diverse vragen.**  $T_1$  dient zoals gezegd te worden bepaald op het tijdstip waarop de schadelijder een nieuwe, gelijkwaardige transactie sluit en er een notariële akte verleden wordt. Dit roept diverse vragen op die hieronder achtereenvolgens behandeld worden: gesteld dat er een nieuwe transactie is, is deze datum dan steeds voetstoots aan te nemen? Hoe kan men dit bepalen als er nog geen nieuwe transactie is, en wat als er überhaupt geen nieuwe transactie

<sup>50</sup>. Rb. Aarlen 17 januari 2002, *Rev.not.b.* 2003, 106.

<sup>51</sup>. Cass. 5 juni 2008, C.07.0199.N, *Arr.Cass.* 2008, 1462, *RW* 2008-09, 795, noot S. LIERMAN; Cass. 17 december 2009, C.08.0145.N, *Arr.Cass.* 2009, 3056; Cass. 17 december 2009, C.09.0190.N, *Arr.Cass.* 2009, 3067; Cass. 15 maart 2010, C.09.0433.N, *Arr.Cass.* 2010, 167; Cass. 23 september 2013, C.12.0559.N, *Arr.Cass.* 2013, 1905; Cass. 15 mei 2015, C.14.0269.N, *Arr.Cass.* 2015, 1227; Cass. 23 oktober 2015, C.14.0589.F, *Arr.Cass.* 2015, 2434; Cass. 21 april 2016, C.15.0286.N, *T.Gez.* 2016-17, 107, noot X; Cass. 13 mei 2016, C.15.0395.F, *RW* 2017-18 (samenvatting), 1344; J. BAECK, "Voor wie meer wil dan de ontbinding: bijkomende schadevergoeding", *TBBR* 2016, 305; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 565; B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 654.

<sup>52</sup>. Cass. 21 oktober 2013, C.13.0124.N, *Arr.Cass.* 2013, 2159, *RW* 2013-14, 941, noot. Kanschade wordt begroot in de volgende drie stappen (B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 691):

- eerst wordt de toekomstige winstderiving begroot alsof het zeker is dat deze zich zal voordoen;
- vervolgens wordt de kans begroot, uitgedrukt in procent, dat de toekomstige winst zou zijn gerealiseerd;
- ten slotte wordt het ene met het andere vermenigvuldigd.

gesloten wordt? Wat is ten slotte de impact van de wijze van ontbinding en het tijdstip daarvan?

**28. Werkelijke nieuwe transactie en de schadebeperkingsplicht.** Mits op het ogenblik dat de schade door de rechter bepaald wordt<sup>53</sup> de schadelijder reeds een nieuwe transactie sloot, lijkt het aangewezen om  $T_1$  aldus te bepalen op de concrete datum waarop de notariële akte van deze nieuwe transactie verleden wordt. Schade is immers in principe *in concreto* te begroten<sup>54</sup>. De nieuwe transactie, die men ook een “dekkingstransactie” noemt, dient door de schadelijder nagestreefd te worden, mede gelet op zijn schadebeperkingsplicht<sup>55</sup>. Dit principe zegt dat de schadelijder, zodra de wanprestatie vast staat, op zoek dient te gaan naar een nieuwe, gelijkwaardige transactie, vermits de schadelijder geacht wordt om loyaal de redelijke maatregelen te treffen om zijn schade te matigen of te beperken<sup>56</sup>. De schadelijder kan in voorkomend geval gehouden zijn om nadien nog doorlopende of optredende schade voor eigen rekening te nemen<sup>57</sup>. De grondslag hiervoor is gelegen in de verplichting tot uitvoering van overeenkomsten te goeder trouw (art. 1134, derde lid BW) waaruit de plicht tot samenwerking en loyauteit in hoofde van contractpartijen volgt, waaronder dus de plicht om de schade (waar de medecontractant voor moet instaan) te beperken<sup>58,59</sup>.

**29.  $T_1$  in abstracto bepalen.**  $T_1$  is moeilijker te bepalen wanneer de schadelijder – in het licht van de schadebeperkingsplicht – te lang gewacht heeft met het sluiten van een nieuwe transactie, of dit zelfs in het geheel nalaat, om welke reden dan ook. In dergelijke gevallen dient de schadevergoeding *in abstracto* bepaald te worden aan de hand van marktfactoren<sup>60</sup> en zou dus m.i. kunnen teruggevallen worden op een hypothetische bepaling van  $T_1$  in functie van de periode die redelijkerwijs nodig is om een nieuwe, gelijkwaardige transactie te sluiten en daarmee een notariële akte te verlijden. Dit kan voor de verkoper bepaald worden mede aan de hand van marktdata aangaande de duurtijd dat gelijkaardige

objecten gemiddeld te koop staan. Voor de koper kan nagegaan worden wat de moeilijkheidsgraad en dus de tijdsduur is om alternatieven te zoeken. Deze tijdsduur die voor verkoper en koper dus verschillend kan zijn, begint voor beide kanten ook niet op hetzelfde moment te lopen. Dat wordt hieronder nader onderzocht (verkoper: randnrs. 30-31; koper: randnr. 32).

**30.  $T_1$  bepalen voor de schadelijder-verkoper: na ontbinding.** Een specifiek probleem in dit verband is dat de verkoper geen nieuwe koop kan sluiten als de vorige koopovereenkomst nog niet ontbonden is, vermits dan pas de verkoper terug over het recht beschikt om zijn eigendom te verkopen<sup>61</sup>. De mogelijkheid voorzien in artikel 1657 BW om een “dekkingsverkoop” te sluiten zonder voorafgaande rechterlijke tussenkomst geldt niet voor onroerend goed<sup>62</sup>. Dit belet de verkoper *de facto* niet om op een ontbinding te anticiperen door reeds een nieuwe koper te zoeken zodra de wanprestatie voldoende vast staat, maar hij kan zijn goed niet terug verkopen als de vorige verkoop nog niet ontbonden is.

**31. Tijdstip van de ontbinding.** Het tijdstip van de ontbinding verschilt naargelang het een gerechtelijke of een buitengerechtelijke ontbinding betreft. De gerechtelijke ontbinding wordt uitgesproken in een vonnis<sup>63</sup>, zodat de schadelijder-verkoper daarna pas hetzelfde goed terug kan verkopen en  $T_1$  voor de schadelijder-verkoper dus niet vóór dat vonnis kan vallen. Bij de buitengerechtelijke ontbinding op grond van een uitdrukkelijk ontbindend beding is dat tijdstip niet het vonnis – dat immers niet vereist is – maar het tijdstip waarop de wederpartij de kennisgeving ontvangt van de partijbeslissing van de benadeelde schuldeiser die over de ontbindingsbevoegdheid beschikt<sup>64</sup>. De mogelijkheid van een buitengerechtelijke ontbinding zonder uitdrukkelijk ontbindend beding maar louter op partijverklaring ten slotte, is reeds decennia voorwerp van controverse<sup>65</sup>. Met Vermander dient echter vastgesteld te worden dat de bodemrechters de figuur van de buitengerechtelijke ontbinding op partijverkla-

<sup>53</sup>. De rechter begroot de schadevergoeding op het tijdstip van zijn einduitspraak; zie *infra*, titel 5.1.

<sup>54</sup>. B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 583.

<sup>55</sup>. Kh. Kortrijk 15 januari 1970, *RW* 1969-70, 1487; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 1603; B. VERKEMPINCK, “Schadevergoeding bij ontbinding: terechte suprematie van het positieve belang”, *TPR* 2017, 1286.

<sup>56</sup>. Cass. 17 mei 2001, C.00.0224.F, *Arr. Cass.* 2001, 923, Concl. DE RIEMAECKER; B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 567.

<sup>57</sup>. Kh. Kortrijk 12 december 2007, *RABG* 2012, 12, noot E. DE KEZEL.

<sup>58</sup>. J. BAECK, “Voor wie meer wil dan de ontbinding: bijkomende schadevergoeding”, *TBBR* 2016, 305.

<sup>59</sup>. In het wetsvoorstel tot invoeging van Boek 5 “Verbintenissen” in het Nieuw Burgerlijk Wetboek (*Parl.St.* Kamer 2019, nr. 54-3709/001) is de schadebeperkingsplicht uitdrukkelijk voorzien in art. 5.312.

<sup>60</sup>. B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 638.

<sup>61</sup>. D. LECLERCQ, “L’octroi de dommages et intérêts au vendeur en cas de résolution judiciaire d’une convention de cession d’actions aux torts de l’acheteur” (noot onder Cass. 13 oktober 2011, C.10.0642.N), *RPS* 2011, 458; B. VAN BAEVEGHEM, “De gerechtelijke ontbinding” in J. CALLEBAUT, B. DUBOIS, M. LAEVENS, E. MAES en N. OSTIJN, *Koop-verkoop van onroerende goederen. Duiding 2018*, Brussel, Larcier, 2018, 83.

<sup>62</sup>. Kh. Namen 20 februari 1975, *JL* 1975, 183; S. DE REY, *Herstel in natura*, Brugge, die Keure, 2019, 532.

<sup>63</sup>. T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 431.

<sup>64</sup>. F. VERMANDER, “Ontbinding wegens wanprestatie” in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 544.

<sup>65</sup>. S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 520; B. TILLEMANS, *Gevolgen van de koop*, Mechelen, Kluwer, 2012, 906 en F. VERMANDER, “Ontbinding wegens wanprestatie” in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 551.

ring wel erkennen<sup>66</sup> en daarnaast wordt in het ontwerp van Boek 5 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek (wetsvoorstel van 3 april 2019, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3709/001) deze mogelijkheid uitdrukkelijk voorzien in artikel 5.96. Onder dat voorbehoud kan gesteld worden dat een dergelijke vorm van ontbinding ook uitwerking kan hebben op het ogenblik waarop de bestemming kennis heeft genomen of redelijkerwijze had kunnen nemen van de ontbindingsbeslissing<sup>67</sup>, en  $T_1$  na dat tijdstip dient gesitueerd te worden, met name na de periode die redelijkerwijs nodig is om een nieuwe, gelijkwaardige transactie te sluiten en daarmee een notariële akte te verlijden.

**32.  $T_1$  bepalen voor de schadelijder-koper.** Anderzijds meen ik dat  $T_1$  voor de schadelijder-koper veel vroeger kan vallen. Hij kan zich terug op de markt begeven zodra de wanprestatie van de verkoper vaststaat (bv. omdat het goed aan een derde verkocht werd) en hoeft dus niet altijd een uitspraak van de rechter of een buitengerechtelijke ontbinding af te wachten. De tijd die het hem kost om een nieuwe opportuniteit te vinden en een koop notarieel te verlijden is geval per geval te bepalen, doch ook daarbij geldt dat in de eerste plaats gekeken wordt naar het werkelijke tijdstip waarop de dekkingskoop gesloten werd door het verlijden van een notariële akte en dat slechts naar een abstracte benadering aan de hand van marktfactoren gegrepen wordt als de dekkingskoop langer uitblijft dan nodig of in het geheel uitblijft<sup>68</sup>.

**33. T.** Het tijdverlies dat aldus bekomen wordt is de periode van  $T_0$  tot  $T_1$ , welke verder omschreven wordt als T, en uitgedrukt wordt in jaren<sup>69</sup>.

De volgende stap is het kwantificeren van de schade. Deze wordt afzonderlijk bekeken naar gelang de schadelijder verkoper of koper is.

### 2.2.2. Schadebegroting voor de schadelijder-verkoper

**34. Waardevermindering.** De intrinsieke schade die de verkoper lijdt is de eventuele waardevermindering van zijn onroerend goed, bekeken over de tijdspanne T. Dat is in

principe objectief aantoonbaar. De focus op de waardevermindering maakt dat de louter vaststelling van een latere verkoop aan een lagere prijs niet volstaat, gezien de schadelijder-verkoper dit uitsluitend zelf in de hand heeft en de schadebeperringsplicht hem ertoe noopt de latere verkoop aan een marktconforme prijs te doen<sup>70</sup>. In die zin zal de enkele verwijzing naar een latere lagere verkoopprijs niet als voldoende bewijs van schade volstaan<sup>71</sup>. Als er dus een latere transactie aan lagere prijs voorligt zal deze minstens aan de marktwaarde moeten getoetst worden<sup>72</sup>.

