

Onderzoek van vastgoedmakelaarscontracten

Steven Slachmuylders

Onder wetenschappelijke leiding van Prof. Dr. A. Van Oevelen en Prof. Dr. C. Cauffman

1. INLEIDING

De centrale onderzoeksvraag van deze thesis bestaat er enerzijds in na te gaan welke de correcte kwalificatie is van het vastgoedmakelaarscontract en anderzijds de geldigheid van de meest voorkomende bedingen te bespreken, dit alles in de huidige jurisprudentiële context.

Om deze vraag te beantwoorden wordt een grondige analyse gemaakt van het vastgoedmakelaarscontract.

Hiervoor wordt in eerste instantie nagegaan welke de correcte juridische kwalificatie van de vastgoedmakelaarsovereenkomst is.

Vervolgens worden ook de contractuele bedingen die in vastgoedmakelaarsovereenkomsten voorkomen onder de loep genomen. Er wordt hierbij zowel aandacht besteed aan de verplichte inhoud, als aan de bedingen die bijkomend in de overeenkomst worden opgenomen. Telkens wordt nagegaan aan welke wettelijke bepalingen deze bedingen kunnen worden getoetst. De problemen hieromtrent en de discussies in de rechtspraak en rechtsleer worden eveneens besproken. Er wordt onderzocht op welke wijze het KB van 12 januari 2007 betreffende het gebruik van bepaalde bedingen in de bemiddelingsovereenkomsten van vastgoedmakelaars deze problemen heeft willen verhelpen, en in welke mate het KB in dat opzet is geslaagd. Pijnpunten van het KB, zoals onduidelijkheden of discussiepunten, worden aan de kaak gesteld.

Om de effecten van het KB in de praktijk na te kunnen gaan, is een steekproef uitgevoerd waarbij ongeveer vijftig vastgoedmakelaars zijn gecontacteerd met het verzoek hun bemiddelingscontract voor de verkoop van een onroerend goed ter beschikking te stellen. De contracten die hierbij verkregen zijn, worden ontleed en besproken.

2. DE VASTGOEDMAKELAAR

1.1. EEN SOCIO-ECONOMISCHE BENADERING

De aankoop of verkoop van een woning is in principe de grootste financiële transactie in een doorsnee mensenleven. De vastgoedmakelaar vervult een belangrijke rol, op een al even belangrijk ogenblik.

De Amerikaanse econoom Steven D. Levitt wijst in zijn boek *Freakonomics* terecht op de bijzondere machtspositie van de vastgoedmakelaar, die voortspuit uit zijn informatievoorsprong, en op zijn tegengestelde belangen. De vastgoedmakelaar streeft er immers naar zo veel mogelijk commissielonen op een zo kort mogelijke tijd te realiseren. Dit kan aanleiding geven tot misbruiken, zoals het onderwaarderen van de verkoopprijs van een woning¹.

1.2. DE VASTGOEDMAKELAAR: LASTHEBBER OF AANNEMER? EEN KWALIFICATIE VAN DE VASTGOEDMAKELAARSOVEREENKOMST

1.2.1. Inleiding

In deze titel wordt ingegaan op de juridische kwalificatie van de vastgoedmakelaarsovereenkomst. Hierover bestaat veel onduidelijkheid en discussie in de rechtsleer en de rechtspraak.

Eerst wordt de algemene theorie met betrekking tot de overeenkomstentypes die hier aan bod komen besproken.

Vervolgens wordt er dieper ingegaan op het belang van het onderscheid tussen een aannemingsovereenkomst en een lastgevingsovereenkomst.

Daarna volgt de bespreking van de kwalificatie, waarbij de drie verschillende mogelijkheden, de overeenkomst van aanneming van werk, de lastgevingsovereenkomst en de gemengde overeenkomst, worden overlopen.

Ten slotte volgt nog een besluit.

1.2.2. Theorie

a. Lastgeving

a.1. Begrip

Artikel 1984 B.W. luidt als volgt: *“Lastgeving of volmacht is een handeling, waarbij een persoon aan een ander de macht geeft om iets voor de lastgever en in zijn naam te doen. Het contract komt slechts tot stand door de aanneming van de lasthebber.”*

¹ S.D. LEVITT en S.J. DUBNER, *Freakonomics*, Amsterdam, De bezige bij, 2010, 96-99.

Deze wettelijke definitie is echter gebrekkig, en dit om twee redenen. Ten eerste worden de begrippen lastgeving en volmacht onterecht gebruikt als synoniemen². Ten tweede is er hier sprake van een ‘handeling’, terwijl het eigenlijk gaat om een overeenkomst³.

Het verdient dan ook de voorkeur de lastgeving te definiëren als een overeenkomst waarbij de ene partij (de lastgever) aan de andere partij (de lasthebber), die hiermee instemt, de opdracht geeft in haar naam en voor haar rekening één of meer rechtshandelingen te stellen⁴.

a.2. Essentiële bestanddelen

De lasthebber vertegenwoordigt de lastgever in het stellen van één of meer rechtshandelingen. Er zijn dus twee essentiële bestanddelen. Het eerste daarvan is de vertegenwoordigingsbevoegdheid, wat inhoudt dat de lasthebber optreedt in naam en voor rekening van de lastgever⁵. Het tweede bestanddeel, het stellen van rechtshandelingen, vloeit eigenlijk voort uit het eerste, aangezien enkel rechtshandelingen voor vertegenwoordiging vatbaar zijn⁶.

Deze essentiële bestanddelen maken een eerste aflijning van de lastgevingsovereenkomst ten opzichte van de overeenkomst van aanneming van (intellectueel) werk mogelijk. De aannemer van werk stelt namelijk feitelijke handelingen, dus geen rechtshandelingen, en hij heeft géén vertegenwoordigingsbevoegdheid⁷.

² T. HENS, “Lastgeving – art.1984 B.W.” in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 1996, 2-3, nr. 2; C. PAULUS, “Enkele facetten van lastgeving” in J.H. HERBOTS (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Actuele problemen*, Antwerpen, Kluwer, 1980, 329, nr. 1; B. TILLEMANN, “Lastgeving”, *A.P.R.*, Antwerpen, Story-Scientia, 1997, 2, nr. 1.

³ A. VAN OEVELEN, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Universitas, 2009, 451, nr. 521.

⁴ R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, Deel III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 773, nr. 1387; A. VAN OEVELEN, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Universitas, 2009, 451, nr. 521; B. TILLEMANN en A. VERBEKE, *Bijzondere overeenkomsten in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 291, nr. 1007.

⁵ T. HENS, “Lastgeving – art.1984 B.W.” in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 1996, 3, nr. 6-7; B. TILLEMANN en A. VERBEKE, *Bijzondere overeenkomsten in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 291, nr. 1008.

⁶ T. HENS, “Lastgeving – art.1984 B.W.” in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 1996, 5, nr. 13; R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, Deel III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 773, nr. 1388.

⁷ A. VAN OEVELEN, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Universitas, 2009, 451, nr. 521; B. TILLEMANN en A. VERBEKE, *Bijzondere overeenkomsten in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 291, nr. 1008.

b. Aanneming van werk

b.1. Begrip

Het begrip ‘aanneming van werk’ wordt in het Burgerlijk Wetboek nergens gedefinieerd. In de rechtsleer verwijst men meestal naar de definitie van het Franse Hof van Cassatie, die de overeenkomst van aanneming van werk omschreef als de overeenkomst waarbij een persoon (de aannemer) zich ertoe verbindt tegen betaling van een overeengekomen prijs, in volledige onafhankelijkheid, maar zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid, een bepaald werk voor een ander (de opdrachtgever) te verrichten door het stellen van materiële of intellectuele handelingen⁸.

b.2. Essentiële bestanddelen

Ook hier kunnen twee essentiële bestanddelen vermeld worden. In de eerste plaats heeft deze overeenkomst het verrichten van materiële of intellectuele handelingen tot voorwerp. Bijgevolg is er ook geen vertegenwoordigingsbevoegdheid⁹. In de tweede plaats is er geen band van ondergeschiktheid tussen de opdrachtgever en de aannemer¹⁰.

1.2.3. Belang van het onderscheid

a. Gehoudenheid opdrachtgever tegenover derden

De verbintenissen die de lasthebber heeft aangegaan in naam en voor rekening van de lastgever, zijn aan die laatste rechtstreeks toerekenbaar, op voorwaarde dat de lasthebber binnen de perken van het mandaat is gebleven¹¹. De opdrachtgever is dus gebonden tegenover de derden met wie de lasthebber contracteerde.

Anders is het echter voor de overeenkomst van aanneming van werk. Hier is de opdrachtgever niet gebonden tegenover de derden met wie de aannemer contracteerde in het kader van zijn opdracht¹².

⁸ J.H. HERBOTS, “De aannemingsovereenkomst” in J.H. HERBOTS (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Actuele problemen*, Antwerpen, Kluwer, 1980, 215, nr. 1; A. VAN OEVELEN, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Universitas, 2009, 192-193, nr. 211; C. PAULUS, “Aanneming” in C. PAULUS (ed.), *Lexicon voor privaatrecht. Gebruikelijke contracten*, Brugge, Die Keure, 1981, 1-2, nr. 1-2.

⁹ Zie *supra* paragraaf 1, punt B.

¹⁰ A. VAN OEVELEN, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Universitas, 2009, 193, nr. 211; C. PAULUS, “Enkele facetten van lastgeving” in J.H. HERBOTS (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Actuele problemen*, Antwerpen, Kluwer, 1980, 333, nr. 8.

¹¹ B. TILLEMANN, “Lastgeving”, *A.P.R.*, Antwerpen, Story-Scientia, 1997, 187, nr. 373.

¹² B. TILLEMANN en A. VERBEKE, *Bijzondere overeenkomsten in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 236, nr. 831.

b. Risico

De lastgever is krachtens art. 2000 B.W. verplicht de lasthebber schadeloos te stellen voor de verliezen die hij ter gelegenheid van de uitvoering van zijn opdracht heeft geleden, indien hem geen onvoorzichtigheid te verwijten is.

De aannemer draagt het risico tot aan de oplevering, en de opdrachtgever moet de schade die de aannemer heeft geleden bij de uitvoering van het werk niet vergoeden¹³.

c. De bezoldiging van de lasthebber of aannemer en de matigingsbevoegdheid van de rechter¹⁴

c.1. Algemeen: de bezoldiging van de lasthebber of aannemer

De lastgeving is, zo stelt artikel 1986 B.W., in principe een overeenkomst om niet, tenzij het tegendeel is bedongen.

De overeenkomst van aanneming van werk wordt echter geacht te zijn aangegaan onder bezwarende titel. Dit blijkt uit de formulering van artikel 1710 B.W.

De auteurs K. DE BOCK, M. CORNETTE en P. LEPERE stellen dat dit tot gevolg heeft dat een makelaar-lasthebber, die een vergoeding wenst te verkrijgen voor zijn verrichte handelingen, dus een uitdrukkelijk beding in deze zin zal moeten opnemen in de lastgevingsovereenkomst¹⁵. Deze gevolgtrekking is m.i. niet helemaal correct, en dient dus genuanceerd te worden. Er geldt immers een weerlegbaar vermoeden dat professionele lasthebbers, zoals makelaars, een bezoldiging hebben bedongen¹⁶. Voor de vestiging van dit vermoeden is een indirecte band tussen de beroepsactiviteit en de lastgeving al voldoende¹⁷.

c.2. De matigingsbevoegdheid van de rechter

Hét meest opmerkelijke verschil tussen de lastgevingsovereenkomst en de overeenkomst van aanneming van werk betreft de bevoegdheid van de rechter om het overdreven loon van de lasthebber te matigen. Deze bevoegdheid heeft

¹³ A. VAN OEVELEN, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Universitas, 2009, 195, nr. 214; B. TILLEMANN, "Lastgeving", *A.P.R.*, Antwerpen, Story-Scientia, 1997, 12, nr. 17.

¹⁴ Over het commissieloon: *infra* Deel 3, Titel 3, Hoofdstuk 5.

¹⁵ K. DE BOCK, M. CORNETTE en P. LEPERE, "De makelaar" in D. STRUYVEN (ed.), *Bestendig handboek distributierecht*, Mechelen, Kluwer, 2001, IV.3-3, nr. 7950.

¹⁶ A. VAN OEVELEN, "De vergoeding van de dienstenverstrekker" in Departement Vorming en Opleiding van de Orde van Advocaten van de Balie van Kortrijk (ed.), *Huur van diensten – Aanneming van werk. Vormingsprogramma 2005-2006*, Brussel, Larcier, 2007, 348-349, nr. 4; B. TILLEMANN, "Lastgeving", *A.P.R.*, Antwerpen, Story-Scientia, 1997, 103, nr. 189.

¹⁷ B. TILLEMANN, "Lastgeving", *A.P.R.*, Antwerpen, Story-Scientia, 1997, 104, nr. 190.

de rechter niet indien het gaat om een overeenkomst van aanneming van werk¹⁸.

Het is vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie dat de rechter de bedongen vergoeding van de lasthebber mag verminderen tot een billijke vergoeding, indien hij van oordeel is dat het loon niet in verhouding staat tot de effectief verleende diensten¹⁹. Het Hof verdedigt deze stelling door te zeggen dat, hoewel kan worden afgeweken van het principiële kosteloos karakter van de lastgeving, de wetgever deze overeenkomst beschouwt (of beter: beschouwd) als een vriendendienst, waarvan de vergoeding dus ook billijk dient te zijn²⁰. Deze rechtspraak van het Hof van Cassatie wordt door de overgrote meerderheid van de rechtsleer sterk bekritiseerd. Ten eerste stelt men dat het in artikel 1134 B.W. opgenomen principe van de verbindende kracht van overeenkomsten zwaarder doorweegt dan de zogenaamde traditie²¹. Ten tweede merkt bepaalde rechtsleer op dat de invulling van de lastgevingsovereenkomst als een vriendendienst noch uitdrukkelijk uit de wet blijkt, noch duidelijk af te leiden valt uit de voorbereidende documenten van het Burgerlijk Wetboek²². En zelfs al neemt men aan dat deze invulling wel uit de voorbereidende documenten naar voor komt, dan nog kan m.i. moeilijk ontkend worden dat het Hof van Cassatie zich hier wel bijzonder conservatief opstelt en dat de lastgeving als vriendendienst als anachronistisch dient te worden beschouwd. Het is tegenwoordig immers gebruikelijker dat een lastgeving wordt aangegaan door een professioneel, met een commercieel oogmerk, dan door een vriend, die het om niet doet. Ten derde wijst men erop dat deze rechtspraak een niet te verantwoorden discriminatie in het leven roept tussen bijvoorbeeld een vastgoedmakelaar-lasthebber en een vastgoedmakelaar-aannemer²³.