Een bedenking bij de focus op waardevermindering is dat dit te wijten moet zijn aan marktomstandigheden in het algemeen (vastgoedmarkt) of in het bijzonder (enkel voor dat pand), bijvoorbeeld het feit dat het pand te lang te koop staat. Zodra het over vermijdbare schade gaat zoals achteruitgang door verwaarlozing, kan de schadelijder-verkoper in last komen met zijn schadebeperringsplicht<sup>73</sup>. Hier wordt verder dus louter uitgegaan van waardeschommeling ingevolge algemene of bijzondere marktomstandigheden. Ook met waardevermeerderingen ingevolge verbeteringswerken aan het pand wordt geen rekening gehouden, daarvan dient abstractie gemaakt te worden.

**35. Rechtspraak.** In de rechtspraak van de feitenrechters wordt met de factor van waardevermindering voor de verkoper rekening gehouden. In zaken waarin de koper zijn verbintenis tot aankopen foutief niet nakwam, werd hij veroordeeld tot betaling van het verschil tussen de overeengekomen contractprijs en de lagere (marktconforme) doorverkoopprijs<sup>74</sup>. Het omgekeerde geval, waarin er waardevermeerdering van de schadevergoeding wordt afgetrokken, is in de gepubliceerde rechtspraak niet terug te vinden.

**36. Waardevermeerdering.** Als het gaat over waardevermeerdering door marktomstandigheden dan zou men op basis van het principe van de voordeelstoerekening (zie randnr. 8) kunnen redeneren dat dit een voordeel is dat de schadelijder geniet ingevolge de wanprestatie, zodat dit van de schade af te trekken is. Gelet op de gebruikelijke tendens van stijgende vastgoedprijzen zou dit aan de kant van de schadelijder-verkoper dus een element zijn dat vaak in zijn nadeel kan spelen.

<sup>66</sup>. F. VERMANDER, "Ontbinding wegens wanprestatie" in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 554.

<sup>67</sup>. F. VERMANDER, "Ontbinding wegens wanprestatie" in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 555.

<sup>68</sup>. B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 583 en 637.

<sup>69</sup>. Waarbij:

- een maand is 0,083 jaar;
- een week is 0,019 jaar;
- een dag is 0,0027 jaar.

<sup>70</sup>. Gent 29 oktober 1993, *TGR* 1994, 143, noot I. GEERS.

<sup>71</sup>. J. BAECK, "Voor wie meer wil dan de ontbinding: bijkomende schadevergoeding", *TBBR* 2016, 308.

<sup>72</sup>. Cass. 11 mei 1978, *Arr. Cass.* 1978, 1064.

<sup>73</sup>. De kosten om dat te vermijden kunnen overigens recupereerbaar zijn als "kosten ter vermindering van schade" (Cass. 22 maart 1985, AR 4417, *RW* 1986-87, 851).

<sup>74</sup>. Bergen 10 april 1989, *Rev.not.b.* 1989, 539, noot D.S.; Kh. Tongeren 13 november 2006, *T.App.* 2007, 30.

**37. Cassatierechtspraak over latere gebeurtenissen.** Uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie volgt dat de meerprijs die de schadelijder-verkoper geniet bij een latere verkoop een element is dat niet te zijnen nadele in rekening gebracht mag worden bij de schadebegroting vermits met latere gebeurtenissen die de toestand van de schadelijder beïnvloeden geen rekening mag gehouden worden in zoverre deze geen verband houden met de wanprestatie en de schade. De bestaande rechtspraak in die zin werd bevestigd in twee arresten van 26 januari 2007<sup>75</sup>. In de zaak C.05.0374.N<sup>76</sup> ging het over een schadelijder-verkoper die het goed na de ontbinding voor een hogere prijs kon verkopen. Dit bracht de feitenrechter in het bestreden arrest ertoe zijn schade-eis af te wijzen op grond van het argument dat de meerprijs zijn andere schadeposten teniet deed. Het is om die reden dat het arrest door het Hof van Cassatie verboden werd: met het voordeel dat gevolg was van de latere verkoop mocht geen rekening worden gehouden. In de zaak C.06.0232.N<sup>77</sup> had de feitenrechter geoordeeld dat met de latere verkoop (*i.c.* van aandelen) aan een hogere prijs geen rekening mocht worden gehouden. Deze beslissing werd door het Hof van Cassatie overeind gehouden. In de arresten in kwestie wordt niet gemotiveerd waarom de latere verkoop aan een hogere prijs een feit is dat geen verband houdt met de wanprestatie en de schade zodat er bij de schadebegroting geen rekening mee mag worden gehouden.

**38. Kritiek.** Er is kritiek mogelijk op deze rechtspraak van het Hof van Cassatie. In eerdere cassatierechtspraak wordt wel degelijk aanvaard dat de waardevermindering van het geld (inflatie) die optreedt tussen het schadeverwekkend feit en de uitspraak, verrekend moet worden in de uitspraak van de rechter<sup>78</sup>. In het algemeen is waardeverandering van het voorwerp van de schadevordering ook geen feit dat geen verband houdt met de wanprestatie en de schade<sup>79</sup>. De verschul-

digheid van hetgeen ook *inflatieschade*<sup>80</sup> genoemd wordt, volgt uit de vereiste van volledige vergoeding van de werkelijke schade (het integraliteitsprincipe).

Het is precies daarom dat de omvang van de schadevergoeding bepaald wordt op de datum van het vonnis of het arrest: om zo dicht mogelijk bij het tijdstip van de betaling te zitten<sup>81</sup>. Met deze *peildatum* wordt de schadelijder beschermd tegen prijsverhogingen en muntontwaarding<sup>82</sup>. Als prijsverhogingen en muntontwaarding feiten zijn waarmee rekening moet worden gehouden bij de begroting van de schadevergoeding, valt niet in te zien waarom waardevermeerdering onder het principe van voordeelstoerekening niet in rekening zou mogen worden gebracht, omdat het daarbij zou gaan om “gegevens die zich na de tekortkoming hebben voorgedaan en met die tekortkoming en de schade zelf geen verband houden”<sup>83</sup>. Deze stelregel om al dan niet met gegevens van ná de wanprestatie rekening te houden staat overigens bloot aan kritiek in de rechtsleer<sup>84</sup>.

**39. Verschil tussen marktwaarde en transactieprijs.** Men kan deze rechtspraak kaderen in de zin dat er letterlijk verwezen wordt naar een latere – hogere – doorverkoopprijs, en niet naar een waardevermeerdering. Een latere doorverkoopprijs is niet bepalend voor de waardeverandering: een transactieprijs kan een indicatie zijn voor de marktwaarde maar dat hoeft niet. Een specifieke transactie valt niet noodzakelijk binnen de criteria van een marktwaarde (zie randnr. 15)<sup>85</sup>, vermits de definitie van marktwaarde uitgaat van een aantal premissen die in de praktijk niet steeds vervuld zijn<sup>86</sup>. In concrete gevallen wordt marktwaarde gebaseerd op schattingsverslagen. Onderzoek leert dat er gemiddeld gesproken een aanzienlijke afwijking bestaat tussen schattingsverslagen enerzijds en werkelijke verkoopprijzen anderzijds: volgens cijfers gepubliceerd door MSCI<sup>87</sup> (2017)

<sup>75</sup> Cass. 26 januari 2007, C.05.0374.N, *Arr.Cass.* 2007, 216, *TBO* 2008, 8; Cass. 26 januari 2007, C.06.0232.N, *Arr.Cass.* 2007, 228, *RW* 2009-10 (samenvatting), 1468.

<sup>76</sup> Cass. 26 januari 2007, C.05.0374.N, *Arr.Cass.* 2007, 216, *TBO* 2008, 8.

<sup>77</sup> Cass. 26 januari 2007, C.06.0232.N, *Arr.Cass.* 2007, 228, *RW* 2009-10 (samenvatting), 1468.

<sup>78</sup> Cass. 27 juni 1974, *Arr.Cass.* 1974, 1222; Cass. 28 september 1995, C.93.361.N, *RW* 1995-96, 924, noot; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen (1981-1992)”, *TPR* 1994, (171) 653.

<sup>79</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 1611.

<sup>80</sup> Zie randnr. 82.

<sup>81</sup> Cass. 28 september 1995, C.93.361.N, *RW* 1995-96, 924, noot; Cass. 30 januari 2004, C.02.0045.F, *Arr.Cass.* 2004, 162; Cass. 4 maart 2010, C.09.0173.N, *TBH* 2010, 685; G. JOUQUE, “Tijdsverloop en schadevergoeding”, *TPR* 2016, 1384.

<sup>82</sup> B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 881.

<sup>83</sup> Cass. 26 januari 2007, C.05.0374.N, *Arr.Cass.* 2007, 216, *TBO* 2008, 8; Cass. 26 januari 2007, C.06.0232.N, *Arr.Cass.* 2007, 228, *RW* 2009-10 (samenvatting), 1468.

<sup>84</sup> B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 887.

<sup>85</sup> Zie K.M. LUSHT, *Real Estate Valuation. Principles and Applications*, State College, KML Publishing, 2012, 14. Kennis van transactiepreisen beïnvloedt waarderingen (zie voor een experiment daarover: J. A. HANSZ en J. DIAZ, “Valuation Bias in Commercial Appraisal: A Transaction Price Feedback Experiment”, *Real Estate Economics*, 563 (553-565)) maar er kan niet als algemene regel gesteld worden dat de transactieprijs en de marktwaarde gelijk zijn. Analoog inzake verkoop van aandelen: D. LECLERCQ, “L’octroi de dommages et intérêts au vendeur en cas de résolution judiciaire d’une convention de cession d’actions aux torts de l’acheteur” (noot onder Cass. 13 oktober 2011, C.10.0642.N), *RPS* 2011, 457.

<sup>86</sup> Over de definitie van marktwaarde volgens de RICS zoals *supra* aangehaald (randnr. 15) stellen M. DE CEUSTER en B. DE VOS (*Vastgoed, gewikt en gwaardeerd. Inleiding tot de taxatieler*, Kalmthout, Pelckmans Pro, 2018, 51): “Deze definitie heeft een normatieve ondertoon. Het gaat om de prijs waartegen we in ideale omstandigheden een transactie zouden moeten kunnen sluiten.” De praktijk leert dat de omstandigheden echter niet altijd ideaal zijn. Het is niet onwaarschijnlijk dat een dekkingstransactie bv. onder tijdsdruk gesloten zou worden, waardoor niet voldaan is aan volgend onderdeel van de definitie: “where the parties had each acted knowledgeably, prudently and without compulsion”.

<sup>87</sup> G. WALVEKAR en G.G. HARIHARAN, *Private real estate: valuation and sale price comparison. 2017 Results*, MSCI, juni 2018, 13.

bedraagt wereldwijd<sup>88</sup> de gewogen gemiddelde afwijking in absolute termen niet minder dan 9,40%. Dit betekent niet noodzakelijk dat schattingsverslagen zodanig onnauwkeurig zijn: er kunnen andere factoren zijn die maken dat de transactieprijs afwijkt van de marktwaarde<sup>89</sup>. Overigens moet waardeverandering ook afgezet worden tegen de inflatie in het algemeen, tenminste als men nominale bedragen (waarderingen) gaat vergelijken die op verschillende tijdstippen terugslaan (zie randnr. 45). Het onderscheid tussen marktwaarde en transactieprijs wordt in de rechtspraak vaak niet gemaakt, een uitzondering niet te na gesproken<sup>90</sup>.

**40. Waardeverandering als determinerende factor.** De rechtspraak van het Hof van Cassatie zou dus kunnen begrepen worden in de zin dat de feitenrechter geen rekening kan houden met de latere transactie, die een gebeurtenis is die geen verband houdt met de wanprestatie en de schade, maar dat dit geenszins belet dat de feitenrechter rekening houdt met de evolutie van de waarde van het onroerend goed waarvoor de schadelijder-verkoper een nieuwe koper moet zoeken om de huidige toestand van de verkoper correct in te schatten<sup>91</sup>. Er wordt bij de schadebegroting dus verder uitgegaan van de stelling dat louter de waardeverandering moet nagegaan worden<sup>92</sup>. Dat de waardebeoordeling moet geschieden zonder acht te mogen slaan op de transactiepreisen is daarmee m.i. nog niet gezegd.

Het is moeilijker aanvaardbaar om deze rechtspraak zo te lezen dat wel rekening mag worden gehouden met een latere transactie aan lagere prijs maar niet een aan hogere prijs<sup>93</sup>, vermits bij de toestandsvergelijking die eigen is aan de schadebegroting naar het gehele vermogen moet gekeken worden en het principe van de voordeelstoerekening door het Hof van Cassatie is aanvaard<sup>94</sup>.