De lagere rechtspraak is niet ongevoelig gebleven voor deze kritiek, en het valt dan ook op dat steeds meer rechters op zoek gaan naar andere grondslagen om de rechterlijke matigingsbevoegdheid van het loon van de lasthebber te kunnen verantwoorden. Op het eerste gezicht lijkt het mogelijk om de matigingsbevoegdheid te gronden op de leer van de gekwalificeerde

¹⁸ B. TILLEMANN, "Lastgeving", *A.P.R.*, Antwerpen, Story-Scientia, 1997, 12, nr. 16.

¹⁹ Cass. 6 maart 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 842; *Pas.* 1980, I, 832, concl. Adv.-Gen. R. CHARLES; *B.R.H.* 1980, I, 308, concl. Adv.-Gen. R. CHARLES; *R.W.* 1981-82, 442; *R.C.J.B.* 1982, 519, noot E. DIRIX; Cass. 14 oktober 2002, *T.B.B.R.* 2003, 603, noot P. WÉRY; *R.W.* 2003-04, 1297, noot A. VAN OEVELEN.

²⁰ W. GOOSSENS, "Reductie van het loon bij dienstenovereenkomsten: grondslagen en perspectieven" (noot onder Rb. Hasselt 3 april 2000), *T.B.B.R.* 2002, 277-278, nr. 4; A. VAN OEVELEN, "Kroniek van het verbintenisrecht (1993-2004)", *R.W.* 2004-05, 1644, nr. 11; B. TILLEMANN, "Lastgeving", *A.P.R.*, Antwerpen, Story-Scientia, 1997, 119, nr. 217.

²¹ W. GOOSSENS, "Reductie van het loon bij dienstenovereenkomsten: grondslagen en perspectieven" (noot onder Rb. Hasselt 3 april 2000), *T.B.B.R.* 2002, 278, nr. 5; B. TILLEMANN, "Lastgeving", *A.P.R.*, Antwerpen, Story-Scientia, 1997, 119-121, nr. 218.

²² B. TILLEMANN, "Lastgeving", *A.P.R.*, Antwerpen, Story-Scientia, 1997, 119-121, nr. 218.

²³ W. GOOSSENS, "Reductie van het loon bij dienstenovereenkomsten: grondslagen en perspectieven" (noot onder Rb. Hasselt 3 april 2000), *T.B.B.R.* 2002, 278, nr. 5; A. VAN OEVELEN, "Kroniek van het verbintenisrecht (1993-2004)", *R.W.* 2004-05, 1645, nr. 11.

benadeling²⁴. Dit leerstuk, en meer bepaald het vereiste dat er sprake is van misbruik van de inferioriteit, is echter niet verenigbaar met de klassieke matigingsbevoegdheid. W. GOOSSENS is daarom van mening dat deze rechtspraak geen andere grondslag tracht te zoeken voor de matigingsbevoegdheid, maar deze leer in haar geheel verwerpt²⁵. De theorie van de gekwalificeerde benadeling is echter niet de enige oplossing. Men zou de matigingsbevoegdheid immers kunnen invullen door een beroep te doen op de theorie van het rechtsmisbruik^{26,27}.

d. Aansprakelijkheid

Art. 2002 B.W. bepaalt dat indien er meerdere lastgevers zijn, ieder van hen hoofdelijk gehouden is tegenover de lasthebber²⁸.

In de regeling met betrekking tot de overeenkomst van aanneming van werk is echter geen regel opgenomen die voorziet in de hoofdelijke gehoudenheid van meerdere opdrachtgevers²⁹.

e. De opzegging door de opdrachtgever

De artikelen 2003 en 2004 B.W. voorzien in de mogelijkheid voor de lastgever om de overeenkomst *ad nutum* te herroepen. Deze bijzondere opzeggingswijze wordt verantwoord door de belangrijke plaats die het vertrouwen inneemt in de lastgevingsovereenkomst. Bijgevolg acht men het redelijk dat de lastgever het mandaat kan herroepen eens dat dit vertrouwen geschonden is³⁰.

Voor deze opzegging dient geen opzeggingstermijn in acht te worden genomen. Een nuancering hier is wel dat de lastgever schadevergoeding verschuldigd is aan de lasthebber, indien de herroeping ontijdig of op onrechtmatige wijze gebeurt. Het gaat om een toepassing van de uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten³¹.

²⁴ Gent 15 april 1999, *A.J.T.* 1999-00, 698.

²⁵ W. GOOSSENS, "Reductie van het loon bij dienstenovereenkomsten: grondslagen en perspectieven" (noot onder Rb. Hasselt 3 april 2000), *T.B.B.R.* 2002, 280, nr. 9.

²⁶ Rb. Hasselt 3 april 2000, *T.B.B.R.* 2002, 274, noot W. GOOSSENS.

²⁷ Pro: A. VAN OEVELEN, "Kroniek van het verbintenissenrecht (1993-2004)", *R.W.* 2004-05, 1645, nr. 11.

Contra: W. GOOSSENS, "Reductie van het loon bij dienstenovereenkomsten: grondslagen en perspectieven" (noot onder Rb. Hasselt 3 april 2000), *T.B.B.R.* 2002, 280-281, nr. 10-11.

²⁸ K. DE BOCK, M. CORNETTE en P. LEPERE, "De makelaar" in D. STRUYVEN (ed.), *Bestendig handboek distributierecht*, Mechelen, Kluwer, 2001, IV.3-4, nr. 7950; B. TILLEMANN, "Lastgeving", *A.P.R.*, Antwerpen, Story-Scientia, 1997, 13, nr. 18.

²⁹ K. DE BOCK, M. CORNETTE en P. LEPERE, "De makelaar" in D. STRUYVEN (ed.), *Bestendig handboek distributierecht*, Mechelen, Kluwer, 2001, IV.3-4, nr. 7950; B. TILLEMANN, "Lastgeving", *A.P.R.*, Antwerpen, Story-Scientia, 1997, 13, nr. 18.

³⁰ B. TILLEMANN, "Lastgeving", *A.P.R.*, Antwerpen, Story-Scientia, 1997, 301, nr. 535.

³¹ A. VAN OEVELEN, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Universitas, 2009, 466-467, nr. 543; B. TILLEMANN, "Lastgeving", *A.P.R.*, Antwerpen, Story-Scientia, 1997, 302-303, nr. 536-537.

De lastgever die zijn recht op herroepbaarheid *ad nutum* van de lastgevingsovereenkomst wenst uit te oefenen, dient hiervoor in principe geen opzeggingsvergoeding te betalen, tenzij – zoals gezegd – er sprake zou zijn van een schending van de uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten³².

De herroepbaarheid *ad nutum* is echter niet absoluut. Ten eerste is dit principe niet van openbare orde, noch van dwingend recht. Bijgevolg staat het de partijen vrij een conventionele afwijking op of beperking van de herroepbaarheid *ad nutum* te bedingen³³. Ten tweede is de lastgeving niet *ad nutum* herroepbaar indien het gaat om een zogenaamd mandaat van gemeenschappelijk belang, dat wil zeggen een mandaat dat niet alleen is aangegaan in het belang van de lastgever, maar ook in het belang van de lasthebber³⁴. Het belang van de lasthebber dient echter wel los te staan van het bestaan van de lastgeving op zich³⁵.

Ook de opdrachtgever van aanneming van werk heeft het recht om de overeenkomst eenzijdig te beëindigen. Dit is bepaald in artikel 1794 B.W. Het essentiële verschil met de opzegbaarheid *ad nutum* van de lastgevingsovereenkomst is echter dat de opdrachtgever de aannemer dient te vergoeden voor al zijn uitgaven, voor het reeds gepresterde werk en voor de winst die de aannemer bij de uitvoering van het werk had kunnen maken³⁶.

1.2.4. Kwalificatie

De kwalificatie van de vastgoedmakelaarsovereenkomst levert weinig problemen op indien de vastgoedmakelaar enkel bevoegd is tot het stellen van materiële handelingen. In dit geval zijn zowel rechtspraak³⁷ als rechtsleer³⁸ het erover eens dat de overeenkomst dient te worden gekwalificeerd als een overeenkomst van aanneming van werk. Voorbeelden van mogelijke materiële handelingen zijn het maken van reclame voor het te koop gestelde goed, het

³² B. TILLEMEN, “Lastgeving”, *A.P.R.*, Antwerpen, Story-Scientia, 1997, 303-304, nr. 538-539.

³³ A. VAN OEVELEN, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Universitas, 2009, 467, nr. 543; B. TILLEMEN, “Lastgeving”, *A.P.R.*, Antwerpen, Story-Scientia, 1997, 315, nr. 558.

³⁴ A. VAN OEVELEN, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Universitas, 2009, 467, nr. 543; B. TILLEMEN, “Lastgeving”, *A.P.R.*, Antwerpen, Story-Scientia, 1997, 307, nr. 548.

³⁵ B. TILLEMEN, “Lastgeving”, *A.P.R.*, Antwerpen, Story-Scientia, 1997, 308, nr. 550.

³⁶ A. VAN OEVELEN, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Universitas, 2009, 279, nr. 296.

³⁷ Zie bijvoorbeeld: Gent 17 december 2002, *NJW* 2003, 1195, noot R. STEENNOT; Gent 19 november 2008, *NJW* 2009, 370, noot R. STEENNOT.

³⁸ K. DE BOCK, M. CORNETTE en P. LEPERE, “De makelaar” in D. STRUYVEN (ed.), *Bestendig handboek distributierecht*, Mechelen, Kluwer, 2001, IV.3-5, nr. 8000; W. GOOSSENS, “De kwalificatie van een makelaarsovereenkomst en van de vergoeding die verschuldigd is als gevolg van de verkoop door de opdrachtgever – Vragen van overgangsrecht m.b.t. de nieuwe Wet op de schadebedingen” (noot onder Bergen 23 februari 1999), *T.B.B.R.* 2000, 428, nr. 3; E. SWAENPOEL, “Het Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 inzake de bemiddelingsovereenkomsten tussen vastgoedmakelaar en consument : een effectieve oplossing voor de knelpunten uit het verleden?”, *T.B.B.R.* 2007, 404, nr. 17; B. TILLEMEN, “Lastgeving”, *A.P.R.*, Antwerpen, Story-Scientia, 1997, 14, nr. 21; R. TIMMERMANS, “Makelaar in onroerend goed” in H. COUSY, J. COUTURIER, W. DELVA, R. DERINE, J. HERBOTS en R. VEKEMAN (eds.), *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2003, III.G.B.1-39.

vastleggen van afspraken, het laten bezichtigen van het te koop gestelde goed, het schatten van de waarde van het te verkopen goed, het voeren van onderhandelingen, etc.³⁹

De zaak wordt echter ingewikkeld indien de vastgoedmakelaar niet alleen materiële handelingen kan stellen, maar eveneens rechtshandelingen in naam en voor rekening van de cliënt. Het kan hierbij bijvoorbeeld gaan om het sluiten van de onderhandse koopovereenkomst, het toekennen van een aankoopoptie, het innen van de prijs of van een voorschot daarop, het opmaken van een staat van het goed voor de koper of de huurder, etc.⁴⁰

Er is dan sprake van een gemengde overeenkomst, meer bepaald een overeenkomst die de typische kenmerken van zowel een overeenkomst van aanneming van werk als van een lastgevingsovereenkomst vertoont, maar die toch een juridische eenheid vormt⁴¹. De vraag rijst dan welke rechtsregelen dienen te worden toegepast. Uit de praktijk blijkt dat er hier verschillende benaderingswijzen mogelijk zijn. Deze worden in wat volgt besproken.

Een eerste – en ook veel toegepaste – theorie is de absorptietheorie. Deze theorie neemt aan dat in een gemengd contract één van de contracttypes overheersend is en past op het contract in zijn geheel het statuut van dit overheersende type toe⁴². De rechter dient hier dus na te gaan wat als het voornaamste voorwerp van de vastgoedmakelaarsovereenkomst kan worden beschouwd: de bevoegdheid tot het stellen van materiële handelingen of de bevoegdheid tot het stellen van rechtshandelingen⁴³.

Zijn de rechtshandelingen louter bijkomstig, dan wordt het gehele vastgoedmakelaarscontract gekwalificeerd als een overeenkomst van aanneming van werk⁴⁴. Deze weg wordt vaak gevolgd door rechtsleer⁴⁵ en

³⁹ E. SWAENEOEL, “Het Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 inzake de bemiddelingsovereenkomsten tussen vastgoedmakelaar en consument : een effectieve oplossing voor de knelpunten uit het verleden?”, *T.B.B.R.* 2007, 404, nr. 17; R. TIMMERMANS, “Makelaar in onroerend goed” in H. COUSY, J. COUTURIER, W. DELVA, R. DERINE, J. HERBOTS en R. VEKEMAN (eds.), *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2003, III.G.B.1-39.

⁴⁰ E. SWAENEOEL, “Het Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 inzake de bemiddelingsovereenkomsten tussen vastgoedmakelaar en consument : een effectieve oplossing voor de knelpunten uit het verleden?”, *T.B.B.R.* 2007, 404, nr. 17; R. TIMMERMANS, “Makelaar in onroerend goed” in H. COUSY, J. COUTURIER, W. DELVA, R. DERINE, J. HERBOTS en R. VEKEMAN (eds.), *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2003, III.G.B.1-41.

⁴¹ A. VAN OEVELEN, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Universitas, 2009, 9, nr. 8.

⁴² A. VAN OEVELEN, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Universitas, 2009, 9, nr. 9.

⁴³ W. GOOSSENS, “De kwalificatie van een makelaarsovereenkomst en van de vergoeding die verschuldigd is als gevolg van de verkoop door de opdrachtgever – Vragen van overgangsrecht m.b.t. de nieuwe Wet op de schadebedingen” (noot onder Bergen 23 februari 1999), *T.B.B.R.* 2000, 429, nr. 3; E. SWAENEOEL, “Het Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 inzake de bemiddelingsovereenkomsten tussen vastgoedmakelaar en consument : een effectieve oplossing voor de knelpunten uit het verleden?”, *T.B.B.R.* 2007, 405, nr. 18.

⁴⁴ T. HENS, “Lastgeving – art.1984 B.W.” in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 1996, 13, nr. 43; P. WÉRY, *Le mandat*, Brussel, Larcier, 2000, 119, nr. 61.