**41. Een moeilijk onderscheid in rechtspraak en rechtsleer.** Een arrest van het Hof van Cassatie van 3 januari 2018<sup>95</sup> illustreert de moeilijke relatie tussen schadevergoeding en waardeverandering van vastgoed. Het betreft welis-

waar een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering maar de principes die hier van belang zijn, zijn dezelfde<sup>96</sup>. Het hof van beroep te Bergen had een schade-eis van een eigenaar tegen zijn nabuur afgewezen. De eis werd gesteund op waardevermindering van het onroerend goed ingevolge niet-toegelaten werken van die buur. De afwijzing van de eis werd gemotiveerd door te stellen dat de schadelijder zijn pand niet te koop had gesteld en het er bovendien niet op leek dat de niet-toegelaten werken kandidaat-kopers hadden afgeschrikt, zodat geen waardevermindering werd aange- toond.

Het Hof van Cassatie verbreekt dit arrest, op grond van de volgende twee overwegingen:

*“Enerzijds kan de rechter schadevergoeding toekennen voor de schade die de benadeelde partij in de toekomst zal onder- vinden, op voorwaarde dat de oorzaak van de schade op het ogenblik van de uitspraak vaststaat, zodat de rechtbank de schade kan ramen die daar noodzakelijkerwijs uit zal voort- vloeien.”*

Er blijft in die redenering een noodzakelijk verband tussen waardevermindering en transactie in de zin dat het Hof stelt dat de schade pas geleden zal worden in de toekomst (bij de transactie dus).

*“Anderzijds is de waardevermindering van een pand een schade waarvan het bestaan niet afhangt van een bij de tegeldemaking van het actief geleden verlies: de waardever- mindering kan ook te wijten zijn aan de kost van de vereiste inrichtingen om het pand in stand te houden en om de scha- delijke gevolgen van de fout uit te wissen.”*

Het eerste deel van deze zin lijkt het principe te aanvaarden dat waardevermindering als schadepost op zich staat, maar dan wordt er toch weer een concrete uitgave aan gekoppeld, in dit geval eventuele werken om het waardeverlies te com- penseren.

Ook het verschil tussen een waardering en een transactieprijs blijkt niet altijd evident. Zo bepleit auteur C. Heeb<sup>97</sup> m.i.

<sup>88</sup>. Er zijn geen afzonderlijke cijfers voor België beschikbaar. De cijfers van 2017 voor Nederland (10,10%), Frankrijk (8,70%) en Duitsland (18,10%) doen aannemen dat schattingen in België niet noemenswaardig dichter bij de daadwerkelijke verkoopprijzen liggen.

<sup>89</sup>. Objectieve vastgoedwaarderingen hebben hun tekortkomingen (zie N. DUNSE, C. JONES en M. WHITE, “Valuation accuracy and spatial variations in the efficiency of the property market”, *Journal of European Real Estate Research* 2010, p. 24-45). Indirect is dit ook door de Belgische wetgever onderkend vermits bij de procedure om een verkoop nietig te doen verklaren wegens benadeling voor meer dan 7/12, art. 1678 BW voorziet dat het “bewijs (...) niet (kan) worden geleverd dan door een verslag van drie deskundigen, die een enkel gemeenschappelijk proces-verbaal moeten opmaken en slechts een enkel advies, bij meerderheid van stemmen, mogen uitbrengen”.

<sup>90</sup>. Schuift de latere transactieprijs terzijde als zijnde onvoldoende bewijs van de schade: Gent 26 september 2013, *TBBR* 2014, 113, noot J. CALLEBAUT.

<sup>91</sup>. D. LECLERCQ, “L’octroi de dommages et intérêts au vendeur en cas de résolution judiciaire d’une convention de cession d’actions aux torts de l’ache- teur” (noot onder Cass. 13 oktober 2011, C.10.0642.N), *RPS* 2011, 459.

<sup>92</sup>. Vertrekt voor de vervangende verkoop ook van marktwaarde in plaats van transactieprijs: J. BAECK, “Voor wie meer wil dan de ontbinding: bijkomende schadevergoeding”, *TBBR* 2016, 309.

<sup>93</sup>. Wat bv. wel uitdrukkelijk voorzien is in de regeling van de “rouwkoop” zoals bepaald in art. 1606 Ger.W.

<sup>94</sup>. Cass. 8 november 2002, C.00.0374.N, *Arr.Cass.* 2002, 2440, *RW* 2003-04 (verkort), 1459, noot A. VAN OEVELEN; Cass. 2 september 2010, *Res Jur.Imm.* 2011, 346.

<sup>95</sup>. Cass. 3 januari 2018, P.17.0976.F, *TBH* 2018, 297 (samenvatting O. VANDEN BERGHE).

<sup>96</sup>. Zie voor een overzicht van verschillen en gelijknissen tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid: S. STIJNS, *Verbintenissen- recht*, Brugge, die Keure, 2013, 121; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 1159.

<sup>97</sup>. B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRYIN, C. HEEB en P. NAEYAERT, “Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: tussenpersonen (1)”, *TPR* 2010, (589) 859.

onterecht dat een makelaar die een waarde foutief te hoog inschat zou kunnen gehouden worden tot schadevergoeding tot beloop van het verschil tussen de lagere transactieprijs en zijn hogere waardering. Niet enkel strijdt dit met de principes van schadevergoeding<sup>98</sup> maar bovendien vergt het beoordelen van de kwaliteit van een waardering m.i. meer dan het vaststellen dat er een (zelfs aanzienlijk) verschil is met de transactieprijs. Anderzijds zet D. Leclercq helder de principes uiteen over het verschil tussen prijs en marktwaarde voor wat aandelentransacties betreft<sup>99</sup>.

**42. Vergelijking tussen P en  $V_1$ .** Om het geleden verlies van de schadelijder-verkoper door waardeschommeling over de periode T te bepalen zou er vergeleken moeten worden tussen een waardebeoordeling op  $T_0$  en een waardebeoordeling op  $T_1$ . Hier wordt er echter voor gekozen om de afgesproken prijs (aangeduid als P) te vergelijken met de waardebeoordeling op  $T_1$ . Deze waardebeoordeling wordt verder aangeduid als  $V_1$ . We zoeken dus het verschil tussen P en  $V_1$ . Dit is verantwoord in de zin dat daarmee twee stappen in één keer genomen worden: de winstderving door de transactie zelf (verschil tussen P en  $V_0$ )<sup>100</sup> en het verlies door het verstrijken van de tijd (verschil tussen  $V_0$  en  $V_1$ ).

**43. Rechtspraak.** Een dergelijke vergelijking wordt in de rechtspraak<sup>101</sup> aanvaard als het gaat om te verhandelen goederen. De schadelijder-verkoper kan zijn schade begroten door de transactieprijs te vergelijken met de latere marktprijs<sup>102</sup> als het bijvoorbeeld gaat over wol<sup>103</sup>, bouwmaterialen<sup>104</sup> of aardolie<sup>105</sup>. De verschillen met onroerend goed (m.n. dat het in de genoemde rechtspraak steeds gaat om soortgoederen die door de schadelijder professioneel verhandeld worden) kunnen niet verklaren waarom dezelfde redenering niet toegepast zou kunnen worden bij verkoop van onroerend goed, ook als de verkoper geen beroepsverkoper is.

**44. V.** De eerste stap in de formule gaat het verschil na tussen P en  $V_1$ , dat V genoemd wordt:

$V = P - V_1$ , waarbij als V positief is, er schade is.

Dit is echter niet klaar zonder met T rekening te houden. Deze periode kan zo kort zijn als enkele maanden als de kandidaten bij wijze van spreken in de rij staan en de koop wordt snel ontbonden maar kan net zo goed jaren lang zijn. Vandaar de vraag hoe de muntontwaarding in de vergelijking moet verrekend worden.

**45.  $V_1$  verdisconteren.** Gelet op het principe dat de schadelijder niet dient in te staan voor schade louter als gevolg van inflatie, moet de inflatie verrekend worden in de vergelijking. Concreet betekent dit dat  $V_1$  verdisconteerd wordt met de inflatie over de periode T alvorens met P te vergelijken, om een nominaal verschil aan te passen in een reëel verschil<sup>106</sup>.

Om  $V_1$  te verdisconteren luidt de formule:

$$V_{1 \rightarrow 0} = \frac{V_1}{(1+I)^T}$$

Waarbij I de discountfactor is (gebaseerd op inflatie over de betrokken periode) en T de periode uitgedrukt in jaren.

**46. Voorbeeld.** Een cijfervoorbeeld kan dit verduidelijken.

Hieronder worden drie scenario's geschetst waar telkens een verkoop voor een overeengekomen prijs van 100.000 EUR ontbonden wordt ten laste van de koper, en waarbij een waarde bepaald is op tijdstip  $T_1$ . In het eerste scenario is deze waarde op tijdstip  $T_1$ , zijnde  $V_1$ , 5.000 EUR hoger dan de koopprijs, in het tweede scenario is deze gelijk aan de koopprijs, en in het derde scenario is deze 5.000 EUR lager dan de koopprijs. Wie geen rekening houdt met inflatie zou kunnen besluiten dat de verkoper enkel schade lijdt in het derde scenario. Dat klopt echter niet, tenminste als men de vergelijking corrigeert voor inflatie door de waarde op tijdstip  $T_1$  te corrigeren naar  $T_0$ , teneinde ermee rekening te houden dat een deel van de prijsstijging louter het gevolg is van inflatie, waar de schadelijder niet voor moet instaan. De berekening van deze drie scenario's luidt:

<sup>98</sup> Er is geen hypothetische situatie waarin de klant-verkoper een verkoopprijs had bekomen tot beloop van de te hoge waardering.

<sup>99</sup> D. LECLERCQ, "L'octroi de dommages et intérêts au vendeur en cas de résolution judiciaire d'une convention de cession d'actions aux torts de l'acheteur" (noot onder Cass. 13 oktober 2011, C.10.0642.N), *RPS* 2011, 457.

<sup>100</sup>  $V_0$  zijnde de waardering op  $T_0$ , zoals besproken in randnr. 26.

<sup>101</sup> Aangehaald in J. BAECK, "Voor wie meer wil dan de ontbinding: bijkomende schadevergoeding", *TBBR* 2016, 309, vn. 37.

<sup>102</sup> Althans de marktprijs op het ogenblik dat de wanprestatie zeker is en hij een nieuwe koper kan zoeken. Zie Cass. 11 mei 1978, *Arr.Cass.* 1978, 1064.

<sup>103</sup> Kh. Sint-Niklaas 13 mei 1935, *RW* 1934-35, 1437.

<sup>104</sup> Kh. Kortrijk 21 februari 1959, *RW* 1958-59, 2155.

<sup>105</sup> Brussel 20 juni 1972, *RW* 1972-73, 1770.

<sup>106</sup> Het nominale verschil is louter rekenkundig, het reële verschil is gecorrigeerd voor inflatie.

	P	V <sub>1</sub>	Verdisconteerd V <sub>1-&gt;0</sub>	Schade	Schade
				<u>Nominaal:</u> Verschil V	<u>Reëel:</u> Verschil V
Inflatie I:	2%				
T:	1 jaar				
Scenario 1	100 000 €	105 000 €	102 941 €	5 000 €	2 941 €
Scenario 2	100 000 €	100 000 €	98 039 €	- €	1 961 €
Scenario 3	100 000 €	95 000 €	93 137 €	5 000 €	6 863 €

- wat in scenario 1 een prijsstijging voor 5.000 EUR lijkt die als voordeelstoerekening van de schade moet worden afgetrokken, is in reële termen maar 2.941 EUR;
- wat in scenario 2 een status quo lijkt in welk geval er geen schade is, is in reële termen een schade van 1.961 EUR;
- in scenario 3 tenslotte is de schade hoger dan ze lijkt: 6.863 EUR in plaats van 5.000 EUR, na correctie voor inflatie.

**47. Besluit: formule.** Het besluit is dat de formule om de schade (S) wegens winstderving uit de afgesloten transactie en waardeverlies over de betrokken periode als volgt luidt:

$$S = P - \frac{V_1}{(1+I)^T}$$

Waarbij:

- S = schade;
- P = afgesproken transactieprijs;
- V<sub>1</sub> = marktwaarde na de periode van het tijdverlies;
- I = discontofactor, gebaseerd op de inflatie over de periode van het tijdverlies;
- T = periode van het tijdverlies, uitgedrukt in jaren.

### 2.2.3. Schadebegroting voor de schadelijder-koper

**48. Waardeverlies van de aankoopssom.** De positie van de schadelijder-koper verschilt van deze van de schadelijder-verkoper, in de zin dat intrinsieke schade hier terugslaat op waardeverlies van de aankoopssom, specifiek in functie van de vastgoedmarkt. Of de koper de aankoopssom al dan niet deels zou lenen blijft daarbij gelijk. Het waardeverlies van het eigen vermogen dat zou aangewend worden is een direct gevolg van het tijdverlies maar dat waardeverlies leidt er net zo goed toe dat (in nominale termen) het extern te financieren bedrag hoger wordt, wat ook schade is. Vandaar dat deze schadepost op de volledige investering betrekking heeft (aankoopssom en aankoopkosten).

**49. Principe.** Het waardeverlies betreft de geldontwaarding of inflatie voor de periode T, specifiek voor de vastgoedprijzen van het beoogde type en in de beoogde regio. Omgekeerd moet met voordeelstoerekening rekening gehouden worden als de prijzen in kwestie dalen (deflatie).

**50. Geen verwijzing naar nieuwe transactie.** Het is voor de schade van de koper eenvoudiger om na te gaan dan voor de schade van de verkoper of er met de prijsevoluties in de markt moet rekening gehouden worden, dan wel met een werkelijke nieuwe transactie. Vermits haast geen twee onroerende goederen precies dezelfde zijn biedt de vergelijking tussen de prijs bij de ontbonden koop en de prijs bij de vervangaankoop geen uitsluitsel over de schade en kan de theorie van de dekkingskoop m.i. hierop niet toegepast worden<sup>107</sup>.

**51. M.** Men is dus voor de schadebegroting aangewezen op prijsschommelingen op de vastgoedmarkt, die voor periode T kunnen uitwijzen hoe de prijzen geëvolueerd zijn. De prijsschommeling wordt verder aangeduid als M, en is uit te drukken in procent. Daarbij dienen de nominale prijsevoluties te worden nagegaan, niet gecorrigeerd voor inflatie. Het inflatierisico is immers voor de aansprakelijke partij, niet voor de schadelijder. M moet toegepast worden op de VON-prijs of (P + K), dus naast de transactieprijs ook alle aankoopkosten (zie randnr. 16), vermits dit de volledige investering is van de koper.

**52. Formule.** Zodoende luidt de formule voor de schade ingevolge het waardeverlies over T van de aankoopssom van de koper = (P + K) \* M

Bij negatieve prijsevoluties is er geen schade vermits het resultaat dan negatief is.

Anders dan bij de schade van de verkoper biedt het geen meerwaarde om deze formule te combineren met deze van de winstderving<sup>108</sup> vermits het voorwerp verschillend is: de winstderving betreft het onroerend goed dat voorwerp was van de ontbonden koop, het waardeverlies door de tijd betreft de aankoopssom.

<sup>107</sup>. De dekkingskoop is de situatie waarin de koper zijn wanpresterende verkoper na ingebrekestelling en zonder voorafgaande rechtelijke tussenkomst vervangt, vervolgens bij een derde equivalent koopwaar aankoopt en de redelijke meerprijs t.a.v. de bedongen prijs op de wanpresterende verkoper kan verhalen. Dit wordt jurisprudentieel aanvaard, voor vervangbare koopwaren, en volgens De Rey kan dit ook op niet-vervangbare koopwaren toegepast worden: S. DE REY, *Herstel in natura*, Brugge, die Keure, 2019, 514 *et seq.*

<sup>108</sup>. Zie randnr. 17: winstderving = V<sub>0</sub> - (P + K).

### 3. EXTRINSIEKE SCHADE

**53. Overzicht.** Extrinsieke schade is de schade die de benadeelde lijdt aan andere bestanddelen van zijn vermogen dan het voorwerp van het contract, welke schade hij bij contractnaking niet had geleden<sup>109</sup>. Hieronder worden diverse soorten besproken, in volgende categorieën: extrinsieke schade die een onmiddellijk gevolg is van de wanprestatie zelf (titel 3.1.), extrinsieke schade ingevolge het tijdverlies (titel 3.2.) en extrinsieke schade ingevolge diverse opnieuw te verrichten uitgaven (titel 3.3.). Ten slotte wordt gekeken naar gemiste andere opportuniteiten (titel 3.4.).

#### 3.1. Extrinsieke schade als onmiddellijk gevolg van de wanprestatie

**54. Soorten.** Ingevolge de wanprestatie van de wederpartij dringen een aantal kosten zich onmiddellijk op, o.a. om de anders dan verwachte situatie te beheren. In de mate dat deze kosten niet nodig waren geweest zonder de wanprestatie gaat het om *geleden verlies* (titel 3.1.1.). Daarnaast kan het niet doorgaan van de transactie voor *gederfde winst* zorgen die buiten het voorwerp van de transactie zelf ligt en dus extrinsieke schade is (titel 3.1.2.).

##### 3.1.1. Geleden verlies als onmiddellijk gevolg van de wanprestatie

**55. Afbakening.** De verkoper of koper die geconfronteerd wordt met een in gebreke blijvende wederpartij ziet zich genoodzaakt bepaalde kosten te maken die onder de vergoedbare schade vallen mits het gaat over de kosten die de schadelijder niet zou gemaakt hebben als de aansprakelijke zijn verbintenissen was nagekomen. Vermits elke vastgoedtransactie met administratie gepaard gaat en ook een “hobbelig parcours” nog tot nakoming kan leiden is dit onderscheid niet altijd evident<sup>110</sup>. Hieronder worden een aantal

mogelijke schadeposten besproken, zonder dat deze opsomming exhaustief is. De gebeurlijke kosten die nodig zijn voor het sluiten van een nieuwe transactie worden verder besproken (titel 3.3.1.).

**56. Juridische en technische bijstand.** Kosten van juridische bijstand door een advocaat zijn niet te recupereren vermits deze geacht worden te zijn gedekt voor de rechtsplegingsvergoeding gelet op artikel 1022, zesde lid Ger.W.<sup>111</sup>. Kosten van technische bijstand vallen buiten die beperking en zijn wel verhaalbaar<sup>112</sup>. Denk bijvoorbeeld aan de bijstand van een vastgoeddeskundige/schatter voor de schadebegroting<sup>113</sup>.

**57. Administratie- en andere diverse kosten.** De kosten die gemakshalve onder de noemer *administratiekosten* gebracht worden (allerhande werkzaamheden in hoofde van de schadelijder zelf, diens aangestelden en personeelsleden) zijn moeilijk concreet te begroten. Vandaar dat hiervoor in bepaalde gevallen door de rechtspraak een begroting *ex aequo et bono* wordt toegelaten op een rond bedrag<sup>114</sup>, hoewel dat een begrotingswijze is die slechts toegestaan wordt als de rechter vaststelt dat het onmogelijk is de schade, door de aard ervan<sup>115</sup>, anders en nauwkeuriger te bepalen<sup>116</sup>, en niet bijvoorbeeld louter omdat de schadelijder nalaat de gegevens bij te brengen waarover hij beschikt en waarmee de schadevergoeding concreet kan begroot worden<sup>117</sup>.

Hetzelfde geldt voor wat onder de algemene noemer *achternageloop* gebracht wordt<sup>118</sup>, en voor de *morele schade* die in voorkomend geval geleden kan zijn door betrokken natuurlijke personen<sup>119</sup>. Een variant op de morele schade, die ook door rechtspersonen kan geleden worden, is *reputatieschade*, welke eveneens *ex aequo et bono* begroot wordt<sup>120</sup>. Bepaalde componenten die soms ook onder administratiekosten gebracht worden zoals *correspondentiekosten*, *telefoonkosten* en *verplaatsingskosten* kunnen in principe wel

<sup>109</sup>. J. HERBOTS, M. VERVOORT en S. VAN DER AUWERA, “Koop” in *Onroerend goed in de praktijk*, 2015, II.A.2, 49; B. TILLEMANS, *Gevolgen van de koop*, Mechelen, Kluwer, 2012, 353; B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 128.

<sup>110</sup>. Zie in dat verband de kritiek van Verkempinck op het arrest Gent 26 september 2013 (gepubliceerd in *TBBR* 2014, 113): B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 137.

<sup>111</sup>. Gent 29 januari 2013, *NJW* 2014, 357, noot R. STEENNOT.

<sup>112</sup>. Cass. 6 januari 2010, P.09.1152.F, *Arr. Cass.* 2010, 19; Cass. 1 maart 2012, C.10.0425.N, *Arr. Cass.* 2012, 489, *RW* 2013-14, 19, noot; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 1622.

<sup>113</sup>. Rb. Brussel 31 oktober 2013, *Res Jur. Imm.* 2014, 372; J. BAECK, “Voor wie meer wil dan de ontbinding: bijkomende schadevergoeding”, *TBBR* 2016, 311.

<sup>114</sup>. 5.000,00 EUR: Kh. Kortrijk 12 december 2007, *RABG* 2012, 12, noot E. DE KEZEL.

<sup>115</sup>. Bv.: morele schade.

<sup>116</sup>. Cass. 11 september 2009, C.08.0031.F, *Arr. Cass.* 2009, 1995, *NJW* 2010, 15, noot G. JOCQUE; Cass. 7 november 2012, P.12.0771.F, *JDSC* 2014, 284; Cass. 15 januari 2014, P.13.1110.F, *Arr. Cass.* 2014, 128; M. BERLINGIN, “L’indemnisation *ex aequo et bono* est subsidiaire à l’indemnisation *in concreto*”, *Les Pages* 2016, 4; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 1602.

<sup>117</sup>. Cass. 20 september 2001, C.99.0057.N, *Arr. Cass.* 2001, 1491, *RW* 2003-04, afl. 8, 296, noot; Rb. Luik 19 oktober 2010, *T.Agr.R.* 2011, 66, noot; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 187.

<sup>118</sup>. J. BAECK, “Voor wie meer wil dan de ontbinding: bijkomende schadevergoeding”, *TBBR* 2016, 311. Weigert deze schadepost omdat dit volgt uit “*een normale deelname aan het maatschappelijk leven*”: Rb. Brussel 31 oktober 2013, *Res Jur. Imm.* 2014, 372.

<sup>119</sup>. 250 EUR voor ongemak, achternageloop en morele schade: Rb. Gent 29 juni 2004, *TGR-TWVR* 2004, 273.

<sup>120</sup>. 40.000 BEF (doch met ook andere componenten inbegrepen): Brussel 16 oktober 1975, *RW* 1976-77, 295.

degelijk concreet begroot worden<sup>121</sup>. Desondanks wordt in de praktijk hiervoor door de rechtspraak wel een begroting *ex aequo et bono* toegelaten<sup>122</sup>.

**58. Personeelskosten?** Personeelskosten zijn voor een onderneming de kosten verbonden aan het tewerkgestelde personeel. Als de schadelijder een onderneming is kan deze stellen dat tegenover de wanprestatie meer werk voor zijn personeel staat, en daarvoor vergoeding eisen. Volgens de rechtspraak geldt echter dat dit slechts uitzonderlijk als schadepost te beschouwen is. Dit zijn immers in de regel kosten die ook verschuldigd waren geweest indien de aansprakelijke zijn verbintenissen was nagekomen. Het contractueel of statutair recht van het personeel op loon staat los van het schadegeval<sup>123</sup>.

Het is in die zin slechts een schadepost indien het gaat om extra kosten<sup>124</sup>: de betaling van overuren die er zonder de wanprestatie niet waren geweest, extra aangeworven (interim)personeel of langer in dienst gehouden personeel. Het is slechts uitzonderlijk dat toch aanvaard wordt dat het gewone loon een schadepost is, als aangetoond werd dat het personeel zijn normale bezigheden aanzienlijk heeft moeten onderbreken<sup>125</sup>.

**59. Aansprakelijkheid tegenover derden.** In zoverre de ontbonden overeenkomst bij de schadelijder leidt tot een autonome aansprakelijkheid ten aanzien van derden (toename van het passief) kan dit ook vergoedbare schade zijn. Denk bijvoorbeeld aan een schadelijder-koper die al een huurovereenkomst of een aannemingsovereenkomst sloot en deze overeenkomst op zijn beurt moet beëindigen omdat het goed niet geleverd wordt, wat tot een schadevergoeding aanleiding geeft.

### 3.1.2. Gederfde winst als onmiddellijk gevolg van de wanprestatie

**60. Afbakening.** De extrinsieke schade (gederfde winst) wegens het niet doorgaan van een transactie ingevolge de wanprestatie van de wederpartij kan deels worden “goedge-maakt” door het sluiten van een nieuwe transactie. Dit sluit niet uit dat er toch winstderving optreedt, die al dan niet afhangt van het concrete tijdverlies. Deze tijdsgebonden schade wordt verder besproken (titel 3.2.). Het is echter ook

mogelijk dat de winstderving een onmiddellijk gevolg is, en daarmee los staat van een eventuele dekkingstransactie. Deze wordt hier besproken.