⁴⁵ W. GOOSSENS, “De kwalificatie van een makelaarsovereenkomst en van de vergoeding die verschuldigd is als gevolg van de verkoop door de opdrachtgever – Vragen van overgangsrecht m.b.t. de nieuwe Wet op de schadebedingen” (noot onder Bergen 23 februari 1999), *T.B.B.R.*

rechtspraak⁴⁶ die argumenteert dat de essentiële taak van de vastgoedmakelaar het vinden van een goede kandidaat-koper is (een materiële handeling), en dat de eventuele bevoegdheid tot het sluiten van het contract in naam en voor rekening van de opdrachtgever (een rechtshandeling) hieraan ondergeschikt is. Vormen de rechtshandelingen echter het voornaamste voorwerp van de vastgoedmakelaarsovereenkomst, dan wordt de overeenkomst in haar geheel gekwalificeerd als een lastgeving⁴⁷. Bepaalde auteurs merken op dat de kwalificatie als lastgeving in de praktijk vaak gebeurt om billijkheidsredenen (bijvoorbeeld m.b.t. de matigingsbevoegdheid van de rechter inzake lastgeving)⁴⁸.

Een tweede theorie is de cumulatie- of combinatietheorie. Deze theorie past de regels van alle contracten die in het gemengde contract vertegenwoordigd zijn, naast elkaar toe⁴⁹. Op de aspecten van het vastgoedmakelaarscontract die betrekking hebben op aanneming van werk worden dan de regels inzake aanneming van werk toegepast, en op de aspecten die betrekking hebben op lastgeving worden de regels inzake lastgeving toegepast⁵⁰.

Een derde en laatste theorie is de *sui generis*-theorie, die van oordeel is dat het gemengd contract enkel onderworpen is aan de algemene regels van het verbintenissen- en contractenrecht⁵¹. Deze theorie wordt echter zelden toegepast⁵².

De vraag rijst welk van deze theorieën nu de voorkeur verdient. Als uitgangspunt kan gesteld worden dat de absorptietheorie vaak de juridische complexiteit van een gemengde overeenkomst miskent, en dat de cumulatietheorie het meeste respect opbrengt voor de bedoeling van de partijen en de sociaal-economische realiteit. Deze laatste theorie verdient dus de voorkeur⁵³.

2000, 430, nr. 3; B. TILLEMANS, "Lastgeving", *A.P.R.*, Antwerpen, Story-Scientia, 1997, 16, nr. 22; R. TIMMERMANS, "Makelaar in onroerend goed" in H. COUSY, J. COUTURIER, W. DELVA, R. DERINE, J. HERBOTS en R. VEKEMAN (eds.), *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2003, III.G.B.1-41.

⁴⁶ Bergen 21 april 2004, *T.B.B.R.* 2006, 100, noot B. VAN BAEVEGHEM; Brussel 27 februari 2008, *R.W.* 2008-09, 1563, noot B. VAN DEN BERGH; Rb. Hasselt 28 mei 2001, *T.B.B.R.* 2002, 241; Rb. Hoei 27 maart 2006, *T.App.* 2007, 48.

⁴⁷ Y. MERCHERS, "Overzicht van rechtspraak. Algemeen handelsrecht, handelscontracten, bank-, krediet-, wissel- en chequeverrichtingen (1987-1991)", *T.P.R.* 1992, 887, nr. 71; R. TIMMERMANS, "Makelaar in onroerend goed" in H. COUSY, J. COUTURIER, W. DELVA, R. DERINE, J. HERBOTS en R. VEKEMAN (eds.), *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2003, III.G.B.1-41; P. WÉRY, *Le mandat*, Brussel, Larcier, 2000, 120, nr. 61.

⁴⁸ B. VAN BAEVEGHEM, "De kwalificatie van makelaarsovereenkomsten en de noodzaak van een dubbele motivering" (noot onder Bergen 21 april 2004), *T.B.B.R.* 2006, 102.

⁴⁹ A. VAN OEVELEN, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Universitas, 2009, 9, nr. 9.

⁵⁰ E. SWAENPOEL, "Het Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 inzake de bemiddelingsovereenkomsten tussen vastgoedmakelaar en consument: een effectieve oplossing voor de knelpunten uit het verleden?", *T.B.B.R.* 2007, 405, nr. 18.

⁵¹ A. VAN OEVELEN, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Universitas, 2009, 9, nr. 9.

⁵² S. DE PEUTER, "De vastgoedmakelaar", *Res.jur.imm.* 1981, 231-232.

⁵³ A. VAN OEVELEN, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Universitas, 2009, 10-11, nr. 10.

De cumulatietheorie heeft echter ook haar beperkingen, aangezien zij niet kan worden toegepast indien de regels van de verschillende contracttypes onderling niet te verenigen zijn. Welnu, dit zal zeer vaak het geval zijn als het op de kwalificatie van een vastgoedmakelaarsovereenkomst aankomt. Het draait hierbij immers niet zelden om onder meer problemen van opzegbaarheid en de vergoeding van de vastgoedmakelaar. Zoals hierboven al gezegd, spreken de regels van de overeenkomst van aanneming van werk en de overeenkomst van lastgeving elkaar hier tegen. De cumulatietheorie zal dan niet kunnen worden toegepast, en men zal moeten terugvallen op de absorptietheorie, of zelfs de *sui generis*-theorie⁵⁴.

1.2.5. Besluit

Uit de bespreking van de juridische kwalificatie van het vastgoedmakelaarscontract is gebleken dat, hoewel de theoretische principes op zich duidelijk zijn, er in de praktijk toch veel discussie over bestaat, en dit zowel in de rechtspraak als in de rechtsleer. Met het oog op de rechtszekerheid lijkt een wetgevend ingrijpend dus niet overbodig.

Een eerste stap is al gezet met het K.B. van 12 januari 2007 betreffende het gebruik van bepaalde bedingen in de bemiddelingsovereenkomsten van vastgoedmakelaars⁵⁵. Artikel 2, 1° van dit K.B. vereist een geschreven overeenkomst waarin een beding wordt opgenomen dat handelt over de opdracht van de vastgoedmakelaar en de omvang van zijn bevoegdheid. Dit beding moet aan vier vereisten voldoen: (1) de opdracht van de vastgoedmakelaar en zijn bevoegdheden moeten duidelijk en ondubbelzinnig worden beschreven in één contractuele rubriek; (2) daaruit moet duidelijk blijken of de opdracht van de vastgoedmakelaar het sluiten van de overeenkomst in naam en voor rekening van de consument omvat; (3) in voorkomend geval, blijkt hieruit duidelijk binnen welke grenzen de makelaar kan onderhandelen over de prijs en de verkoopsvoorwaarden in het raam van zijn opdracht; (4) in voorkomend geval worden de minimum vraagprijs en voorwaarden duidelijk gespecificeerd.

Vooraf het tweede punt moet tegemoetkomen aan de kwalificatiemoeilijkheden van het vastgoedmakelaarscontract.

Ik betwijfel enigszins dat dit voldoende zal zijn om de kwalificatieproblematiek te kunnen oplossen. Zoals gezegd is er immers rechtspraak die, ondanks de aanwezigheid van bevoegdheid tot het sluiten van het contract in naam en voor rekening van de opdrachtgever, toch besluit dat het vastgoedmakelaarscontract als een overeenkomst van aanneming van werk dient te worden beschouwd. Deze wetgevende ingreep zal bijgevolg niets veranderen aan de door deze rechtspraak gehanteerde redenering, zodat er rechtsonzekerheid zal blijven bestaan.

⁵⁴ B. VAN BAEVEGHEM, "De kwalificatie van makelaarsovereenkomsten en de noodzaak van een dubbele motivering" (noot onder Bergen 21 april 2004), *T.B.B.R.* 2006, 103.

⁵⁵ *BS* 19 januari 2007.

De vraag rijst dan of er eventueel een erg ingrijpende wetgevende tussenkomst wenselijk is, waarbij de wetgever de juridische kwalificatie van het vastgoedmakelaarscontract uitdrukkelijk in het Burgerlijk Wetboek zou vastleggen. Naar analogie kan worden gewezen op artikel 3 van de Wet Breyne⁵⁶, dat de overeenkomsten van zogenaamde bouwpromotoren op dwingende wijze als koop of aanneming van werk kwalificeert. Hetzelfde zou men kunnen doen voor de vastgoedmakelaar.

Het betreft hier uiteraard een beleidsvraag, waarbij de doelstelling rechtsonzekerheid te vermijden m.i. moet worden afgewogen tegen het beginsel van de contractvrijheid.

3. DE VASTGOEDMAKELAARSOVEREENKOMST

3.1. REGELGEVEND KADER VAN DE VASTGOEDMAKELAARSOVEREENKOMST

3.1.1. *Het KB van 12 januari 2007*

a. Inleiding

Het belangrijkste, meest recente en ook meest ingrijpende instrument met betrekking tot vastgoedmakelaarscontracten is het KB van 12 januari 2007 betreffende het gebruik van bepaalde bedingen in de bemiddelingsovereenkomsten van vastgoedmakelaars (verder: KB Vastgoedmakelaarscontracten)⁵⁷. Dit KB kwam er op initiatief van de minister van Consumentenzaken Freya Van den Bossche en de minister van Middenstand Sabine Laruelle, na de aanzwellende kritiek op de misbruiken in vastgoedmakelaarscontracten. Zo stelde onder meer Test Aankoop vast dat verschillende contracten vol staan met onaanvaardbare bedingen, zoals torenhoge opzegvergoedingen⁵⁸.

Het KB wil meer bescherming bieden aan de opdrachtgever door de vastgoedmakelaar te verplichten bepaalde bedingen op te nemen in de overeenkomst (art. 2 KB Vastgoedmakelaarscontracten), en door andere bedingen te verbieden (art. 3 KB Vastgoedmakelaarscontracten).

b. Toepassingsgebied *ratione materiae* en *ratione personae*

Het KB Vastgoedmakelaarscontracten is van toepassing op de overeenkomsten tot verkoop-, aankoop-, verhuur- en huurbemiddeling gesloten tussen de

⁵⁶ Wet van 9 juli 1971 tot regeling van de woningbouw en de verkoop van te bouwen of in aanbouw zijnde woningen, BS 11 september 1971.

⁵⁷ Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 betreffende het gebruik van bepaalde bedingen in de bemiddelingsovereenkomsten van vastgoedmakelaars, BS 19 januari 2007.

⁵⁸ "Makelaars maken er een potje van", *Het Nieuwsblad*, 27 oktober 2004 en "Wie huis verkoopt, wordt beter beschermd", *Het Nieuwsblad*, 26 juli 2006.

vastgoedmakelaars, bedoeld in het Koninklijk Besluit van 6 september 1993 tot bescherming van de beroepstitel en van de uitoefening van het beroep van vastgoedmakelaar, en de consumenten (art. 1 KB Vastgoedmakelaarscontracten).

b.1. Bemiddelingsovereenkomst

Het KB Vastgoedmakelaarscontracten is enkel van toepassing op de overeenkomsten tot verkoop-, aankoop-, verhuur- en huurbemiddeling. Overeenkomsten inzake het beheer van goederen vallen hier dus niet onder.

b.2. Vastgoedmakelaar

Vastgoedmakelaar is hij (1) die zich gewoonlijk, als zelfstandige en voor rekening van derden, bezighoudt met de bemiddelingsactiviteiten en/of de activiteiten van beheerder van onroerende goederen zoals omschreven in art. 3 van het KB van 6 september 1993⁵⁹, (2) die ingeschreven is op het tableau van de beoefenaars van het beroep of op de lijst van stagiairs van het BIV en (3) die niet valt onder één van de uitzondering van art. 4 van het KB van 6 september 1993⁶⁰.

b.3. Consument

Het begrip ‘consument’, dat in het KB Vastgoedmakelaarscontracten zelf niet wordt verduidelijkt, moet op dezelfde wijze worden ingevuld als in de Wet Marktpraktijken. Artikel 2, 3^o Wet Marktpraktijken (het oude artikel 1, 7^o WHPC⁶¹) definieert consument als ‘iedere natuurlijke persoon die, uitsluitend voor niet-beroepsmatige doeleinden, op de markt gebrachte producten verwerft of gebruikt’.

Rechtspersonen vallen dus niet onder het KB Vastgoedmakelaarscontracten⁶².

Ook natuurlijke personen die in het kader van hun beroepsactiviteiten een overeenkomst sluiten met een vastgoedmakelaar vallen niet onder het toepassingsgebied van het KB Vastgoedmakelaarscontracten, ook al valt dit buiten hun specialiteit als professioneel. Hetzelfde geldt voor personen die deels voor privé-doeleinden en deels voor beroepsdoeleinden optreden⁶³.

⁵⁹ Koninklijk Besluit van 6 september 1993 tot bescherming van de beroepstitel en van de uitoefening van het beroep van vastgoedmakelaar, *BS* 13 oktober 1993.

⁶⁰ H. GEENS, *De onrechtmatige bedingenleer uit de vastgoedsector: in de greep van de nieuwe wet Marktpraktijken?*, Brussel, Larcier, 2011, 16-17, nr. 13; E. SWAENEPOEL, “Het Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 inzake bemiddelingsovereenkomsten tussen vastgoedmakelaar en consument: een effectieve oplossing voor de knelpunten uit het verleden?”, *T.B.B.R.* 2007, 401-402, nr. 9.

⁶¹ De WHPC bepaalde wel dat ook een rechtspersoon consument kon zijn. Dit is niet meer het geval in de Wet Marktpraktijken.

⁶² H. GEENS, *De onrechtmatige bedingenleer uit de vastgoedsector: in de greep van de nieuwe wet Marktpraktijken?*, Brussel, Larcier, 2011, 14, nr. 11.

⁶³ R. STEENNOT, “Weg met de wet handelspraktijken, leve de wet marktpraktijken”, *Juristenkrant* 2010, afl. 207, 2; G. STRAETMANS en J. STUYCK, “Wet Marktpraktijken en Consumentenbescherming (WMPC)” in Centrum voor Beroepsvervolmaking in de Rechten (ed.),

c. Toepassingsgebied *ratione temporis*

Het KB Vastgoedmakelaarscontracten is in werking getreden op 1 februari 2007 (art. 5 KB Vastgoedmakelaarscontracten). Er werd geen overgangsregeling opgenomen, maar de meerderheid van de rechtsleer neemt aan dat het KB enkel van toepassing is op vastgoedmakelaarscontracten die gesloten werden na 1 februari 2007⁶⁴.

3.1.2. De Wet Marktpraktijken

Op 12 mei 2010 is de Wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming (verder: Wet Marktpraktijken)⁶⁵ in werking getreden. Deze wet vervangt de voordien geldende Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument (verder: WHPC)⁶⁶.