**61. Bespreking.** In essentie gaat het daarbij om een gederfd vermogensvoordeel dat een onmiddellijk en rechtstreeks gevolg was geweest van de beoogde transactie, en voorzienbaar was voor de aansprakelijke. De voorbeelden daarvan in de rechtspraak zijn niet talrijk, het gaat hier immers niet over de winstderving als intrinsieke schade (betrekking hebbend op het voorwerp van de transactie zelf – zie titel 2.1.) maar extrinsiek, dus gaande over andere vermogensonderdelen van de schadelijder. Zo kende het hof van beroep te Brussel een schadevergoeding toe aan een eigenaar van een appartement die een parkeerplaats koopt in een bij het gebouw in kwestie op te richten parkeergarage, met de bedoeling ook de marktwaarde van zijn appartement te verhogen<sup>126</sup>. Te denken valt hierbij ook aan een onderneming die de aankoop misloopt van een naastgelegen perceel waarop een uitbreiding kon gerealiseerd worden die elders niet mogelijk is. De daardoor geleden winstderving ligt deels in de toekomstige resultaten van de onderneming, maar net zo goed had het verenigen van percelen in één hand een waardevermeerdering kunnen opleveren die gederfd wordt. In dergelijke omstandigheden kan gebruik gemaakt worden van een specifieke vorm van waardebeoordeling, met name de *Synergistic Value*, die immers rekening houdt met de specifieke meerwaarde die verbonden is aan het combineren van verschillende goederen. Die meerwaarde wordt dan ook *Marriage Value* genoemd<sup>127</sup>, wat dus een schadepost kan zijn.

**62. Toekomstige schade, verlies van een kans.** Toekomstige gederfde winst kan in rekening gebracht worden mits deze voldoende zeker is<sup>128</sup>, al moet daarbij ook steeds met de schadebeperkingsplicht rekening worden gehouden. In de mate dat de gederfde winst onvoldoende zeker is kan teruggegrepen worden naar het verlies van een kans op toekomstige winst<sup>129</sup>. Gegeven de wijze waarop deze begroot wordt (zie randnr. 23) is het berekenen van de kans dat de toekomstige winst zou zijn gerealiseerd het meest delicaat.

Bij de verbreking van een makelaarscontract achtte het hof van beroep te Brussel bijvoorbeeld de kans dat de schuldeiser-makelaar een verkoop had kunnen realiseren *ex aequo*

<sup>121</sup>. Al dan niet aan de hand van forfaits, bv. per kilometer voor verplaatsingskosten, etc. Zie H. ULRICHTS, *Schaderegeling in België*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2018, 366.

<sup>122</sup>. Gent 26 september 2013, *TBBR* 2014, 113, noot J. CALLEBAUT.

<sup>123</sup>. Antwerpen 25 oktober 2011, *RW* 2012-13, 991.

<sup>124</sup>. Brussel 15 juni 1987, *RGAR* 1989, nr. 11.557; Kh. Gent 11 oktober 1996, *TBH* 1997, 58.

<sup>125</sup>. Luik 26 mei 1993, *JLMB* 1994, 1274; B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 612.

<sup>126</sup>. Brussel 9 december 2003, *T.App.* 2006, 18.

<sup>127</sup>. International Valuation Standards, Editie 2017, International Valuation Standards Council, [www.ivsc.org](http://www.ivsc.org), § 70.

<sup>128</sup>. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 1615; B. VERKEMPINCK, “Winstvergoedingen bij wanprestatie”, *RW* 2016-17, 1490.

<sup>129</sup>. J. BAECK, “Voor wie meer wil dan de ontbinding: bijkomende schadevergoeding”, *TBBR* 2016, 310.

*et bono* op één derde, ondanks dat het mogelijk moet zijn om een preciezer succespercentage te laten aantonen door de makelaar in kwestie<sup>130</sup>. Gelet op de voorrang voor de concrete begroting boven de begroting *ex aequo et bono* is het aangewezen om toch aan de hand van statistieken of markt-informatie na te gaan welke de kans was dat een bepaalde toekomstige winst zou behaald zijn alvorens naar een billijkheidsbegroting te grijpen. Niets belet dat men de begroting meer in detail uitwerkt door verschillende verhoopte winstniveaus te vermenigvuldigen met hun respectievelijke kans om zo tot een zo gedetailleerd mogelijke begroting te komen.

### 3.2. Extrinsicke schade door tijdverlies

**63. Soorten.** Het tijdverlies kan zich vertalen in kosten die als *geleden verlies* te beschouwen zijn op voorwaarde dat de schadelijder deze niet had moeten dragen als de aansprakelijke zijn verbintenis was nagekomen (titel 3.2.1.). Daarnaast is er ook *gederfde winst* door het tijdverlies onder de extrinsicke schade te brengen vermits de beoogde transactie niet doorging en er tijd en daarmee een vermogenstoename verloren kan gaan tot een alternatieve transactie kan gesloten worden (titel 3.2.2.)<sup>131</sup>.

#### 3.2.1. Geleden verlies door tijdverlies

**64. Schadelijder-verkoper: vertraging in de verkoop.** De extrinsicke schade door tijdverlies kan diverse vormen aannemen. Voor de schadelijder-verkoper is bijvoorbeeld te denken aan de kost van het verder aanhouden van het onroerend goed, zoals onderhoudskosten, onroerende voorheffing, leegstandheffing, ... De schadelijder-verkoper op wie een hypothecair krediet rust zal dit door de wanprestatie gedurende langere tijd moeten afbetalen. De schade is daarbij in principe beperkt tot het onderdeel interesten. Ook de interesten op een overbruggingskrediet kunnen voor een zekere periode deel zijn van de schade.

Eenzijds dient deze schade – zoals steeds – gemilderd te worden door de schadebeperkingsplicht. Anderzijds geldt hier ook dat een verder gebruik dat van het pand wordt gemaakt (bv. huuropbrengsten) in rekening kan worden gebracht als voordeelstoerekening. Dat laatste geldt evenwel niet altijd. Stel dat de schadelijder-verkoper een grote

inspanning levert om de schade te beperken door bijvoorbeeld een verhuur van korte duur (“*pop-up*”) af te sluiten, dan kan geoordeeld worden dat het gaat om inspanningen die de schadelijder levert buiten de grenzen van wat redelijkerwijze van hem mag worden verwacht en ze niet toerekenbaar zijn op de schadevergoeding<sup>132</sup> zodat men de genoemde huuropbrengsten buiten de berekening zou kunnen houden.

**65. Schadelijder-koper: vertraging in de koop.** De schadelijder-koper zal zich door de vertraging verder elders moeten voorzien voor de behoefte waar het gekochte onroerend goed aan moest beantwoorden. Deze kost zou kunnen begroot worden op de geschatte huurwaarde van het gekochte onroerend goed<sup>133</sup>. In functie van de zo concreet mogelijke schadebegroting kan echter ook gekeken worden naar de werkelijke kost van de schadelijder voor het (langer) huren van een ander pand, mits dat naar aard en kwaliteit overeenkomt<sup>134</sup>.

Voor de schadelijder-koper is ook na te gaan of de kredietvoorwaarden niet verslechterd zijn door een rentestijging in de periode door de vertraging veroorzaakt. Ook die meeruitgave is een schadepost<sup>135</sup>. Weliswaar zal het daarbij voor een belangrijk deel van het nieuw aangegane krediet over toekomstige schade gaan (nl. over de resterende duurtijd van het krediet in kwestie) die dus verdisconteerd moet worden tot de datum van het vonnis<sup>136</sup>.

#### 3.2.2. Gederfde winst door tijdverlies

**66. Uiteenlopende mogelijkheden.** Deze schadepost betreft het vermogensvoordeel dat de prestatie van de wederpartij aan de schadelijder zou hebben opgeleverd<sup>137</sup>, die valt buiten het voorwerp van de transactie zelf, en die in verband staat met het tijdverlies ingevolge de wanprestatie. In die zin wordt daarbij ook teruggerepen naar de hierboven bepaalde tijdsperiode T (zie titel 2.2.1.): de schade kan maar oplopen voor de periode die redelijkerwijze nodig is om een dekkingstransactie te sluiten<sup>138</sup>.

**67. Diverse rechtspraak.** Het hoeft geen betoog dat de bewijslevering van de extrinsicke gederfde winst door tijdverlies niet vanzelfsprekend is, vermits deze schadepost zeer diverse vormen kan aannemen, zoals ook blijkt uit een aantal voorbeelden in de rechtspraak. De schadelijder-verkoper die geconfronteerd wordt met een in gebreke blijvende koper

<sup>130</sup>. Brussel 15 oktober 1998, *AJT* 1998-99, 692.

<sup>131</sup>. B. VERKEMPINCK, “Winstvergoedingen bij wanprestatie”, *RW* 2016-17, 1490.

<sup>132</sup>. Cass. 7 september 1982, AR 7234, *Arr. Cass.* 1982-83, 21.

<sup>133</sup>. Naar analogie: art. 7, f) van de woningbouwwet van 9 juli 1971 (wet Breyne) voorziet dat de schadevergoeding wegens vertraging minstens moet overeenstemmen met de “*normale huurprijs van het afgewerkte goed waarop de overeenkomst betrekking heeft*”.

<sup>134</sup>. Rb. Gent 22 november 1999, *Verkeersrecht* 2000, 130.

<sup>135</sup>. Rb. Brussel 25 november 2011, *Res Jur. Imm.* 2012, 65.

<sup>136</sup>. Cass. 14 januari 1998, P.97.1060.F, *Arr. Cass.* 1998, 69.

<sup>137</sup>. J. BAECK, “Voor wie meer wil dan de ontbinding: bijkomende schadevergoeding”, *TBBR* 2016, 306.

<sup>138</sup>. C. CAUFMANN stelt dat er genotsderving verschuldigd is voor de periode tussen het moment dat de zaak diende geleverd te worden en het moment van de veroordeling (C. CAUFMANN, *De verbindende eenzijdige belofte*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 836).

derft, aldus de rechtbank van eerste aanleg te Hasselt, tot de vaststelling of definitieve rechterlijke uitspraak van de ontbinding de opbrengst (rente) op de hem toekomende koopsom<sup>139</sup>. De schadelijder-verkoper die met het oog op de verkoop een pand ter beschikking houdt van de koper kan, afhankelijk van de omstandigheden, huurinkomsten derven, zo bevestigde het hof van beroep te Brussel<sup>140</sup>. In een geval van een schadelijder-verkoper die op zoek moest naar een nieuwe koper verwees het hof van beroep te Gent<sup>141</sup> naar statistieken over de vastgoedprijzen<sup>142</sup> om te besluiten dat de verkoper niet moest vrezen voor een verlaging van de prijs doch wel voor een jaar vertraging, wat een schade zou veroorzaken overeenstemmende met een jaar belegging van de verkoopprijs.

Tal van andere mogelijkheden zijn denkbaar, waaronder<sup>143</sup>:

- de schadelijder-koper bestemde het pand om te verhuren en derft de huuropbrengsten<sup>144</sup>;
- de schadelijder-verkoper kon met de koopsom een herinvestering doen aan gunstig rendement en derft dit voor een zekere periode;
- de schadelijder-koper kon zijn onderneming uitbreiden en derft tijdelijk de daaraan verbonden verhoging van zijn nettowinst;

...

**68. Andere manier van begroten: optieprijs.** Er zijn ook gevallen beschreven waarin de tijdelijke onbeschikbaarheid van een onroerend goed voor de schadelijder-verkoper vergoed werd aan de hand van de *optieprijs* die werd overeengekomen als wederprestatie voor een verkoopbelofte<sup>145</sup>. Dezelfde logica schuilt achter de regel dat de vergoeding voor het intrekken van een herroepbare koopbelofte wettelijk is vastgelegd op het bedrag van het voorschot (art. 1590 BW).

Op zich zou dit een zinvolle insteek kunnen zijn vermits de prijs van de koopoptie de kandidaat-verkoper o.a. vergoedt voor de onbeschikbaarheid van het goed en het risico van waardedaling. De begroting van optieprijzen stelt echter in de markt van het vastgoed een grote uitdaging, o.a. omdat de volatiliteit van de waarde van individueel vastgoed bijzonder moeilijk in te schatten is<sup>146</sup>. Daarnaast geldt dat de

rechter de schade zal bepalen op een tijdstip waarop hij van de werkelijke waardeschommeling al kennis kan nemen, wat de zin ontnemt aan de berekening van een optieprijs (waarin immers de onzekerheid van de toekomst verrekend wordt).

### 3.3. Al dan niet opnieuw te verrichten uitgaven

#### 3.3.1. Kosten voor een nieuwe transactie

**69. Nieuw te maken kosten verschillen van reeds gemaakte kosten.** De kosten die de schadelijder opnieuw moet of zou moeten maken om een nieuwe gelijkwaardige transactie te sluiten met als doel hem alsnog in de toestand te brengen waarin de aansprakelijke zijn verbintenissen was nagekomen, komen voor vergoeding in aanmerking. Het gaat om kosten verbonden aan de schadebeperkingsplicht<sup>147</sup>.

Deze kosten zijn niet noodzakelijk dezelfde als degene die de schadelijder reeds maakte met het oog op de ontbonden transactie. Die laatste kosten komen in principe niet in aanmerking voor schadevergoeding vermits de schadelijder die ook had moeten maken als de transactie was doorgegaan (de *sowiesokosten*; zie randnr. 9). Vermits de aansprakelijke in de regel echter slechts dient in te staan voor nieuw te maken kosten die nodig zijn voor een gelijkaardige transactie (voorzienbare schade) is er geen groot verschil te verwachten.

Het tijdsaspect dient hier in rekening gebracht te worden: de schadelijder wordt niet vergoed voor de *sowiesokosten* en kan dus ook geen vergoedende interesten eisen vanaf het tijdstip waarop ze gebeurlijk reeds gemaakt werden. De rechter zal op het ogenblik dat de kosten die nodig zijn voor de nieuwe transactie toegekend worden moeten bepalen hoe hoog deze zijn en wat het tijdstip is van deze schade. Het feit dat de schadelijder daardoor geen of minder interesten krijgt staat tegenover het feit dat (ingevolge inflatie) de nieuw te maken kost hoger kan zijn dan de reeds gemaakte kost.

**70. Ook hypothetische kosten.** Bij de bepaling van deze schadepost kan de vraag gesteld worden of deze kosten ook vergoedbaar zijn indien de schadelijder, om welke reden dan ook, beslist af te zien van een nieuwe transactie. De schadelijder is immers niet verplicht zijn schade te herstellen (het

<sup>139</sup> Rb. Hasselt 22 oktober 1968, *T.Not.* 1971, 214 (waar deze interest echter niet concreet begroot wordt).

<sup>140</sup> Brussel 15 juni 2001, *Res Jur. Imm.* 2001, 113 (deze eis wordt echter afgewezen wegens de toepassing van een conventioneel schadebeding).

<sup>141</sup> Gent 29 januari 2013, *NJW* 2014, 357, noot R. STEENNOT.

<sup>142</sup> Te weten:

– statistieken van de Vlaamse Overheid op [www.lokaalstatistieken.be](http://www.lokaalstatistieken.be), thans: [www.statistiekvlaanderen.be/woningprijzen](http://www.statistiekvlaanderen.be/woningprijzen);

– de notarisbarometer: [www.notaris.be/nieuws-pers/notarisbarometer](http://www.notaris.be/nieuws-pers/notarisbarometer).

<sup>143</sup> Zie voor meer voorbeelden (van allerhande soorten overeenkomsten): B. VERKEMPINCK, “Winstvergoedingen bij wanprestatie”, *RW* 2016-17, 1483-1499.

<sup>144</sup> Luik 11 februari 2013, *JLMB* 2013, 2093.

<sup>145</sup> Luik 13 november 1974, *JL* 1974-75, 121.

<sup>146</sup> G. GUTHRIE, *Evaluating Real Estate Development Using Real Options Analysis* (November 8, 2009), SSRN: [www.ssrn.com/abstract=1501946](http://www.ssrn.com/abstract=1501946) of [www.dx.doi.org/10.2139/ssrn.1501946](http://www.dx.doi.org/10.2139/ssrn.1501946), p. 7-9; M. DE CEUSTER en B. DE VOS, *Vastgoed, gewikt en gewaardeerd. Inleiding tot de taxatieleer*, Kalmt-hout, Pelckmans Pro, 2018, 236.

<sup>147</sup> J. BAECK, “Voor wie meer wil dan de ontbinding: bijkomende schadevergoeding”, *TBBR* 2016, 312.

*beginsel van vrije beschikking*)<sup>148</sup>. Volgens bepaalde rechtspraak is de schadelijder om zijn schadevergoeding te kunnen vorderen gehouden om aan te tonen dat hij een nieuwe opportuniteit zoekt, gelet op zijn schadebeperkingsplicht<sup>149</sup>. Dit staat op gespannen voet met de rechtspraak van het Hof van Cassatie die impliceert dat een schadelijder recht heeft op schadevergoeding zonder dat de rechter dient na te gaan hoe deze aangewend wordt<sup>150</sup>. Bovendien kan men er niet omheen dat als de rechter volgens het Hof van Cassatie geen rekening mag houden met de voorwaarden van een latere doorverkoopprijs vermits die vreemd zijn aan de schade<sup>151</sup>, het inconsistent zou zijn om met het loutere feit van het afzien van een nieuwe koop/verkoop wél rekening te moeten houden. Te besluiten is dat in beginsel de kosten voor een nieuwe transactie vergoedbaar zijn als geleden verlies, zelfs als deze louter hypothetisch zijn en de schadelijder daar om welke reden dan ook van afziet.

Hieronder wordt specifiek ingegaan op twee soorten uitgaven die mogelijk opnieuw moeten verricht worden (makelaarskosten en registratierechten) om na te gaan wat de impact is van bijzondere wetgeving.

### 3.3.2. In het bijzonder (1): makelaarskosten

**71. Relatie makelaar-consument.** Indien de koopovereenkomst wordt ontbonden alvorens de notariële akte kon verleden worden is er in de relatie tussen de vastgoedmakelaar en de consument-verkoper principieel geen ere- of commissieloon verschuldigd. Dit volgt uit artikel 2, 8° van het KB van 12 januari 2007 betreffende het gebruik van bepaalde bedingen in de bemiddelingsovereenkomsten van vastgoedmakelaars<sup>152</sup>. In een arrest van het hof van beroep van Gent van 29 januari 2013<sup>153</sup> werd geoordeeld dat als een koper zijn verbintenissen niet nakomt, “*het niet logisch (is) dat de makelaar zijn (volle) commissie ontvangt*” en dat eerder te verwachten is dat de verkopers “*slechts forfaitaire kosten voor de afgesprongen verkoop zouden moeten dragen*”.

In dit verband is het betwist of er onder voornoemd KB van 12 januari 2007, bij gebrek aan verschuldigd ere- of commissieloon, andere kosten wel verschuldigd kunnen zijn aan de makelaar ondanks de ontbinding van de koop<sup>154</sup>. Te denken valt aan direct ermee verbonden kosten zoals onkosten voor publiciteit maar ook zaken zoals het opvragen van attesten en getuigschriften, het inschakelen van een professioneel vastgoedfotograaf, ... Dit zou aan de makelaar verschuldigd kunnen zijn, bijvoorbeeld omdat het voorwerp uitmaakte van een afzonderlijke dienstverleningsovereenkomst tussen de makelaar en zijn klant. Mits het gaat over kosten die de schadelijder ingevolge de wanprestatie opnieuw moet maken, lijdt de verkoper in kwestie daarmee schade die voorzienbaar was en vergoedbaar is.

**72. Relatie makelaar-onderneming.** Het KB van 12 januari 2007 betreffende het gebruik van bepaalde bedingen in de bemiddelingsovereenkomsten van vastgoedmakelaars is niet van toepassing indien de opdrachtgever van de makelaar een onderneming is, die immers niet onder het consumentenbegrip valt (art. 1 van het KB)<sup>155</sup>. In dat geval kan de vergoeding aan de makelaar in hoofde van de schadelijder-verkoper verschuldigd zijn. In hoofde van de verkoper zal, om hiervoor schadevergoeding te krijgen, moeten aangetoond worden dat ten gevolge van de wanprestatie hij nieuwe makelaarskosten zou moeten dragen.

### 3.3.3. In het bijzonder (2): verkooprechten/registratierechten<sup>156</sup>

**73. Principe.** Het registratierecht is in het Vlaamse Gewest steeds ten laste van de koper<sup>157</sup>, maar hoewel in het Brussels en Waalse Gewest zowel koper als verkoper er ten aanzien van de fiscus hoofdelijk voor instaan, wordt dit contractueel in de regel ten laste van de koper gelegd<sup>158</sup>. Anderzijds staat de verkoper – ook in het Vlaamse Gewest<sup>159</sup> – wel hoofdelijk mee in voor de registratie binnen de 4 maanden van de koopovereenkomst, bij gebrek waaraan er een verho-

<sup>148</sup>. S. DE REY en B. VERKEMPINCK, “Wanprestaties in aanneming en vergoeding van herstelkosten of minderwaarden: kent u de principes nog?”, *TBO* 2019, 373.

<sup>149</sup>. Kh. Kortrijk 12 december 2007, *RABG* 2012, 12, noot E. DE KEZEL.

<sup>150</sup>. Over de benadeelde die de btw op herstelkosten vergoed krijgt zonder te moeten aantonen dat hij de beschadigde zaak liet herstellen: Cass. 11 mei 2000, C.96.0283.N, *Arr.Cass.* 2000, 885.

<sup>151</sup>. Cass. 26 januari 2007, C.05.0374.N, *Arr.Cass.* 2007, 216, *TBO* 2008, 8; Cass. 26 januari 2007, C.06.0232.N, *Arr.Cass.* 2007, 228, *RW* 2009-10 (samenvatting), 1468.

<sup>152</sup>. Gent 27 februari 2013, *NJW* 2014, 514, noot R. STEENNOT: “Commissieloon vastgoedmakelaar”; R. TIMMERMANS, “Koop en verkoop van onroerend goed met inschakeling van een vastgoedmakelaar” in *Onroerend goed in de praktijk*, 2014, XVI.P, 220.

<sup>153</sup>. Gent 29 januari 2013, *NJW* 2014, 357, noot R. STEENNOT.

<sup>154</sup>. R. TIMMERMANS, “Koop en verkoop van onroerend goed met inschakeling van een vastgoedmakelaar” in *Onroerend goed in de praktijk*, 2014, XVI.P, 227.

<sup>155</sup>. Definities onderneming en consument: zie art. I.1, 1° en 2° WER.

<sup>156</sup>. Sedert de regionalisering van de registratierechten en de opname ervan voor wat het Vlaamse Gewest betreft in de Vlaamse Codex Fiscaliteit, is de term *registratierechten* veranderd in *verkooprechten* (Titel 2, Hoofdstuk 9 VCF). De term registratierechten blijft gelden voor het Waalse en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, en voor de uniformiteit in de tekst wordt verder enkel dat begrip gebruikt.

<sup>157</sup>. Art. 2.9.2.0.1, eerste lid VCF.

<sup>158</sup>. Er is geen juridisch beletsel om aankoopkosten en registratierechten contractueel ten laste van de verkoper te leggen dus in theorie kan het dat de verkoper deze kosten sowieso had moeten dragen zodat het voor hem geen schade is.

<sup>159</sup>. Art. 3.18.0.0.11 VCF.

ging of boete verschuldigd kan zijn, zodat deze post zowel voor de schadelijder-koper als voor de schadelijder-verkoper belang kan hebben. Naargelang de schadelijder-verkoper dus aangesproken kan worden voor het registratierecht en de gebeurlijke boete daarop, zijn deze kosten volgens de rechtspraak in geval van ontbinding wegens een wanprestatie van de koper ook een schadepost voor de verkoper<sup>160</sup>. Gesteld dat het de schadelijder-koper is die een registratierecht moet betalen ondanks de ontbinding, is dit geen schade onder het positief belang vermits dit recht ook verschuldigd was als de transactie was doorgegaan. De eventuele verhoging of boete kan voor de schadelijder-koper wel een schadepost zijn, al kan daarbij – afhankelijk van de feiten van het geval – ook de vraag gesteld worden of de schadebeperkingsplicht de schadelijder er niet toe had moeten brengen te beletten dat er een boete zou opgelegd worden, door het registratierecht voor te schieten in afwachting van de ontbinding.

**74. Ontheffing.** Er bestaat thans immers de mogelijkheid om bij ontbinding van een verkoopovereenkomst de ontheffing te krijgen van het registratierecht. Deze is gelijklopend in de drie gewesten<sup>161</sup>. In geval van een minnelijke ontbinding kunnen de partijen binnen het jaar na de koopovereenkomst een gezamenlijk ondertekende overeenkomst ter registratie aanbieden waarin ze verklaren de eerste overeenkomst in der minne te hebben ontbonden of vernietigd of waarin ze verklaren dat een in de eerste overeenkomst uit-

drukkelijk bedongen ontbindende voorwaarde al is vervuld. Dan is slechts een vast recht van twee maal 10 EUR verschuldigd<sup>162</sup>. Indien het een gerechtelijke ontbinding betreft kan gehele vrijstelling of teruggave van het registratierecht bekomen worden als deze ontbinding bij definitief vonnis of arrest wordt vastgesteld en de eis bij de rechtbank bovendien ingeleid werd binnen het jaar na dagtekening van de overeenkomst in kwestie<sup>163</sup>.