Wat het toepassingsgebied van de Wet Marktpraktijken betreft, kan gewezen worden op art. 2, 1° en art. 2, 3° van diezelfde wet. De eerste bepaling definieert de ‘onderneming’ als ‘elke natuurlijke of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen’⁶⁷. Het begrip ‘consument’, dat wordt verduidelijkt in de tweede bepaling, is hierboven al besproken⁶⁸.

3.1.3. De adviezen van de Commissie voor Onrechtmatige Bedingen

Bijzonder interessant zijn ook de adviezen van de Commissie voor Onrechtmatige bedingen (of C.O.B.). Dit is een adviesorgaan, opgericht in de schoot van de Raad voor het Verbruik, dat als opdracht heeft adviezen en aanbevelingen uit te brengen omtrent bedingen en voorwaarden in

CBR Jaarboek 2009-2010, Antwerpen, Intersentia, 2010, 546, nr.56; E. SWAENEPOEL, “Het Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 inzake bemiddelingsovereenkomsten tussen vastgoedmakelaar en consument: een effectieve oplossing voor de knelpunten uit het verleden?”, *T.B.B.R.* 2007, 401, nr. 8.

⁶⁴ E. SWAENEPOEL, “Het Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 inzake bemiddelingsovereenkomsten tussen vastgoedmakelaar en consument: een effectieve oplossing voor de knelpunten uit het verleden?”, *T.B.B.R.* 2007, 402, nr. 10; R. TIMMERMANS, “Bemiddelingsovereenkomsten vastgoedmakelaars”, *N.J.W.* 2007, 60, nr. 52. Anders: B. VAN BAEVEGHEM, “Vastgoedbemiddelingsovereenkomsten”, *N.J.W.* 2008, 156, nr. 68.

⁶⁵ Wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, *BS* 12 april 2010.

⁶⁶ Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, *BS* 29 augustus 1991, *erratum BS* 10 oktober 1991.

⁶⁷ Zie hierover: G. STRAETMANS en J. STUYCK, “Wet Marktpraktijken en Consumentenbescherming (WMPC)” in Centrum voor Beroepsvervolmaking in de Rechten (ed.), *CBR Jaarboek 2009-2010*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 532-545, nrs. 18-54.

⁶⁸ *Supra* Paragraaf 2, Punt C.

overeenkomsten gesloten tussen verkopers (of beter: ondernemingen⁶⁹) en consumenten⁷⁰. De adviezen van de C.O.B. zijn niet bindend⁷¹.

Voor de vastgoedmakelaardij zijn vooral het advies nr. 13 van 3 juni 2004 en het advies nr. 21 van 22 november 2006 van belang. Het advies nr. 13 houdende aanbevelingen over de algemene voorwaarden van vastgoedmakelaars in contracten tot verkoopbemiddeling⁷² kwam tot stand naar aanleiding van een verzoek van de toenmalige minister van Economie om de overeenkomsten tussen vastgoedmakelaars en consumenten te onderzoeken⁷³. Het KB Vastgoedmakelaarscontracten is in grote mate gebaseerd op dit advies⁷⁴. Het tweede advies, nl. het advies over een ontwerp van Koninklijk Besluit betreffende de voorwaarden van vastgoedmakelaars in contracten van bemiddeling⁷⁵, werd uitgebracht naar aanleiding van het ontwerp-KB Vastgoedmakelaarscontracten.

3.1.4. De deontologie

De vastgoedmakelaar is verplicht zijn gedragscode na te leven. Deze wordt gevormd door het Reglement van plichtenleer van het Beroepsinstituut van vastgoedmakelaars⁷⁶, dat bij Koninklijk Besluit van 27 september 2006 werd goedgekeurd⁷⁷. Het doel van deze gedragscode is het waarborgen van de kwaliteit van de beroepsuitoefening. Het belang van deze gedragscode in burgerlijke vorderingen is gering, maar voor de rechter kan dit eventueel wel een nuttige indicatie vormen⁷⁸.

⁶⁹ De Wet Marktpraktijken heeft het begrip ‘verkoper’ uit de WHPC immers vervangen door het begrip ‘onderneming’.

⁷⁰ E. SWAENPOEL, “Aanbevelingen en adviezen van de Commissie voor onrechtmatige bedingen: gezaghebbend of net niet?”, *D.C.C.R.* 2007, afl. 75, 129, nr. 3.

⁷¹ E. SWAENPOEL, “Aanbevelingen en adviezen van de Commissie voor onrechtmatige bedingen: gezaghebbend of net niet?”, *D.C.C.R.* 2007, afl. 75, 136, nr. 13.

⁷² Commissie voor Onrechtmatige Bedingen, Advies over de algemene voorwaarden van vastgoedmakelaars in contracten tot verkoopbemiddeling, 3 juni 2004, nr. 13, http://economie.fgov.be/nl/binaries/COB13_tcm325-74393.pdf. Zie hierover ook: J. VANSTEENE, “Commissie voor Onrechtmatige Bedingen geeft 11 aanbevelingen over de algemene voorwaarden in vastgoedmakelaarscontracten”, *D.C.C.R.* 2004, afl. 65, 40-52.

⁷³ H. GEENS, *De onrechtmatige bedingenleer uit de vastgoedsector: in de greep van de nieuwe wet Marktpraktijken?*, Brussel, Larcier, 2011, 8, nr. 5.

⁷⁴ B. PONENT, “Een eerste kennismaking met de Commissie voor Onrechtmatige Bedingen” in B. PONENT (ed.), *Commissie Onrechtmatige Bedingen. Voorstelling, werkzaamheden en wetgeving*, Brussel, Larcier, 2010, 24, nr. 11.

⁷⁵ Commissie voor Onrechtmatige Bedingen, Advies op een ontwerp van Koninklijk Besluit betreffende de voorwaarden van vastgoedmakelaars in contracten van bemiddeling, 22 november 2006, nr. 21, http://economie.fgov.be/nl/binaries/COB21_tcm325-74380.pdf.

⁷⁶ Reglement van 27 september 2006 van plichtenleer van het Beroepsinstituut van vastgoedmakelaars, *BS* 18 oktober 2006.

⁷⁷ Koninklijk Besluit van 27 september 2006 tot goedkeuring van het reglement van plichtenleer van het Beroepsinstituut van vastgoedmakelaars, *BS* 18 oktober 2006.

⁷⁸ R. TIMMERMANS, *De nieuwe gedragscode van vastgoedmakelaars*, Mechelen, Kluwer, 2006, 5 en 244-246.

3.2. VORM VAN DE VASTGOEDMAKELAARSOVEREENKOMST

Artikel 2 KB Vastgoedmakelaarscontracten verplicht de vastgoedmakelaar voortaan een geschreven overeenkomst af te sluiten. De sanctie bij niet-naleving van deze verplichting is de relatieve nietigheid van de gehele overeenkomst⁷⁹.

3.3. CONTRACTUELE BEDINGEN

3.3.1. *Het schadebeding*

a. Begrip

Het schadebeding kan worden gedefinieerd als het contractuele beding waarin partijen vooraf en op forfaitaire wijze het bedrag van de schadevergoeding bepalen die één van hen aan de wederpartij zal moeten betalen indien zij zich schuldig maakt aan een contractuele wanprestatie⁸⁰.

Een gelijkaardige definitie is terug te vinden in artikel 1226 Burgerlijk Wetboek, zij het dat de wetgever hier ten onrechte melding maakt van de term ‘strafbeding’⁸¹.

b. Geldigheid

b.1. Inleiding

De geldigheid van schadebedingen wordt geregeld door een aantal bepalingen. Uiteraard is er het gemeenrechtelijke artikel 1231 B.W., dat een marginaal toetsingsrecht toekent aan de rechter.

Specifiek voor vastgoedmakelaarscontracten zijn vooral de Wet Marktpraktijken en het KB Vastgoedmakelaarscontracten van belang. Op basis van deze bepalingen kunnen een aantal vereisten worden vooropgesteld waaraan de schadebedingen moeten voldoen opdat zij geldig zouden zijn.

⁷⁹ H. GEENS, *De onrechtmatige bedingenleer uit de vastgoedsector: in de greep van de nieuwe wet Marktpraktijken?*, Brussel, Larcier, 2011, 91, nr. 102.

⁸⁰ H. GEENS, *De onrechtmatige bedingenleer uit de vastgoedsector: in de greep van de nieuwe wet Marktpraktijken?*, Brussel, Larcier, 2011, 49-50, nr. 52; A. GOEGEBUER, “Schade- en strafbedingen in rechtshistorisch en rechtsvergelijkend perspectief”, *R.W.* 2001-02, 401, nr. 2; A. VAN OEVELEN, “Schadebedingen” in Centrum voor beroepsvervolmaking in de rechten (ed.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2003, 67, nr. 1; R. STEENNOT, “Beëindigings-, exoneratie- en schadebedingen bij bijzondere overeenkomsten” in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten – XXXIVe Postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, 523, nr. 5.

⁸¹ A. GOEGEBUER, “Schade- en strafbedingen in rechtshistorisch en rechtsvergelijkend perspectief”, *R.W.* 2001-02, 401, nr. 1; A. VAN OEVELEN, “Schadebedingen” in Centrum voor beroepsvervolmaking in de rechten (ed.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2003, 67, nr. 1.

b.2. Omvang van de vergoeding

Artikel 3, 3° KB Vastgoedmakelaarscontracten verbiedt vooreerst schadebedingen die meer dan **75 % van het bedongen commissieloon** bedragen⁸².

Bedraagt het schadebeding niet meer dan 75 %, dan nog moet het de toets aan artikel 74, 24° Wet Marktpraktijken⁸³ (het oude art. 31.21 WHPC) doorstaan. Volgens deze bepaling is het schadebeding nietig⁸⁴ wanneer het bedrag van de schadevergoeding duidelijk niet **evenredig** is aan het nadeel dat door de verkoper kan worden geleden. Het woord ‘kan’ wijst erop dat de rechter rekening moet houden met de potentiële schade. Deze kan voor een vastgoedmakelaar hooguit bestaan uit de gemaakte kosten en het verlies van de kans het onroerend goed te verkopen⁸⁵. Zoals gezegd, bedraagt het absolute maximum in ieder geval 75 % van het commissieloon.

Het arrest van het hof van beroep te Gent van 2 februari 2005 vormt een goede toepassing van deze regels. Het hof diende zich daarin uit te spreken over een beding in een vastgoedmakelaarsovereenkomst dat bepaalde dat een schadevergoeding van 5 % van de verkoopprijs verschuldigd was in geval van wanprestatie van de opdrachtgever. Het hof van beroep oordeelde terecht dat dit schadebeding strijdig was met het toenmalige artikel 32.21 WHPC, aangezien het commissieloon van de vastgoedmakelaar slechts 3 % van de verkoopprijs bedroeg⁸⁶. Een dergelijke vergoeding is inderdaad allesbehalve evenredig.

Het KB Vastgoedmakelaarscontracten bestond ten tijde van deze uitspraak nog niet, maar naar huidig recht zou een dergelijk beding uiteraard ook strijdig zijn met artikel 3, 3° van dit KB. De bovengrens van 75 % van het bedongen commissieloon wordt hier immers ruim overschreden.

⁸² Art. 3, 3° KB Vastgoedmakelaarscontracten: “(Verboden zijn) schadebedingen die meer dan 75 % van de commissie en/of ereloon van de vastgoedmakelaar bedragen, onverminderd de toepassing van artikel 32.21 van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument”.

⁸³ Art. 74, 24° Wet Marktpraktijken: “(Onrechtmatig zijn de bedingen die ertoe strekken) in geval van niet- uitvoering van de verbintenissen van de consument, schadevergoedingsbedragen vast te stellen die duidelijk niet evenredig zijn aan het nadeel dat door de onderneming kan worden geleden”.

⁸⁴ De nietigheidssanctie volgt uit art. 75, § 1 Wet Marktpraktijken.

⁸⁵ G. COENE, “Noot” (noot onder Gent 1 februari 2006), *D.C.C.R.* 2007, afl. 73, 126; H. GEENS, *De onrechtmatige bedingenleer uit de vastgoedsector: in de greep van de nieuwe wet Marktpraktijken?*, Brussel, Larciér, 2011, 52, nr. 55; W. GOOSSENS, “De kwalificatie van een makelaarsovereenkomst en van de vergoeding die verschuldigd is als gevolg van de verkoop door de opdrachtgever – Vragen van overgangsrecht m.b.t. de nieuwe Wet op de schadebedingen” (noot onder Bergen 23 februari 1999), *T.B.B.R.* 2000, 441, nr. 19; K. MARCHAND, “De geldigheid van het schadebeding en het verbrekingsbeding in de makelaarsovereenkomst”, *T.App.* 2004, afl. 4, 13.

⁸⁶ Gent 2 februari 2005, *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 2005, 324, noot P. DE VROEDE.

b.3. Gelijkwaardig en wederkerig

Het schadebeding moet ook gelijkwaardig en wederkerig zijn. Deze regel gold vroeger al, op grond van artikel 74, 17° Wet Marktpraktijken⁸⁷ (het toenmalige art. 32.15 WHPC), en is ook opgenomen in artikel 3, 4° KB Vastgoedmakelaarscontracten⁸⁸.

De **wederkerigheid** houdt in, aldus het KB Vastgoedmakelaarscontracten, *“dat tegenover een schadebeding dat een bedrag vastlegt bij niet-nakoming door de consument van zijn verplichtingen, er altijd een schadebeding dient opgenomen te worden dat een bedrag vastlegt bij niet-nakoming van een verplichting van de makelaar die hieraan beantwoordt”*⁸⁹.

Wat de **gelijkwaardigheid** betreft, is er meer onduidelijkheid. Het KB stelt dat de vereiste van gelijkwaardigheid onder meer met zich meebrengt dat *“het bedongen bedrag van dezelfde orde moet zijn, en dat niet aan één partij het bewijs van schade wordt opgelegd, terwijl een schadebeding ten voordele van de andere partij dit bewijs van schade niet oplegt”*⁹⁰. Verschillende auteurs merken op dat deze bepaling in de praktijk (nog steeds) voor problemen kan zorgen⁹¹. De concrete invulling van deze voorwaarde is inderdaad niet geheel duidelijk, en zal dan ook in grote mate van de rechter afhangen. Het staat wel vast dat het niet moet gaan om een mathematische gelijkheid⁹².