Gelet op de beperking van de schade tot directe en voorzienbare schade en de schadebeperkingsplicht in hoofde van de schadelijder zal hierdoor, behoudens uitzonderingen, het registratierecht geen deel meer uitmaken van de vergoedbare schade.

### 3.4. Gemiste andere opportuniteiten en de leer van het positieve belang

**75. Komt niet in aanmerking.** Zoals eerder gesteld wordt in België toepassing gemaakt van de leer van het positieve belang (zie randnr. 6). Dat heeft als concreet gevolg dat de schadelijder vergoeding kan eisen voor datgene dat hij zou bekomen hebben als de overeenkomst was uitgevoerd. In dat opzicht kan de rechter geen rekening houden met de winst uit een alternatieve overeenkomst waar de schudeiser van heeft afgezien door de ontbonden overeenkomst te sluiten<sup>164</sup>.

## 4. IMPACT VAN DE ONTBINDING VAN DE OVEREENKOMST OP DE SCHADEBEGROTING

**76. Restitutieplicht.** Teneinde de toestandsvergelijking tussen de reële toestand en de hypothetische toestand van de schadelijder scherp te stellen moet ook rekening gehouden worden met het feit dat in zijn reële toestand de overeenkomst ontbonden wordt, wat tot een restitutieplicht leidt van de prestaties die de partijen reeds ontvingen<sup>165</sup>. De ontbinding van een wederzijdse overeenkomst werkt immers *ex*

*tunc*: de ontbinding heeft tot gevolg dat de partijen opnieuw in dezelfde toestand moeten worden geplaatst als die waarin ze zich bevonden zouden hebben als ze niet hadden gecontracteerd<sup>166</sup>. De partijen moeten – voor zover mogelijk – alle prestaties die ze ontvingen in natura teruggeven<sup>167</sup>. Slechts als dit niet mogelijk is, of indien dit rechtsmisbruik zou uitmaken, dient de teruggaveplicht bij equivalent te gebeu-

<sup>160</sup> Rb. Hasselt 22 oktober 1968, *T.Not.* 1971, 214; Luik 13 november 1974, *JL* 1974-75, 121.

<sup>161</sup> In het Vlaamse Gewest is dit ingevoerd met decreet van 23 november 2007, in het Waalse Gewest met decreet van 30 april 2009 en later ook in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest met ordonnantie van 12 december 2016.

<sup>162</sup> Wettelijke basis:

- Vlaams Gewest: art. 2.9.4.2.9 en 3.6.0.0.6, § 1, 2° VCF;
- Waals Gewest: art. 159bis Wetboek der Registratierechten – Waals Gewest (W.Reg.W.);
- Brussels Hoofdstedelijk Gewest: art. 159bis Wetboek der Registratierechten – Brussels Hoofdstedelijk Gewest (W.Reg.Br.H.Gew.).

<sup>163</sup> Wettelijke basis:

- Vlaams Gewest: art. 3.6.0.0.6, § 1, 3° VCF;
- Waals Gewest: art. 209, 3° W.Reg.W.;
- Brussels Hoofdstedelijk Gewest: art. 209, 3° W.Reg.Br.H.Gew.

<sup>164</sup> Luik 10 januari 1995, *JT* 1995, 367.

<sup>165</sup> S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 300.

<sup>166</sup> Cass. 13 december 1985, AR 4667, *RW* 1986-87, 933; Cass. 4 juni 2004, C.03.0408.F, *TBBR* 2005, 485, noot T. STAROSSELETS, “Restitution des arrérages en cas de résolution d’une vente en viager ou ‘mesure dix fois mais ne coupe qu’une’”; Cass. 8 februari 2010, C.09.0244.F, *RW* 2011-12, 646, noot B. VAN DEN BERGH: “De (terugwerkende kracht van de) rechtsgevolgen na gerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie: confectie of maatwerk?”; Cass. 5 december 2014, C.14.0061.N, *RABG* 2015, 411, Concl. O.M.; Cass. 21 april 2016, C.15.0374.N, *TBBR* 2018, 429, noot J. BAECK.

<sup>167</sup> Dit strekt zich niet uit tot derden, zoals bv. tot de notaris die dus uit hoofde van de ontbinding niet gehouden is aktekosten terug te betalen. Cass. 21 mei 2004, C.03.0501.F, *RABG* 2006, 5, noot B. VEECKMANS; B. VEECKMANS, “De gevolgen van de nietigverklaring van een in een authentieke akte verleden overeenkomst voor wat betreft de kosten van de authentieke akte”, *RABG* 2006, 7.

ren<sup>168</sup>. Deze restitutieplichting die volgt uit artikel 1184 BW strekt niet tot vergoeding van de schade die de wederpartij heeft geleden<sup>169</sup>. Ondanks dat het dit oogmerk niet heeft, kan de restitutieplicht echter wel een (gedeeltelijke) vergoeding van schade tot gevolg hebben. De schadevergoeding blijft in die zin beperkt tot hetgeen door de ontbinding en restitutie niet goedge maakt wordt<sup>170</sup>.

**77. Terugbetaling voorschot.** Toegepast op de hier besproken casuspositie houdt dit in dat een gebeurlijk voorschot op de koopprijs bij ontbinding dient te worden terugbetaald<sup>171</sup>. Is de koop echter ontbonden door een wanprestatie van de koper dan stelt de schade-eis van de schadeleider-verkoper zich tegenover de restitutie-eis van de aansprakelijke koper en komen deze wederzijdse eisen ten belope van het laagste van de twee bedragen te vervallen door schuldvergelijking, desgevallend van rechtswege (art. 1290 BW). De schadelijder-verkoper zal met andere woorden het voorschot dan kunnen aanwenden ter (al dan niet gedeeltelijke) dekking van zijn schade. Het voorschot dat vaak 10% van de koopsom bedraagt<sup>172</sup> is overigens veelal gelijk aan een gebeurlijk conventioneel schadebeding van 10%<sup>173</sup> waardoor er op de ontbinding ten laste van de koper in dergelijk geval geen terugbetaling volgt.

**78. Interest op de terugbetaling.** De vraag is of bij de terugstorting aan een schadelijder-koper ook de interest hoort die het geblokkeerde voorschot mogelijk inmiddels heeft opgeleverd. Ik meen dat dit niet zo is vermits in het geval dat de overeenkomst correct was uitgevoerd, de koper

ook niet het genot van deze interesten had gehad<sup>174</sup>, al is er ook rechtspraak die daar anders over oordeelt<sup>175</sup>. Het bedrag van de terugbetaling is in nominale termen terug te betalen. Vermits het een geldschuld en geen waardeschuld is, kan hierop geen schade door muntontwaarding verrekend worden<sup>176</sup>. Er is op de terugbetaling wel moratoire interest verschuldigd aan de wettelijke interestvoet, nadat de schuldenaar in gebreke is (art. 1153 BW), wat volgens Baeck niet eerder kan zijn dan na het ontstaan van de restitutieverbintenis, zijnde het tijdstip van de ontbinding<sup>177</sup>.

**79. Teruggave onroerend goed.** Hoewel de levering van een onroerend goed veelal pas geschiedt bij de notariële akte is een vroegere levering niet uitgesloten. Artikel 1605 BW voorziet dat de levering door de verkoper is geschied wanneer hij de sleutels heeft afgegeven, indien het een gebouw betreft, of wanneer hij de titels van eigendom heeft afgegeven. De koper dient bij ontbinding zonder verwijl het goed terug te leveren. De tijd dat het goed voor de verkoper onbeschikbaar was en de schade die daar het gevolg van is werd hierboven reeds besproken (intrinsieke schade: titel 2.2.2.; extrinsieke schade: titel 3.2.). De restitutieplicht na ontbinding levert bijkomende complicaties op wanneer de koper reeds aanpassingen deed aan het goed. De rechtbank van eerste aanleg van Brussel oordeelde in een dergelijk geval dat het “*bijzonder heikel*” is om de gebeurlijke minwaarde ingevolge aanpassingen door de koper te onderscheiden van externe factoren zoals de evolutie van de vastgoedprijzen zodat een vergoeding *ex aequo et bono* werd toegekend<sup>178</sup>.

## 5. INTERESTEN EN INDEXERING VAN DE BEGROTE SCHADEPOSTEN

**80. Inleiding.** Als laatste onderdeel wordt hier het tijdsaspect verder uitgediept, door in te gaan hoe schadevergoeding geactualiseerd dient te worden om zo goed mogelijk de integrale schade te kunnen vergoeden. Daartoe wordt eerst

nagegaan op welk tijdstip de rechter de schade begroot, om vervolgens te onderzoeken hoe er naar dat tijdstip toegevoerd kan worden. Ten slotte wordt specifiek voor een aantal van de hierboven reeds besproken schadeposten nagegaan

<sup>168</sup>. Cass. 4 juni 2004, C.03.0408.F, *TBBR* 2005, 485, noot T. STAROSSELETS.

<sup>169</sup>. Cass. 21 april 2016, C.15.0374.N, *TBBR* 2018, 429, noot J. BAECK. *Contra*: S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 280, vn. 529.

<sup>170</sup>. D. LECLERCQ, “L’octroi de dommages et intérêts au vendeur en cas de résolution judiciaire d’une convention de cession d’actions aux torts de l’acheteur” (noot onder Cass. 13 oktober 2011, C.10.0642.N), *RPS* 2011, 454.

<sup>171</sup>. J. BAECK, “Résolution, restitutions et tiers” (noot onder Cass. 21 april 2016, C.15.0374.N), *TBBR* 2018, nr. 2, 430.

<sup>172</sup>. X, “Mijn verkoop gaat niet door. Wat met het voorschot en de registratierechten?”, *Eigenaars Magazine*, december 2009, nr. 371, 19. Hogere voorschotten zoals 20% of 25% vindt men terug in oudere rechtspraak: 20%: Rb. Hasselt 22 oktober 1968, *T.Not.* 1971, 214; 25%: Brussel 21 februari 1989, *JT* 1990, 239.

<sup>173</sup>. R. TIMMERMANS, “De onderhandse koop en verkoop van een onroerend goed door particulieren” in *Onroerend goed in de praktijk*, 2009, I.L.6, 35.

<sup>174</sup>. J. BAECK, “Voor wie meer wil dan de ontbinding: bijkomende schadevergoeding”, *TBBR* 2016, 312.

<sup>175</sup>. Rb. Brussel 5 maart 2004, *Res Jur.Imm.* 2004, 140.

<sup>176</sup>. J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 77.

<sup>177</sup>. J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 79 en 248. Anders: P.A. FORIERS, “Les effets de la résolution des contrats pour inexécution fautive” in B. DEBUSSION en P. WÉRY (eds.), *La mise en vente d’un immeuble. Hommage au professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Brussel, Larcier, 2005, 250; T. STAROSSELETS, “Restitutions consécutives à la dissolution *ex tunc*”, *TBBR* 2003, 75 en B. TILLEMANN, “Vrijwaring voor uitwinning bij koop” in B. TILLEMANN en P.A. FORIERS (eds.), *De koop / La vente*, Brugge, die Keure, 2012, 147. De rechtspraak is uiteenlopend. Kent bv. interesten toe vanaf de door de schadelijder ingeroepen buitengerechtelijke ontbinding (doch zonder bijzondere motivering op dat punt): Gent 29 juni 2007, *T.Aann.* 2007, 376.

<sup>178</sup>. Rb. Brussel 29 maart 2019, *TBO* 2019, 439.

vanaf wanneer een gebeurlijke interest en indexering moet geteld worden.

## 5.1. Theorie

**81. Begroting door de rechter.** De rechter zal de schadevergoeding begroten zoals deze bestaat op het tijdstip van zijn einduitspraak<sup>179</sup>, zijnde het tijdstip dat dit van het effectieve herstel zo dicht mogelijk benadert<sup>180</sup>. Dit principe geldt net zo goed in hoger beroep, waarbij dus de schadevergoeding op een later tijdstip zal bepaald worden<sup>181</sup>. Het gaat specifiek om het *begroten* van de schadevergoeding. Het *vaststellen* van het bestaan en de elementen van de schade dient te gebeuren op het ogenblik van de niet-uitvoering van de verbintenis<sup>182</sup>.

Het principe dat de schadevergoeding moet bepaald worden op de datum van de uitspraak neemt niet weg dat de rechter het hoofdbedrag kan berekenen op een vroeger tijdstip, met name het tijdstip waarop de schade reeds vaststaand was, in haar geheel kon worden geraamd en dus tot vergoeding aanleiding kon geven<sup>183</sup>. Dat vergt dan weliswaar dat het schadebedrag geactualiseerd wordt naar de datum van uitspraak teneinde met *inflatieschade* en *renteschade* rekening te houden<sup>184</sup>.

**82. Inflatieschade.** Het principe dat de rechter de schade zal begroten op het tijdstip van zijn uitspraak, leidt er onder andere toe dat voor een volledig herstel van de schade er muntontwaardiging (ook genoemd: inflatieschade) moet in rekening worden gebracht bij het bepalen van de schadevergoeding<sup>185</sup>. Dit kan door een indexatie toe te passen op de schadevergoeding voor de periode tussen het ontstaan van de schade en de uitspraak<sup>186</sup>.

**83. Renteschade.** Daarnaast bestaat een deel van de schade uit het feit dat de schadelijder het bedrag dat hem toekomt niet kan beleggen en *rente* derft, of dat hij geld moet

lenen. In het algemeen wordt gesteld dat deze schade die de schadelijder lijdt door de vertraging in de betaling vergoed wordt door de vergoedende interest (ook genoemd: compensatoire interest)<sup>187</sup>. In principe is de rechter vrij om de rentevoet hiervan soeverein te bepalen in functie van de concreet aangetoonde schade. In de praktijk wordt veelal de wettelijke rentevoet gehanteerd<sup>188</sup>, die thans (sedert 1 januari 2017) 2% bedraagt per jaar. Het Hof van Cassatie oordeelde dat de eiser die de rentevoet niet kwantificeert, geacht wordt de wettelijke rentevoet te vragen<sup>189</sup>.

**84. Verband tussen inflatie- en renteschade.** Het is van belang om beide schadeposten te onderscheiden. De vergoedende interest strekt in principe niet tot compensatie van de muntontwaardiging<sup>190</sup>, al kan de rechter deze interest wel toekennen als zijnde een vergoeding voor beide schadeposten samen, door de rentevoet te bepalen die beide vergoedingen moet verzekeren<sup>191</sup>. Gezien de wettelijke interestvoet, thans 2%, haast overeenstemt met de door de ECB beoogde inflatie (m.n. dat deze net onder de 2% blijft), is er grond om – naargelang dat oogmerk bereikt wordt – een hogere interestvoet te bepalen voor de vergoedende interest.

**85. Kapitalisering.** Niets verhindert om de vergoedende interest op een schadevergoeding jaarlijks te kapitaliseren, los van de strikte voorwaarden van artikel 1154 BW dat op vergoedende interest niet van toepassing is<sup>192</sup>, op voorwaarde dat de rechter dit noodzakelijk acht met het oog op het integrale schadeherstel<sup>193</sup>. Vermits de vergoedende interest in de eerste plaats gederfde rente moet vergoeden, zijn er redenen om voor een jaarlijkse kapitalisatie te pleiten, gezien een langetermijnbelegging veelal ook uitgaat van jaarlijks samengestelde (*compounding*) interest.

**86. Toekomstige schade.** Bij de begroting van toekomstige schade dient deze verdisconteerd te worden naar de datum van de rechterlijke uitspraak, op voorwaarde dat de toekomstige schade ook in toekomstige waarden is uitgedrukt<sup>194</sup>. De vraag

<sup>179</sup> Cass. 28 september 1995, C.93.361.N, *RW* 1995-96, 924, noot; Cass. 30 januari 2004, C.02.0045.F, *Arr. Cass.* 2004, 162; G. JOCQUE, “Tijdsverloop en schadevergoeding”, *TPR* 2016, 1384; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 1507.

<sup>180</sup> Cass. 4 maart 2010, C.09.0173.N, *Arr. Cass.* 2010, 642, *TBH* 2010, 685.

<sup>181</sup> Cass. 13 december 1988, AR 2075, *Arr. Cass.* 1988-89, 454.

<sup>182</sup> Cass. 4 maart 2010, C.09.0173.N, *Arr. Cass.* 2010, 642, *TBH* 2010, 685.

<sup>183</sup> G. JOCQUE, “Tijdsverloop en schadevergoeding”, *TPR* 2016, 1386.

<sup>184</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 1607.

<sup>185</sup> Cass. 27 juni 1974, *Arr. Cass.* 1974, 1222; Cass. 28 september 1995, C.93.361.N, *Arr. Cass.* 1995 (verkort), 830, *RW* 1995-96, 924, noot; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen (1981-1992)”, *TPR* 1994, (171) 653.

<sup>186</sup> B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 903.

<sup>187</sup> C. VANACKERE en N. PEETERS, “Interest” in X, *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, 2015, V.2bis-10 en B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 914.

<sup>188</sup> C. VANACKERE en N. PEETERS, “Interest” in X, *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, 2015, V.2bis-12.

<sup>189</sup> Cass. 10 mei 2012, C.1.0132.N, *Arr. Cass.* 2012, 1234, *RW* 2012-13, 1263, noot C. IDOMON.

<sup>190</sup> C. VANACKERE en N. PEETERS, “Interest” in X, *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, 2015, V.2bis-10. Anders: J. VAN DONINCK, “Interest bij restitutie na koopvernietigende dwaling: lof der eenvoud” (noot onder Cass. 5 januari 2012, C.10.0712.N), *RABG* 2013, 601.

<sup>191</sup> Cass. 30 september 2009, P.08.1102.F, *Arr. Cass.* 2009, 2143, Concl. Th. WERQUIN.

<sup>192</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 1642.

<sup>193</sup> Cass. 22 december 2006, C.05.0210.N, *Arr. Cass.* 2006, 2764, *RW* 2006-07, 1439, noot A. VAN OEVELEN; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 571.

<sup>194</sup> Cass. 24 juni 2003, P.03.0232.N, *Arr. Cass.* 2003, 1488; B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 901.

naar de te hanteren discontovoet is delicaat, o.a. gezien de onmogelijkheid om de toekomstige rente te voorspellen<sup>195</sup>.

**87. Vanaf de begroting door de rechter.** Zodra de rechter de schade begroot heeft, verandert deze van een *waardeschuld* in een *geldschuld*<sup>196</sup>, en is enkel nog de moratoire interest verschuldigd, gelet op artikel 1153 BW. Deze dient berekend te worden op de som van de (geïndexeerde) hoofdsom en de vergoedende interest, geteld tot de datum van het vonnis<sup>197</sup>. Deze moratoire interest moet aan de wettelijke interestvoet begroot worden. Artikel 1153 BW laat niet toe om daarnaast nog vergoeding voor muntontwaarding toe te kennen<sup>198</sup>. Vanaf de begroting door de rechter zal ook de kapitalisatie onderworpen zijn aan de voorwaarden van artikel 1154 BW (d.w.z. dat deze slechts mogelijk is vanaf een gerechtelijke aanmaning die betrekking moet hebben op interesten over minstens een jaar).

## 5.2. Aanvangsdatum

**88. Principe.** Om een schadebedrag te actualiseren naar het tijdstip van de begroting door de rechter dient nagegaan te worden wanneer de schade is ontstaan<sup>199</sup>. In het aansprakelijkheidsrecht rekent men vanaf de datum van het schadegeval<sup>200</sup>, wat hier moeilijk toegepast kan worden. Een aanknopingspunt voor concrete uitgaven of kosten is de datum waarop deze gedaan zijn. Bij periodiek lopende uitgaven of dervingen kan een gemiddelde datum als vertrekpunt genomen worden<sup>201</sup>. Het vertrekpunt voor gedeelde winst is het tijdstip waarop deze zou zijn genoten. De rechtspraak is uiteenlopend<sup>202</sup>, de wet spreekt zich hier niet over uit en het Hof

van Cassatie beperkt zich ertoe te stellen dat de aanvangsdatum vrij door de rechter bepaald wordt zolang hij geen vergoedende interesten toekent voor een periode die aan het ontstaan van de schade voorafgaat<sup>203</sup>.

**89. Toepassing.** Voor de hierboven besproken schadepos-ten wordt hier een aanzet gegeven van wat de aanvangsdata kunnen zijn voor gebeurlijke indexatie en vergoedende interesten:

- *intrinsieke schade – gedeelde winst uit de transactie zelf*: het tijdstip waarop (voor de koper) het eigendomsrecht zou zijn overgegaan en (voor de verkoper) de prijs betaald zou zijn onder de ontbonden koop; in de regel is dit de aktedatum (zie titel 2.1.);
- *intrinsieke schade door tijdverlies* (waardedaling onroerend goed voor de verkoper, stijgende vastgoedprijzen voor de koper): het einde van de periode van het tijdverlies, zijnde  $T_1$  (zie randnr. 27-32 voor de bepaling hiervan);
- *extrinsieke schade: geleden verlies*: de periode waarin deze geleden werd, te berekenen vanaf de respectievelijke data van de uitgaven of de gemiddelde datum in geval van gelijkmatige spreiding;
- *extrinsieke schade: gedeelde winst*: de periode waarin of de tijdstippen waarop deze geleden werd, dienen zo nauwkeurig als redelijkerwijze mogelijk bepaald te worden;
- *opnieuw te verrichten uitgaven*: het tijdstip van de uitgave zelf, of, indien deze theoretisch zijn omdat de schadelijder ervan afziet (zie randnr. 70), het tijdstip waarop de uitgave in principe zou plaatsvinden.

## 6. BESLUIT

**90. Begroting in concreto.** Vermits schadevergoeding slechts *ex aequo et bono* begroot mag worden als het redelijkerwijze onmogelijk is om deze anders en nauwkeuriger te bepalen<sup>204</sup>, moet besloten worden dat dit niet opgaat voor de begroting van schadevergoeding voor de koper of verkoper van onroerend goed die geconfronteerd wordt met de ontbinding wegens wanprestatie van zijn wederpartij. Daarmee is nog niet gezegd dat de begroting eenvoudig is, noch dat

bepaalde onderdelen niet *ex aequo et bono* zouden kunnen bepaald worden. Maar door het categoriseren en analyseren van de verschillende elementen van de toestandsvergelijking moet het mogelijk zijn om tot een begroting *in concreto* te komen, waarvan dan in de praktijk ongetwijfeld zal blijken dat deze maar zelden op of nabij de 10% van de koopsom uitkomt, en in tegendeel kan variëren tussen nihil en een veelvoud daarvan, of zelfs van de koop prijs zelf.

<sup>195</sup>. H. ULRICHTS, *Schaderegeling in België*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2018, 278.

<sup>196</sup>. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 570.

<sup>197</sup>. Cass. 22 juni 2010, P.09.1912.N, *Arr.Cass.* 2010, 1891.

<sup>198</sup>. Cass. 12 februari 1998, C.97.252.N-C.94.0257.N, *Arr.Cass.* 1998, 205.

<sup>199</sup>. Cass. 22 december 2006, C.05.0210.N, *Arr.Cass.* 2006, 2764, *RW* 2006-07, 1439, noot A. VAN OEVELEN. In het wetsvoorstel tot invoering van Boek 5 “Verbintenissen” in het Nieuw Burgerlijk Wetboek (*Parl.St.* Kamer 2019, nr. 54-3709/001) wordt de verschuldigdheid van compensatoire interest op waardeschulden vanaf het ontstaan van de schade uitdrukkelijk voorzien in art. 5.315.

<sup>200</sup>. Cass. 22 juni 2010, P.09.1912.N, *Arr.Cass.* 2010, 1891.

<sup>201</sup>. Cass. 22 december 2006, C.05.0210.N, *Arr.Cass.* 2006, 2764, *RW* 2006-07, 1439, noot A. VAN OEVELEN.

<sup>202</sup>. B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 917.

<sup>203</sup>. Cass. 22 december 2006, C.05.0210.N, *Arr.Cass.* 2006, 2764, *RW* 2006-07, 1439, noot A. VAN OEVELEN.

<sup>204</sup>. Cass. 11 september 2009, C.08.0031.F, *Arr.Cass.* 2009, 1995, *NJW* 2010, 15, noot G. JOCQUE; Cass. 7 november 2012, P.12.0771.F, *JDSC* 2014, 284; Cass. 15 januari 2014, P.13.1110.F, *Arr.Cass.* 2014, 128; M. BERLINGIN, “L’indemnisation *ex aequo et bono* est subsidiaire à l’indemnisation *in concreto*”, *Les Pages* 2016, 4; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 1602.