K. MARCHAND betwijfelt dat de rechtszekerheid voor de consument er met deze bepaling van het KB Vastgoedmakelaarscontracten op vooruit is gegaan⁹³. Deze visie kan volgens mij niet onderschreven worden. Vroeger kwam het immers vaak voor dat vastgoedmakelaars in hun contract enerzijds een forfaitair schadebeding ten voordele van zichzelf opnamen en anderzijds bepaalden dat de opdrachtgever aanspraak kon maken op een schadevergoeding overeenkomstig het gemeen recht. Deze laatste moest dus nog steeds zijn schade bewijzen. Over de vraag of dergelijke bedingen al dan

⁸⁷ Art. 74, 17° Wet Marktpraktijken: *“(Onrechtmatig zijn de bedingen die ertoe strekken) het bedrag vast te leggen van de vergoeding verschuldigd door de consument die zijn verplichtingen niet nakomt, zonder in een gelijkwaardige vergoeding te voorzien ten laste van de onderneming die in gebreke blijft”*.

⁸⁸ Art. 3, 4° KB Vastgoedmakelaarscontracten: *“(Verboden zijn) schadebedingen die niet wederkerig en gelijkwaardig zijn, onverminderd de toepassing van artikel 32.15 van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument”*.

⁸⁹ Art. 3, 4°, lid 2 KB Vastgoedmakelaarscontracten.

⁹⁰ Art. 3, 4°, lid 3 KB Vastgoedmakelaarscontracten.

⁹¹ H. GEENS, *De onrechtmatige bedingenleer uit de vastgoedsector: in de greep van de nieuwe wet Marktpraktijken?*, Brussel, Larcier, 2011, 53-54, nr. 56; K. MARCHAND, “Nieuwe contractsvoorwaarden voor vastgoedmakelaars: a never ending story?” (noot onder Gent 22 maart 2006), *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 2006, 368, nr. 26.

⁹² R. STEENNOT, “Eenzijdige beëindiging van de overeenkomst door de consument: hoe de consument te beschermen tegen overdreven schadebedingen en opzegbedingen?” (noot onder Gent 4 december 2006), *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 2006, 264, nr. 5.

⁹³ K. MARCHAND, “Nieuwe contractsvoorwaarden voor vastgoedmakelaars: a never ending story?” (noot onder Gent 22 maart 2006), *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 2006, 368, nr. 26.

niet geldig waren, bestond geen eensgezindheid in de rechtspraak⁹⁴ en rechtsleer⁹⁵. Sinds het KB Vastgoedmakelaarscontracten staat echter ondubbelzinnig vast dat een dergelijk beding niet geldig is⁹⁶. Hoewel er dus nog steeds onduidelijkheid kan bestaan, betekent het KB m.i. toch al een belangrijke verbetering van de bescherming van de consument.

c. Onderscheid tussen schade- en opzegbedingen

c.1. Theoretisch onderscheid

Een schadebeding moet duidelijk worden onderscheiden van een opzegbeding. Dit laatste is een beding dat aan een contractpartij de mogelijkheid geeft de overeenkomst voortijdig en eenzijdig te beëindigen, tegen betaling van een forfaitair bedrag aan de wederpartij⁹⁷.

Het essentiële verschil is dus dat een contractpartij die zich op een opzegbeding beroept, geen contractuele wanprestatie begaat – bij een schadebeding gaat het juist wél om een contractuele wanprestatie -, maar louter een contractueel bepaald recht uitoefent⁹⁸.

Het belang van dit onderscheid bestaat erin dat het toetsingsmechanisme voor schadebedingen niet mag worden toegepast op opzegbedingen. Opzegbedingen zijn dus minder strikt gereguleerd, met als gevolg dat zij niet aan een even strenge en ruime controle kunnen worden onderworpen als schadebedingen⁹⁹.

⁹⁴ Bepaalde rechtspraak keurde dergelijke bedingen goed: Gent 8 oktober 2003, *T.App.* 2004, afl. 4, 26, *D.C.C.R.* 2005, afl. 66, 55 en *R.A.B.G.* 2004, 437, noot F. BURSSSENS; Antwerpen 10 mei 2004, *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 2004, 255.

Andere rechtspraak verwierp diezelfde bedingen: Rb. Hasselt 6 maart 2000, *Limb. Rechtsl.* 2000, 429.

⁹⁵ Sommige auteurs waren voorstander van die bedingen: F. BURSSSENS, “De toetsing van het schadebeding opgenomen in een makelaarsovereenkomst aan de Wet Handelspraktijken” (noot onder Gent 8 oktober 2003), *R.A.B.G.* 2004, 441, nr. 4; F. BURSSSENS en K. MARCHAND, “Rechtspraakroniek van de vastgoedberoepen: de vastgoedmakelaar (1998-2003) – deel 1”, *T.B.O.* 2003, 138; K. MARCHAND, “De geldigheid van het schadebeding en het verbrekingsbeding in de makelaarsovereenkomst”, *T.App.* 2004, afl. 4, 12-13.

Andere auteurs waren tegenstander: R. STEENNOT, “Eenzijdige beëindiging van de overeenkomst door de consument: hoe de consument te beschermen tegen overdreven schadebedingen en opzegbedingen?” (noot onder Gent 4 december 2006), *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 2006, 265, nr. 5; P. WERY, “L’article 32, 15° de la loi du 14 juillet sur les pratiques du commerce et sur la protection et l’information du consommateur: l’exigence de réciprocité des clauses pénales” (noot onder Rb. Charleroi 15 september 2000), *J.L.M.B.* 2001, 1254.

⁹⁶ R. STEENNOT, “Beëindigings-, exoneratie- en schadebedingen bij bijzondere overeenkomsten” in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten – XXXIVe Postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, 558, nr. 62.

⁹⁷ Over het opzegbeding: *infra* Hoofdstuk 2.

⁹⁸ R. STEENNOT, “Eenzijdige beëindiging van de overeenkomst door de consument: hoe de consument te beschermen tegen overdreven schadebedingen en opzegbedingen?” (noot onder Gent 4 december 2006), *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 2006, 262, nr. 2; E. SWAENEPOEL, “Schade- en opzegbedingen in makelaarscontracten” (noot onder Gent 6 april 2005), *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 2005, 342, nr. 5.

⁹⁹ Zie en vergelijk: *supra* Hoofdstuk 1, Paragraaf 2 en *infra* Hoofdstuk 2, Paragraaf 2.

c.2. Kwalificatieproblemen

Hoewel het theoretisch onderscheid tussen schade- en opzegbedingen duidelijk is, bestaan er toch veel kwalificatieproblemen in de praktijk. Dit komt doordat er vaak dubbelzinnige bedingen worden opgenomen in vastgoedmakelaarscontracten.

Een eerste dergelijk beding, dat trouwens vaak voorkomt, is het volgende: *“Indien de opdrachtgever tijdens de betrokken periode een derde persoon belast met een bemiddelingsopdracht of vroegtijdig een einde stelt aan de bemiddelingsopdracht, zal een vergoeding verschuldigd zijn aan de vastgoedmakelaar gelijk aan het overeengekomen commissieloon”*¹⁰⁰. Het probleem hiermee is dat dit beding zowel een contractuele wanprestatie (schending van de exclusiviteit), als een uitoefening van een opzeggingsrecht viseert (vroegtijdig einde stellen aan bemiddelingsopdracht).

De rechtspraak lost deze problematiek op een erg casuïstische en rechtsonzekere manier op: de kwalificatie wordt anders ingevuld al naargelang de hypothese waarin men zich bevindt. Is er een schending van de exclusiviteit door de opdrachtgever, dan wordt dit beding gekwalificeerd als een schadebeding¹⁰¹. Stelt de opdrachtgever vroegtijdig een einde aan de bemiddelingsopdracht, dan legt men het beding uit als een opzegbeding¹⁰². Hoewel deze aanpak op het eerste gezicht logisch lijkt, kunnen hier toch vraagtekens bij worden geplaatst. G. BALLON merkt op dat deze praktijk, waarbij hetzelfde beding nu eens als opzegbeding, dan weer als schadebeding wordt geïnterpreteerd, de regeling van de bezwarende bedingen uitholt en mogelijk strijdt met artikel 1162 B.W.¹⁰³. Bovendien leidt dit tot heel wat rechtsonzekerheid, aangezien de kwalificatie van een dergelijk beding op het ogenblik van de contractsluiting onmogelijk te bepalen is.

Een tweede problematisch beding is het beding dat enerzijds bepaalt dat de overeenkomst niet voortijdig mag worden opgezegd en anderzijds een forfaitaire vergoeding vastlegt die verschuldigd is bij voortijdige opzegging van de overeenkomst. Dit beding luidt als volgt: *“De opdrachtgever verbindt zich ertoe de overeenkomst niet voortijdig op te zeggen. Indien de*

¹⁰⁰ Zie bijvoorbeeld: Gent 23 maart 2005, *D.C.C.R.* 2007, afl. 73, 70; Bergen 21 april 2004, *T.B.B.R.* 2006, 100, noot B. VAN BAEVEGHEM; Gent 8 oktober 2003, *R.A.B.G.* 2004, 437, noot F. BURSENS; Rb. Brugge 25 oktober 1999, *R.W.* 2002-03, 70.

¹⁰¹ Gent 8 oktober 2003, *R.A.B.G.* 2004, 437, noot F. BURSENS. In de op dit punt kritische noot bij het arrest argumenteert F. BURSENS overigens dat dit beding een opzegbeding is.

¹⁰² Gent 23 maart 2005, *D.C.C.R.* 2007, afl. 73, 70; Bergen 21 april 2004, *T.B.B.R.* 2006, 100, noot B. VAN BAEVEGHEM.

¹⁰³ G. BALLON, “Enkele problemen in verband met overeenkomsten tussen een consument en een vastgoedmakelaar en hun oplossing bij K.B. 12 januari 2007” (noot onder Gent 6 juni 2007), *T.G.R.* 2007, 326.

*opdrachtgever, ondanks het voorgaande, de overeenkomst voortijdig opzegt, is een vergoeding verschuldigd gelijk aan het bedongen commissieloon*¹⁰⁴.

Ook hier is de rechtspraak verdeeld. Zo besliste het hof van beroep te Luik dat een dergelijk beding een schadebeding is¹⁰⁵, daar waar het hof van beroep te Gent eenzelfde beding kwalificeerde als een opzegbeding¹⁰⁶.

Ik sluit mij aan bij E. SWAENEPOEL, die de voorkeur geeft aan de visie van het hof van beroep te Luik. Zij argumenteert terecht dat de eenzijdige opzegging, die in de overeenkomst contractueel is verboden, in dit geval een contractuele wanprestatie uitmaakt. Het beding dat een vergoeding voorziet ter sanctivering van die wanprestatie is dan ook een schadebeding¹⁰⁷.

Het KB Vastgoedmakelaarscontracten wil paal en perk stellen aan deze praktijk en verbiedt daarom *“de bedingen die verwarring scheppen tussen een mogelijkheid tot opzeg door de consument mits vergoeding en de strafbedingen die de niet-uitvoering van de verbintenissen door deze laatste sanctioneren”* (artikel 3, 1° KB Vastgoedmakelaarscontracten). De vastgoedmakelaarsovereenkomst moet voortaan dus duidelijk vermelden of het gaat om een schade-, dan wel een opzegbeding¹⁰⁸.

3.3.2. *Het opzegbeding*

a. Begrip

Een opzegbeding is een beding dat aan een contractpartij de mogelijkheid geeft de overeenkomst voortijdig en eenzijdig te beëindigen, tegen betaling van een forfaitair bedrag aan de wederpartij¹⁰⁹.

Dat forfaitair bedrag vormt louter de tegenprestatie voor de mogelijkheid tot eenzijdig opzeggen van de overeenkomst¹¹⁰.

b. Geldigheid

Voor de inwerkingtreding van het KB Vastgoedmakelaarscontracten bestonden er veel problemen met betrekking tot de opzegging van de bemiddelingsopdracht door de opdrachtgever.

¹⁰⁴ Zie bijvoorbeeld: Luik 21 februari 2005, *J.L.M.B.* 2006, 526; Gent 22 januari 2003, *R.A.B.G.* 2004, 431, noot J. BAECK.

¹⁰⁵ Luik 21 februari 2005, *J.L.M.B.* 2006, 526.

¹⁰⁶ Gent 22 januari 2003, *R.A.B.G.* 2004, 431, noot J. BAECK.

¹⁰⁷ E. SWAENEPOEL, “Schade- en opzegbedingen in makelaarscontracten” (noot onder Gent 6 april 2005), *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 2005, 344, nr. 8.

¹⁰⁸ B. VAN BAEVEGHEM, “Vastgoedbemiddelingsovereenkomsten”, *N.J.W.* 2008, 154, nr. 53.

¹⁰⁹ J. BAECK, “Over strafbedingen en straffe opzegbedingen” (noot onder Gent 22 januari 2003), *R.A.B.G.* 2004, 434, nr. 1; E. SWAENEPOEL, “Schade- en opzegbedingen in makelaarscontracten” (noot onder Gent 6 april 2005), *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 2005, 342, nr. 5.

¹¹⁰ Cass. 6 september 2002, *R.W.* 2004-05, 300, noot; A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht (1993-2004)”, *R.W.* 2004-05, 1653, nr. 28.

Vaak was er geen opzegbeding terug te vinden in de vastgoedmakelaarsovereenkomst. De rechtspraak moest dan aan de hand van het gemeen recht bepalen of een opzeg mogelijk was, en welke vergoeding daar dan tegenover stond.

De bemiddelingsopdracht die voor onbepaalde duur is aangegaan, kan door de partijen uiteraard steeds worden opgezegd, mits inachtneming van een redelijke opzegtermijn¹¹¹.

Is er echter sprake van een bemiddelingsopdracht van bepaalde duur, dan verschilt de toepasselijke regelgeving al naargelang de overeenkomst wordt gekwalificeerd als een overeenkomst van aanneming van werk, dan wel als een lastgevingscontract¹¹². De opdrachtgever kan overeenkomstig artikel 1794 B.W. de aannemingsovereenkomst steeds eenzijdig opzeggen, mits hij de aannemer schadeloos stelt voor al zijn uitgaven, al zijn arbeid en alles wat hij bij die aanneming had kunnen winnen. Hoewel het desbetreffende artikel spreekt van ‘vaste prijs’, neemt men aan dat deze bepaling ook geldt voor overeenkomsten waarin de prijs op een andere manier wordt bepaald, op voorwaarde dat de prestatie bepaald is door haar voorwerp of een uitdrukkelijke tijdsbepaling. Dit is het geval voor een makelaarsovereenkomst, die wel degelijk bepaald is door haar voorwerp, namelijk het bemiddelen bij de verkoop van een welbepaald goed¹¹³. Gaat het om een lastgeving, dan kunnen zowel de opdrachtgever als de makelaar de overeenkomst opzeggen (artikelen 2004 en 2007 B.W.). De opdrachtgever zal dan, in tegenstelling tot wat geldt voor de aanneming van werk, geen opzeggingsvergoeding moeten betalen aan de vastgoedmakelaar¹¹⁴. In de rechtspraak wordt vooral de eerste aanpak (o.b.v. artikel 1794 B.W.) gehanteerd, met als gevolg dat de opdrachtgever vaak wordt veroordeeld tot betaling van het volledige commissieloon ter vergoeding van de eenzijdige opzegging¹¹⁵.

Het kwam ook voor dat er wel een opzegbeding was opgenomen in de bemiddelingsopdracht, maar dat de opzeggingsvergoeding werd bepaald op het volledige bedrag van het commissieloon¹¹⁶.

¹¹¹ C. HEEB, “Beëindiging van de makelaarsovereenkomst. Met aandacht voor het onderscheid tussen de exclusieve en de niet-exclusieve makelaarsopdracht” in P. NAEYAERT en E. TERRY (eds.), *Beëindiging van overeenkomsten met handelstussenpersonen*, Brugge, Die Keure, 2009, 289, nr. 16; E. SWAENPOEL, “Het Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 inzake bemiddelingsovereenkomsten tussen vastgoedmakelaar en consument: een effectieve oplossing voor de knelpunten uit het verleden?”, *T.B.B.R.* 2007, 408, nr. 26.

¹¹² Over de kwalificatieproblematiek, zie *infra* Deel 2, Titel 2.

¹¹³ Rb. Hasselt 3 februari 2003, *T.App.* 2004, 29; C. HEEB, “Beëindiging van de makelaarsovereenkomst. Met aandacht voor het onderscheid tussen de exclusieve en de niet-exclusieve makelaarsopdracht” in P. NAEYAERT en E. TERRY (eds.), *Beëindiging van overeenkomsten met handelstussenpersonen*, Brugge, Die Keure, 2009, 290, nr. 18.

¹¹⁴ K. DE BOCK, M. CORNETTE en P. LEPERE, “De makelaar” in D. STRUYVEN (ed.), *Bestendig handboek distributierecht*, Mechelen, Kluwer, 2001, IV.3-4, nr. 7950.

¹¹⁵ Zie bijvoorbeeld: Kh. Leuven 30 juni 2005, *T.App.* 2006, 25; Rb. Brugge 26 december 2006, *T.App.* 2008, 55.

¹¹⁶ Zie bijvoorbeeld: Rb. Hasselt 3 februari 2003, *T.App.* 2004, 29.

De opdrachtgever trachtte dit beding dan meestal aan te vechten op basis van een – beperkt¹¹⁷ – aantal gronden.

Ten eerste is er de algemene toetsingsnorm van artikel 31, § 1 WHPC (het huidige artikel 2, 28° Wet Marktpraktijken), die de bedingen verbiedt die een kennelijk onevenwicht scheppen tussen de rechten en plichten van de partijen¹¹⁸. Bepaalde auteurs pleiten ervoor om bij de beoordeling van het al dan niet ‘kennelijk onevenwicht’ van een opzegbeding rekening te houden met de vereisten die worden opgelegd aan schadebedingen. Hoewel er theoretisch gezien een onderscheid is tussen een schade- en een opzegbeding, wordt op deze manier toch een zekere reflexwerking aanvaard tussen beide soorten bedingen¹¹⁹.

Ten tweede kan gewezen worden op artikel 32, 24° WHPC (het huidige artikel 74, 27° Wet Marktpraktijken), dat de bedingen verbiedt die de verkoper toestaan de door de consument betaalde bedragen te houden wanneer deze afziet van het sluiten van de overeenkomst, zonder erin te voorzien dat de consument een gelijkwaardig bedrag aan schadevergoeding mag ontvangen van de verkoper wanneer deze laatste ervan afziet. Bepaalde rechtsleer pleit ervoor deze bepaling ook toe te passen op reeds gesloten overeenkomsten, met als gevolg dat dit artikel ook kan worden aangewend voor opzegbedingen. De voorwaarde dat er een ‘reeds betaald bedrag’ moet zijn, zorgt er echter voor dat deze bepaling uiterst zelden zal kunnen worden toegepast op vastgoedmakelaarscontracten, waar het ereloon in principe op het einde van de opdracht moet worden betaald¹²⁰.

Ten derde zou men kunnen argumenteren dat bedingen, die een dermate hoge opzegvergoeding voorzien, in feite speculeren op de wanprestatie van de medecontractant en dus strijdig zijn met de openbare orde (artikel 6 B.W.)¹²¹.

Ten vierde kan worden opgemerkt dat de theorie van het rechtsmisbruik hier eveneens een oplossing zou kunnen bieden, indien de vastgoedmakelaar het opzegbeding uitoefent op een wijze die strijdig is met de uitoefening te goeder trouw van overeenkomsten¹²². Een goede toepassing hiervan is terug te vinden in het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Gent van 29 oktober 2004.

¹¹⁷ Opzegbedingen worden, zoals gezegd, immers minder strikt gereguleerd en gecontroleerd dan schadebedingen.

¹¹⁸ Art. 31, § 1 WHPC: “Voor de toepassing van deze wet moet worden verstaan onder onrechtmatig beding, elk beding of elke voorwaarde die, alleen of in samenhang met een of meer andere bedingen of voorwaarden, een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van de partijen”.

¹¹⁹ R. STEENNOT, “Verbrekingsbedingen: een pleidooi voor de toepassing van art. 31 W.H.P.C.” (noot onder Gent 8 februari 2006), *D.C.C.R.* 2006, afl. 72, 59-60, nr. 9.

¹²⁰ R. STEENNOT, “Verbrekingsbedingen: een pleidooi voor de toepassing van art. 31 W.H.P.C.” (noot onder Gent 8 februari 2006), *D.C.C.R.* 2006, afl. 72, 59, nr. 8.

¹²¹ J. BAECK, “Over strafbedingen en straffe opzegbedingen” (noot onder Gent 22 januari 2003), *R.A.B.G.* 2004, 435, nr. 3; K. MARCHAND, “De geldigheid van het schadebeding en het verbrekingsbeding in de makelaarsovereenkomst”, *T.App.* 2004, 13; R. STEENNOT, “Eenzijdige beëindiging van de overeenkomst door de consument: hoe de consument te beschermen tegen overdreven schadebedingen en jaaropzegbedingen?” (noot onder Gent 4 december 2006), *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 2006, 269, nr. 11.

¹²² E. TERRY, “Ook van een opzeggingsbeding mag geen misbruik worden gemaakt” (noot onder Gent 7 januari 2008), *D.C.C.R.* 2008, afl. 80, 88.

De rechtbank kwam eerst tot de vaststelling dat het opzegbeding geldig was, maar oordeelde vervolgens dat de vastgoedmakelaar zich schuldig had gemaakt aan rechtsmisbruik. De opzegvergoeding werd daarom niet toegekend en de vastgoedmakelaar kreeg enkel een *ex aequo et bono* vastgestelde vergoeding voor de gedane uitgaven en verrichte arbeid¹²³.

Artikel 2, 9° van het KB Vastgoedmakelaarscontracten legt voortaan de verplichting op een opzegbeding op te nemen in de vastgoedmakelaarsovereenkomst. Dit beding moet de opdrachtgever de bevoegdheid toekennen de bemiddelingsopdracht eenzijdig te beëindigen zonder enige motivering. Een opzegvergoeding wordt toegelaten, maar kan niet meer bedragen dan 50 % van het commissieloon op voorwaarde dat de consument het onroerend goed niet verkoopt of verhuurt binnen de 6 maanden na de opzegging¹²⁴.

De draagwijdte van art. 2, 9°, lid 2 KB Vastgoedmakelaarscontracten, en meer bepaald van de zinsnede “op voorwaarde dat de consument het onroerend goed niet verkoopt of verhuurt binnen de 6 maanden na de opzegging”, is niet geheel duidelijk. Een eerste mogelijkheid, die K. MARCHAND en E. VOLCKAERT lijken te volgen, is dat het hier gaat om een loutere verwijzing naar artikel 2, 7° KB Vastgoedmakelaarscontracten¹²⁵. Een tweede mogelijkheid houdt in dat artikel 2, 7° en artikel 2, 9° KB Vastgoedmakelaarscontracten kunnen worden gecumuleerd. De vastgoedmakelaar heeft dan recht op een bijkomende vergoeding indien hij kan bewijzen dat het goed binnen 6 maanden na de beëindiging van de overeenkomst werd verkocht aan een derde die door hem werd aangebracht en aan wie precieze en individuele informatie werd bezorgd¹²⁶. E. SWAENPOEL verdedigt een derde mogelijkheid en stelt dat het hier waarschijnlijk gaat om een hybride vergoeding, zijnde deels opzegvergoeding en deels vergoeding van de door de vastgoedmakelaar geleverde inspanningen. De verhoging wordt dan enkel toegekend als het goed binnen de 6 maanden

¹²³ Rb. Gent 29 oktober 2004, *N.J.W.* 2005, 456, noot R. STEENNOT.

¹²⁴ Art. 2, 9° KB Vastgoedmakelaarscontracten: “(De bedingen van deze overeenkomst bepalen) het opzeggingsbeding dat de consument de bevoegdheid toekent om de bemiddelingsovereenkomst voor de toekomst op eenzijdige beslissing te beëindigen zonder dat enige motivering vereist is. In geval een opzegvergoeding wordt voorzien, kan de opzegvergoeding niet meer bedragen dan 50 % van het ere- of commissieloon van de makelaar op voorwaarde dat de consument het onroerend goed, voorwerp van de bemiddelingsopdracht, niet verkoopt of verhuurt binnen de 6 maanden na de opzegging”.

¹²⁵ K. MARCHAND en E. VOLCKAERT, “Het Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 betreffende bepaalde bedingen in vastgoedmakelaarsovereenkomsten: een evaluatie”, *T.V.V.* 2009, 30, nr. 21; E. VOLCKAERT, “De bemiddelingsovereenkomst: een hindernissenparcours” in I. DE KNIJF (ed.), *Bouwrecht. Van A(anneming) tot Z(akenrecht)*, Brussel, Larcier, 2009, 216-217, nr. 21.

¹²⁶ E. SWAENPOEL, “Het Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 inzake bemiddelingsovereenkomsten tussen vastgoedmakelaar en consument: een effectieve oplossing voor de knelpunten uit het verleden?”, *T.B.B.R.* 2007, 410, nr. 29.

wordt verkocht aan een derde die door de makelaar was aangebracht¹²⁷. Ten slotte wordt er door R. STEENNOT en de Confederatie van Immobiliënberoepen¹²⁸ nog een vierde mogelijkheid geopperd, die als het ware een drietrapsredenering volgt. Geschiedt de verkoop of verhuur binnen de 6 maanden, en is voldaan aan de voorwaarden van artikel 2, 7° van het KB, dan heeft artikel 2, 7° voorrang op artikel 2, 9°, en is het volledige commissieloon verschuldigd. Geschiedt de verkoop binnen de 6 maanden, maar is niet voldaan aan de voorwaarden van artikel 2, 7° van het KB, dan is een vergoeding van meer dan 50 % van het commissieloon mogelijk. Het C.I.B. voorziet hier een vergoeding van 75 % van het commissieloon. Geschiedt de verkoop meer dan 6 maanden na de opzegging, dan mag de opzegvergoeding maximaal 50 % van het commissieloon bedragen¹²⁹.

In zijn advies bij het ontwerp-KB Vastgoedmakelaarscontracten uitte de Commissie voor Onrechtmatige Bedingen kritiek op het huidige artikel 2, 9° KB Vastgoedmakelaarscontracten. De C.O.B. vreesde namelijk dat er ingevolge deze bepaling voortaan systematisch zou worden voorzien in een opzegvergoeding van 50 %, hetgeen in bepaalde gevallen toch wel onredelijk hoog kan zijn¹³⁰.

3.3.3. *Het exclusiviteitsbeding*

a. Begrip

Een exclusiviteitsbeding heeft tot doel de vastgoedmakelaar te beschermen tegen inmenging van andere vastgoedmakelaars of van de opdrachtgever zelf¹³¹.

De ratio van een dergelijk beding bestaat in het gunnen aan de vastgoedmakelaar van een zekere tijd om de gedane inspanningen en kosten te laten renderen¹³².

¹²⁷ E. SWAENPOEL, “Het Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 inzake bemiddelingsovereenkomsten tussen vastgoedmakelaar en consument: een effectieve oplossing voor de knelpunten uit het verleden?”, *T.B.B.R.* 2007, 410, nr. 29.

¹²⁸ Het C.I.B. gebruikt deze drietrapsredenering namelijk in haar typecontracten.

¹²⁹ R. STEENNOT, “Commentaar bij Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 betreffende het gebruik van bepaalde bedingen in de bemiddelingsovereenkomsten van vastgoedmakelaars” in H. SWENNEN, J. STUYCK, J. TYTECA en E. WYMEERSCH (eds.), *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2009, 72-75, nrs. 3-5.

¹³⁰ Commissie voor Onrechtmatige Bedingen, Advies op een ontwerp van Koninklijk Besluit betreffende de voorwaarden van vastgoedmakelaars in contracten van bemiddeling, 22 november 2006, nr. 21, http://economie.fgov.be/nl/binaries/COB21_tcm325-74380.pdf, 9-10.

¹³¹ B. VAN BAEVEGHEM, “Vastgoedbemiddelingsovereenkomsten”, *N.J.W.* 2008, 150, nr. 20.

¹³² M. NOËL, “Les clauses abusives dans les contrats conclus avec un agent immobilier”, *D.C.C.R.* 2005, afl. 66, 4, nr. 1; R. TIMMERMANS, *Het vastgoedmakelaarscontract*, Brussel, Larcier, 2005, 111.

Een exclusiviteitsbeding kan op twee manieren worden geïnterpreteerd. Bij de strikte interpretatie mag de opdrachtgever geen andere vastgoedmakelaar inschakelen voor het uitvoeren van de opdracht, maar mag hij zijn onroerend goed wel zelf verkopen. Bij de ruime interpretatie mag de opdrachtgever geen beroep doen op een andere vastgoedmakelaar én mag hij zijn eigendom niet zelf verkopen¹³³.

De rechtspraak is op dit punt verdeeld: er zijn zowel voorstanders van de strikte interpretatie¹³⁴, als aanhangers van de ruime interpretatie¹³⁵.

Bepaalde rechtspraak laat de keuze voor de strikte of ruime interpretatie afhangen van de kwalificatie van de overeenkomst. Gaat het om een aannemingsovereenkomst, dan beperkt de exclusiviteit zich tot de bemiddeling. De opdrachtgever blijft dus de mogelijkheid behouden zelf zijn onroerend goed te verkopen (strikte interpretatie). Is er daarentegen sprake van een lastgeving, dan heeft de exclusiviteit ook betrekking op de bevoegdheid tot het sluiten van rechtshandelingen, en dan mag de opdrachtgever zijn eigendom niet zelf verkopen (ruime interpretatie)¹³⁶.

De vraag rijst welke interpretatie – de strikte of ruime – de voorkeur verdient. W. GOOSSENS formuleert een mogelijk argument voor de ruime interpretatie. Hij zegt dat de strikte interpretatie de exclusiviteitsclausule uitholt, aangezien het free rider gedrag van de opdrachtgever zelf en het free rider gedrag van een andere vastgoedmakelaar allebei even nadelig zijn voor de vastgoedmakelaar¹³⁷.

E. SWAENPOEL wijst dan weer op een argument voor de strikte interpretatie. Zij stelt terecht dat de aanpak van W. GOOSSENS niet helemaal strookt met de interpretatieregels. Het onduidelijk opgestelde exclusiviteitsbeding moet ingevolge artikel 40, § 2 Wet Marktpraktijken

¹³³ B. VAN BAEVEGHEM, “De kwalificatie van makelaarsovereenkomsten en de noodzaak van een dubbele motivering” (noot onder Bergen 21 april 2004), *T.B.B.R.* 2006, 106; F. BURSSSENS en B. JANSSENS, “Rechtspraakroniek van de vastgoedberoepen (2006-2009): de vastgoedmakelaar”, *T.B.O.* 2009, 206; F. NAVEZ, “La vente d’un bien par son propriétaire en violation de l’exclusivité accordée à l’agent immobilier” (noot onder Luik 20 februari 1996), *J.L.M.B.* 1997, 1129, nr. 1.

¹³⁴ Antwerpen 25 januari 2006, *R.W.* 2008-09, 69; Gent 19 april 1994, *R.W.* 1996-97, 391, noot en *T.B.B.R.* 1995, 289, noot Y. MERCHIEERS; Antwerpen 19 december 1988, *R.W.* 1988-89, 1346, noot; Rb. Hasselt 28 mei 2001, *T.B.B.R.* 2002, 241; Rb. Antwerpen 2 mei 1988, *R.W.* 1988-89, 59.

¹³⁵ Luik 27 juni 2005, *J.L.M.B.* 2005, 1873; Luik 19 januari 1998, *T.B.B.R.* 1998, 350.

¹³⁶ Gent 19 april 1994, *T.B.B.R.* 1995, 289, noot Y. MERCHIEERS; Rb. Hasselt 28 mei 2001, *T.B.B.R.* 2002, 241; Antwerpen 25 januari 2006, *R.W.* 2008-09, 69. Zie ook: Y. MERCHIEERS, “Verkoop door de eigenaar zelf bij (exclusieve) opdracht aan een vastgoedmakelaar” (noot onder Gent 19 april 1994), *T.B.B.R.* 1995, 296-297 en 30, nrs. 2-3 en 10-11.

¹³⁷ W. GOOSSENS, “De kwalificatie van een makelaarsovereenkomst en van de vergoeding die verschuldigd is als gevolg van de verkoop door de opdrachtgever – Vragen van overgangsrecht m.b.t. de nieuwe Wet op de schadebedingen” (noot onder Bergen 23 februari 1999), *T.B.B.R.* 2000, 433, nr. 9.

immers worden uitgelegd in de voor de consument meest gunstige zin. De strikte interpretatie krijgt hier dus voorrang¹³⁸.

Ook het KB Vastgoedmakelaarscontracten brengt geen uitsluitel met betrekking tot de interpretatie van een exclusiviteitsbeding, zo stellen bepaalde auteurs. Zij betreuren dat er in het KB geen expliciete definitie is opgenomen van dit begrip¹³⁹. H. GEENS is een andere mening toegedaan, en stelt dat uit artikel 3, 3°, lid 2 KB Vastgoedmakelaarscontracten¹⁴⁰ blijkt dat de wetgever aan het exclusiviteitsbeding de meest ruime betekenis heeft willen toekennen¹⁴¹.

Welke visie men ook volgt, het staat in ieder geval vast dat het KB Vastgoedmakelaarscontracten er niet in slaagt de discussie met betrekking tot de omvang van het exclusiviteitsbeding te doen ophouden.

b. Geldigheid

b.1. Inleiding

Het KB Vastgoedmakelaarscontracten onderwerpt de geldigheid van exclusiviteitsbedingen aan een dubbele beperking: enerzijds wordt de duur van een exclusieve bemiddelingsopdracht beperkt, anderzijds wordt de schadevergoeding wegens schending van de exclusiviteit strikter geregeld.

b.2. Beperkt in duur

Het KB Vastgoedmakelaarscontracten legt een maximale duurtijd van zes maanden op aan exclusieve bemiddelingsovereenkomsten (artikel 2, 3°, lid 2 KB Vastgoedmakelaarscontracten)¹⁴². De ratio legis van deze bepaling ligt voor de hand: het beschermen van de opdrachtgever tegen een al te langdurige inperking van zijn beschikkingsbevoegdheid.

Artikel 2, 3°, lid 2 KB Vastgoedmakelaarscontracten biedt zonder twijfel een belangrijke meerwaarde voor de bescherming van de rechten van de opdrachtgever. Toch kunnen twee punten van kritiek worden geformuleerd. Het KB is enerzijds te streng, en is anderzijds ook te laks.

¹³⁸ E. SWAENPOEL, "Het Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 inzake bemiddelingsovereenkomsten tussen vastgoedmakelaar en consument: een effectieve oplossing voor de knelpunten uit het verleden?", *T.B.B.R.* 2007, 407, nr. 22.

¹³⁹ E. SWAENPOEL, "Het Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 inzake bemiddelingsovereenkomsten tussen vastgoedmakelaar en consument: een effectieve oplossing voor de knelpunten uit het verleden?", *T.B.B.R.* 2007, 408, nr. 25.

¹⁴⁰ Volgens deze auteur blijkt dit uit het gebruik van de woorden "(...) doordat de consument (...) zelf verkoopt of doordat een andere vastgoedmakelaar (...) belast wordt met de verkoopbemiddeling" (artikel 3, 3°, lid 2 KB Vastgoedmakelaarscontracten).

¹⁴¹ H. GEENS, *De onrechtmatige bedingenleer uit de vastgoedsector: in de greep van de nieuwe wet Marktpraktijken?*, Brussel, Larcier, 2011, 38-39, nr. 38.

¹⁴² Art. 2, 3°, lid 2 KB Vastgoedmakelaarscontracten: "Indien aan de vastgoedmakelaar exclusiviteit wordt toegekend, overschrijdt de bemiddelingsovereenkomst geen zes maanden".

E. SWAENEPOEL merkt terecht op dat het valt te betreuren dat het KB geen onderscheid maakt tussen enerzijds de duur van de overeenkomst en anderzijds de duur van de exclusiviteit. Hierdoor lijkt het onmogelijk om een bemiddelingsovereenkomst af te sluiten voor een duur van bijvoorbeeld één jaar, terwijl de duur van de exclusiviteit wordt beperkt tot zes maanden¹⁴³. Het KB Vastgoedmakelaarscontracten is hier m.i. inderdaad onnodig streng, en gaat verder dan nodig en nuttig is om de doelstelling te bereiken – namelijk het beschermen van de opdrachtgever tegen een te ingrijpende inperking van zijn beschikkingsbevoegdheid.

Bovendien bestaat er het risico dat men in de praktijk artikel 2, 3°, lid 2 KB Vastgoedmakelaarscontracten buiten spel zal proberen te zetten door gebruik te maken van de techniek van de stilzwijgende verlenging van de overeenkomst¹⁴⁴. Deze constructie, die door het KB nog altijd wordt aanvaard – zij het dat er wel een verplicht opzegbeding aan gekoppeld moet worden –, lijkt immers ook een verlenging van de exclusiviteit mogelijk te maken. Het gebruik van de woorden “en dit onder dezelfde voorwaarden” in artikel 4.1, lid 2 van het typecontract “Exclusieve verkoopopdracht met stilzwijgende verlenging”¹⁴⁵ is een bijkomende aanwijzing in deze richting¹⁴⁶. Deze onzorgvuldigheid is een spijtige zaak. Om eventueel misbruik te voorkomen zou het beter zijn de stilzwijgende verlenging uit te sluiten.

Deze lacune zou volgens mij eventueel wel door de rechtbanken en hoven kunnen worden opgevuld. In de rechtspraak staat men namelijk erg afkerig tegenover exclusiviteitsbedingen in combinatie met een beding van stilzwijgende verlenging. Men haalt hiervoor als argument aan dat een dergelijke constructie de vastgoedmakelaar ertoe aanzet geen enkele inspanning te doen wat betreft het zoeken van een mogelijke koper, maar integendeel af te wachten tot de opdrachtgever zelf verkoopt. De vastgoedmakelaar speculeert dus eigenlijk op de wanprestatie van de medecontractant¹⁴⁷.

b.3. Schadevergoeding

Vroeger bestond er geen eenduidigheid in de rechtspraak omtrent de kwalificatie van de forfaitaire schadevergoeding die moest worden betaald

¹⁴³ E. SWAENEPOEL, “Het Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 inzake bemiddelingsovereenkomsten tussen vastgoedmakelaar en consument: een effectieve oplossing voor de knelpunten uit het verleden?”, *T.B.B.R.* 2007, 408, nr. 25.

¹⁴⁴ Hierover: *infra* Hoofdstuk 4.

¹⁴⁵ Terug te vinden op de website van het B.I.V.: http://www.biv.be/NV_2_K_1.php?lingua=NL

¹⁴⁶ H. GEENS, *De onrechtmatige bedingenleer uit de vastgoedsector: in de greep van de nieuwe wet Marktpraktijken?*, Brussel, Larcier, 2011, 37-38, nr. 37; E. SWAENEPOEL, “Het Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 inzake bemiddelingsovereenkomsten tussen vastgoedmakelaar en consument: een effectieve oplossing voor de knelpunten uit het verleden?”, *T.B.B.R.* 2007, 408, nr. 25.

¹⁴⁷ Bergen 28 oktober 1996, *J.L.M.B.* 1997, 796; Gent 19 april 1994, *T.B.B.R.* 1995, 289; Antwerpen 19 december 1988, *R.W.* 1988-89, 1346; Rb. Antwerpen 2 mei 1988, *R.W.* 1988-89, 59.

door de opdrachtgever in geval van schending van het exclusiviteitsbeding. Zo besliste de rechtbank van eerste aanleg te Hasselt in een vonnis van 28 mei 2001 dat de schending van de exclusiviteit beschouwd diende te worden als een stilzwijgende opzeg en dat de bedongen schadevergoeding een opzegbeding was¹⁴⁸. De rechtbank van eerste aanleg te Hoei oordeelde dan weer dat de forfaitair bepaalde schadevergoeding, die betaald diende te worden omwille van de schending van het exclusiviteitsbeding, moest gekwalificeerd worden als een schadebeding¹⁴⁹.

Het KB Vastgoedmakelaarscontracten bepaalt nu uitdrukkelijk dat bedingen die een forfaitair bedrag vastleggen bij het miskennen van de exclusiviteit doordat de opdrachtgever het goed zelf verkoopt of het goed door een andere vastgoedmakelaar laat verkopen, beschouwd dienen te worden als schadebedingen (artikel 3, 3°, lid 2 KB Vastgoedmakelaarscontracten). Hetgeen hoger al is besproken met betrekking tot de geldigheid van schadebedingen, geldt ook hier¹⁵⁰.

Deze bepaling valt m.i. zeker goed te keuren. Ten eerste brengt dit artikel meer rechtszekerheid in deze materie. Ten tweede kiest men, door te bepalen dat het forfaitair bedrag bij schending van de exclusiviteit een schadebeding is, ook voor de benadering die volgens mij juridisch het meest logisch is. De schending van een exclusiviteitsbeding maakt immers een contractuele wanprestatie uit, en dat is nu net het determinerende onderscheid tussen een schadebeding en een opzegbeding.

3.3.4. *Het beding van stilzwijgende verlenging*

a. Begrip

Het beding van stilzwijgende verlenging is een vaak voorkomend contractueel beding in vastgoedmakelaarscontracten. Een dergelijk beding heeft tot gevolg dat de opdrachtgever, ingevolge zijn niet tijdige of niet correcte opzegging, met een gedwongen verlenging van de overeenkomst wordt geconfronteerd, al dan niet met dezelfde duurtijd van de oorspronkelijke overeenkomst¹⁵¹.

De problemen bij de stilzwijgende verlenging situeerden zich vooral met betrekking tot twee aspecten, namelijk de duurtijd van de verlenging en de uiterste datum voor kennisgeving van de wil tot niet-verlenging. Hieronder wordt besproken op welke manier het KB Vastgoedmakelaarscontracten

¹⁴⁸ Rb. Hasselt 28 mei 2001, *T.B.B.R.* 2002, 241. Zie in dezelfde zin: Gent 2 november 2005, *N.J.W.* 2006, 899, noot R. STEENNOT.

¹⁴⁹ Rb. Hoei 27 maart 2006, *T.App.* 2007, 48.

¹⁵⁰ *Supra* Hoofdstuk 1.

¹⁵¹ R. TIMMERMANS, "Bemiddelingsovereenkomsten vastgoedmakelaars. Algemene contractvoorwaarden wettelijk gereguleerd", *N.J.W.* 2007, 56, nr. 28.

hieraan tegemoet is gekomen, en welke andere bepalingen eventueel ook een oplossing zouden kunnen bieden.

b. Geldigheid

b.1. Duurtijd van de verlenging

Het KB Vastgoedmakelaarscontracten aanvaardt de geldigheid van een beding van stilzwijgende verlenging, maar artikel 2, 4° van datzelfde KB koppelt dit beding aan een verplichte opzegmogelijkheid voor de consument. Deze kan de verlengde overeenkomst ten allen tijde en zonder kosten opzeggen, mits inachtneming van een opzeggingstermijn van (maximum) één maand¹⁵². E. SWAENPOEL argumenteert dat een verlenging niet alleen voor bepaalde, maar ook voor onbepaalde duur mogelijk blijft. Aangezien de consument steeds zal kunnen opzeggen mits naleving van de termijn van één maand, zal er nooit sprake zijn van een onredelijk lange verlenging¹⁵³.

Complementair hiermee kan ook gewezen worden op artikel 74, 19° Wet Marktpraktijken (het oude artikel 32, 17°, eerste zinsnede WHPC), dat de bedingen verbiedt die de overeenkomst voor een onredelijk lange termijn verlengen, indien de consument niet tijdig opzegt¹⁵⁴. Hoewel bepaalde auteurs van mening zijn dat een stilzwijgende verlenging met eenzelfde initiële duurtijd van het contract onredelijk is¹⁵⁵, lijkt de rechtspraak zich hier echter niet streng op te stellen. Zo oordeelde het hof van beroep te Gent dat een stilzwijgende verlenging van een oorspronkelijk voor zes maand gesloten overeenkomst met een nieuwe termijn van zes maand niet strijdig is met art. 32, 17° WHPC¹⁵⁶.

¹⁵² Art. 2, 4° KB Vastgoedmakelaarscontracten: *“Indien een voor bepaalde duur gesloten bemiddelingsovereenkomst stilzwijgend wordt verlengd of vernieuwd, kan zij ten allen tijde en zonder kosten worden beëindigd mits een opzegtermijn van maximum één maand”*.

¹⁵³ E. SWAENPOEL, “Het Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 inzake bemiddelingsovereenkomsten tussen vastgoedmakelaar en consument: een effectieve oplossing voor de knelpunten uit het verleden?”, *T.B.B.R.* 2007, 410, nr. 32. In dezelfde zin: K. MARCHAND en E. VOLCKAERT, “Het Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 betreffende bepaalde bedingen in vastgoedmakelaarsovereenkomsten: een evaluatie”, *T.V.V.* 2009, 27, nr. 13.

¹⁵⁴ Art. 74, 19° Wet Marktpraktijken: *“(Onrechtmatig zijn de bedingen die ertoe strekken) de overeenkomst van bepaalde duur voor de opeenvolgende levering van goederen voor een onredelijke termijn te verlengen indien de consument niet tijdig opzegt”*.

¹⁵⁵ B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRY, C. HEEB en P. NAEYAERT, “Overzicht van rechtspraak Bijzondere Overeenkomsten: tussenpersonen (1999-2009)”, *T.P.R.* 2010, 879, nr. 355; E. SWAENPOEL, “Het Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 inzake bemiddelingsovereenkomsten tussen vastgoedmakelaar en consument: een effectieve oplossing voor de knelpunten uit het verleden?”, *T.B.B.R.* 2007, 410, nr. 30.

¹⁵⁶ Gent 18 juni 2008, *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 2008, 207. Zie in dezelfde zin: Gent 31 januari 2007, *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 2007, 277 (oorspronkelijke duurtijd van 180 dagen – stilzwijgende verlenging voor 180 dagen).

Ten slotte dient artikel 82, § 1 Wet Marktpraktijken (het oude artikel 39 *bis* WHPC) nog vermeld te worden¹⁵⁷. Ingevolge deze bepaling moet het beding van stilzwijgende verlenging in vet gedrukte letters en in een kader los van de tekst op de voorzijde van het eerste blad worden vermeld. Hoewel een aantal auteurs dit betwist¹⁵⁸, lijkt de meerderheid van de rechtsleer toch – en terecht – te aanvaarden dat deze bepaling van toepassing is op vastgoedmakelaarscontracten¹⁵⁹.

b.2. Uiterste datum voor kennisgeving van de wil tot niet-verlenging

Ook de problematiek waarbij de opdrachtgever soms geconfronteerd werd met een onredelijk vroege datum voor de kennisgeving van de wil tot niet-verlenging is aangepakt. Artikel 3, 2° KB Vastgoedmakelaarscontracten verbiedt opzegbedingen die voorzien in een opzegtermijn van langer dan één maand voor het einde van de overeenkomst¹⁶⁰.

E. SWAENPOEL merkt op dat deze vage bepaling niet tegemoet komt aan de hier geschetste problematiek, aangezien ze veeleer opzegbedingen met een duurtijd van langer dan één maand verbiedt, dan bedingen die een onredelijk vroege kennisgeving van de opzegging vaststellen¹⁶¹.

De opdrachtgever zou zijn vordering bijkomend wel kunnen steunen op artikel 74, 20° Wet Marktpraktijken (artikel 32, 17°, tweede zinsnede WHPC), dat verbiedt een overeenkomst van bepaalde duur automatisch te verlengen bij het ontbreken van een tegengestelde kennisgeving van de consument, terwijl een al te ver van het einde van de overeenkomst verwijderde datum is vastgesteld

¹⁵⁷ Art. 82, § 1 Wet Marktpraktijken: “Wanneer een dienstenovereenkomst van bepaalde duur afgesloten tussen een onderneming en een consument een beding tot stilzwijgende verlenging bevat, wordt dit beding geplaatst in vetgedrukte letters en in een kader los van de tekst, op de voorzijde van de eerste bladzijde”.

¹⁵⁸ Deze auteurs komen tot dit besluit op grond van de regel ‘lex specialis derogat lex generalis’: P. LEPERE, “Het Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 betreffende het gebruik van bepaalde bedingen in de bemiddelingsovereenkomsten van vastgoedmakelaars: ‘nieuwe’ regels voor vastgoedmakelaarsovereenkomsten”, *T.V.V.* 2007, 883, nr. 26; E. SWAENPOEL, “Het Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 inzake bemiddelingsovereenkomsten tussen vastgoedmakelaar en consument: een effectieve oplossing voor de knelpunten uit het verleden?”, *T.B.B.R.* 2007, 411, nr. 34.

¹⁵⁹ Deze auteurs stellen dat het ‘lex specialis’-principe hier niet van toepassing is, aangezien beide bepalingen elkaar louter aanvullen: B. VAN BAEVEGHEM, “Vastgoedbemiddelingsovereenkomsten”, *N.J.W.* 2008, 151, nr. 26; R. STEENNOT, “Commentaar bij Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 betreffende het gebruik van bepaalde bedingen in de bemiddelingsovereenkomsten van vastgoedmakelaars” in H. SWENNEN, J. STUYCK, J. TYTECA en E. WYMEERSCH (eds.), *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2009, 56, nr. 3.

¹⁶⁰ Art. 3, 2° KB Vastgoedmakelaarscontracten: “(Verboden zijn) voor de bemiddelingsovereenkomsten van bepaalde duur, de opzegbedingen die voorzien in een opzegtermijn van langer dan één maand vóór het einde van de overeenkomst”.

¹⁶¹ E. SWAENPOEL, “Het Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 inzake bemiddelingsovereenkomsten tussen vastgoedmakelaar en consument: een effectieve oplossing voor de knelpunten uit het verleden?”, *T.B.B.R.* 2007, 411, nr. 33.

als uiterste datum voor de kennisgeving van de wil van de consument om de overeenkomst niet te verlengen¹⁶².

c. Wenselijkheid

De vraag rijst of een beding van stilzwijgende verlenging wel wenselijk is. Een dergelijk beding strekt louter tot bescherming van het loon van de vastgoedmakelaar, die zijn slaagkansen ziet afnemen naarmate de tijd verstrijkt¹⁶³. De opdrachtgever beschikt door het KB Vastgoedmakelaarscontracten nu wel over een opzegmogelijkheid, maar dit neemt niet weg dat de opdrachtgever in bepaalde omstandigheden toch nog voor een onaangename verrassing kan komen te staan. Interessant in dat opzicht is het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Turnhout van 11 maart 2011 waarbij een niet-exclusieve vastgoedmakelaarsovereenkomst werd gesloten voor een duur van zes maanden, telkens stilzwijgend te verlengen voor dezelfde termijn en tegen dezelfde voorwaarden behoudens opzeg door een van de partijen minstens veertien dagen voor het einde van de termijn. De in september 2005 gesloten overeenkomst was door het beding van stilzwijgende verlenging nog steeds lopende op 1 september 2009, meer bepaald de achtste stilzwijgende verlenging. De rechtbank oordeelde terecht dat het makelaarscontract dat gebruik maakt van de techniek van de stilzwijgende en automatische hernieuwing in afwachting van een aangetekende opzegging, waardoor een bijzonder lange contractduur kan worden bereikt, in aanvaring komt met de goede trouw¹⁶⁴.

3.3.5. Het beding met betrekking tot het loon

a. Inleiding

In dit deel worden de bedingen met betrekking tot het recht op commissieloon tijdens en na de bemiddelingsopdracht besproken (paragrafen 2 en 3). Verder worden ook twee specifieke problemen behandeld, zijnde de koop onder voorwaarde (paragraaf 4) en het zogenaamde surplusbeding (paragraaf 5).

b. Het recht op een commissieloon tijdens de bemiddelingsopdracht

De vastgoedmakelaar heeft recht op een commissieloon indien hij zijn bemiddelingsopdracht heeft vervuld, dat wil zeggen dat hij moet aantonen dat

¹⁶² Art. 74, 20° Wet Marktpraktijken: “(Onrechtmatig zijn de bedingen die ertoe strekken) een overeenkomst van bepaalde duur automatisch te verlengen bij het ontbreken van een tegengestelde kennisgeving van de consument, terwijl een al te ver van het einde van de overeenkomst verwijderde datum is vastgesteld als uiterste datum voor de kennisgeving van de wil van de consument om de overeenkomst niet te verlengen”.

¹⁶³ R. TIMMERMANS, “Bemiddelingsovereenkomsten vastgoedmakelaars. Algemene contractvoorwaarden wettelijk gereguleerd”, *N.J.W.* 2007, 56, nr. 28.

¹⁶⁴ Rb. Turnhout 11 maart 2011, onuitg. (Dit vonnis is bijgevoegd in bijlage 1).

zijn inspanningen hebben geleid tot de verkoop (of verhuur) van het onroerend goed¹⁶⁵.

F. BURSSSENS en B. JANSSENS leiden hier twee voorwaarden uit af: ten eerste moet de vastgoedmakelaar de bemiddelingsopdracht vervullen, ten tweede moet deze opdracht vervuld worden door zijn inspanningen¹⁶⁶. Deze voorwaarden worden hier besproken (A en B).

Het komt ook voor dat de overeenkomst bepaalt dat het commissieloon verschuldigd is indien de consument tijdens de overeenkomst zelf het onroerend goed verkoopt aan een persoon die door de vastgoedmakelaar werd aangebracht. Dit wordt besproken in een derde punt (C).

b.1. Het vervullen van de bemiddelingsopdracht

De vastgoedmakelaar heeft recht op zijn commissieloon wanneer hij zijn opdracht heeft volbracht. Dit kan zich voordoen op drie mogelijke tijdstippen. Ten eerste wordt soms bedongen dat dit het geval is van zodra een geldig bod wordt uitgebracht. Dit bod moet volgens artikel 2, 5° KB Vastgoedmakelaarscontracten schriftelijk gedaan zijn of op een andere manier die aan de opdrachtgever een vast bewijs levert van het bod dat uitgaat van de wederpartij¹⁶⁷. Ten tweede kan de opdracht vervuld zijn bij de ondertekening van de onderhandse koopovereenkomst. Een derde mogelijk tijdstip ten slotte is dat van de ondertekening van de notariële akte¹⁶⁸.

b.2. Door de inspanningen van de vastgoedmakelaar

Verder is ook vereist dat de koopovereenkomst tot stand is gekomen door de inspanningen van de vastgoedmakelaar¹⁶⁹. Het is hierbij noodzakelijk, maar

¹⁶⁵ K. MARCHAND, "Nieuwe contractvoorwaarden voor vastgoedmakelaars: a never ending story?" (noot onder Gent 22 maart 2006), *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 2006, 359, nr. 12; F. BURSSSENS en B. JANSSENS, "Rechtspraakroniek van de vastgoedberoepen (2006-2009): de vastgoedmakelaar", *T.B.O.* 2009, 203.

¹⁶⁶ F. BURSSSENS en B. JANSSENS, "Rechtspraakroniek van de vastgoedberoepen (2006-2009): de vastgoedmakelaar", *T.B.O.* 2009, 203.

¹⁶⁷ Art. 2, 5° KB Vastgoedmakelaarscontracten: "Wanneer de bemiddelingsovereenkomst bepaalt dat de opdracht is vervuld indien de wederpartij een geldig bod heeft uitgebracht, wordt bepaald dat dit bod is gedaan in een geschrift of op een andere manier die aan de klant een vast bewijs levert van het bod dat uitgaat van deze wederpartij".

¹⁶⁸ B. VAN BAEVEGHEM, "Vastgoedbemiddelingsovereenkomsten", *N.J.W.* 2008, 151, nrs. 27-29; F. BURSSSENS en B. JANSSENS, "Rechtspraakroniek van de vastgoedberoepen (2006-2009): de vastgoedmakelaar", *T.B.O.* 2009, 203; G. KERSTENS, "Honoraria van de vastgoedmakelaar" in H. COUSY, J. COUTURIER, W. DELVA, R. DERINE, J. HERBOTS en R. VEKEMAN (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2007, III.Gbis.2-2–III.Gbis.2-3.

¹⁶⁹ F. BURSSSENS en B. JANSSENS, "Rechtspraakroniek van de vastgoedberoepen (2006-2009): de vastgoedmakelaar", *T.B.O.* 2009, 203; B. TILLEMANN, E. DURSIN, E. TERRYNN, C. HEEB en P. NAEYAERT, "Overzicht van rechtspraak Bijzondere Overeenkomsten: tussenpersonen (1999-2009)", *T.P.R.* 2010, 902, nr. 386.

voldoende dat de overeenkomst niet zou zijn gesloten zonder de tussenkomst van de makelaar, hoe gering de inbreng ook moge zijn¹⁷⁰.

b.3. Verkoop tijdens overeenkomst door opdrachtgever aan een door de vastgoedmakelaar aangebrachte koper

In de bemiddelingsovereenkomst is vaak bedongen dat het commissieloon ook verschuldigd is indien de opdrachtgever het onroerend goed **tijdens**¹⁷¹ de duur van de opdracht verkoopt aan een door de vastgoedmakelaar aangebrachte koper¹⁷².

Artikel 2, 6° KB Vastgoedmakelaarscontracten laat dit voortaan slechts toe op voorwaarde dat de vastgoedmakelaar het bewijs levert dat hij aan die koper precieze en individuele informatie heeft verschaft¹⁷³. Het begrip ‘precieze en individuele informatie’ wordt verderop besproken¹⁷⁴.

c. Het recht op een commissieloon ná het einde van de bemiddelingsopdracht

Voor de inwerkingtreding van het KB Vastgoedmakelaarscontracten werden onrechtmatige bedingen met betrekking tot het recht op een commissieloon na het einde van de bemiddelingsopdracht aangevochten op basis van drie argumenten. Ten eerste beriep men zich vaak op de algemene toetsingsnorm van artikel 31, § 1 WHPC (het huidige artikel 2, 28° Wet Marktpraktijken), die de bedingen verbiedt die een kennelijk onevenwicht scheppen tussen de rechten en plichten van de partijen¹⁷⁵. Ten tweede haalde men ook regelmatig artikel 32, 16° WHPC (het huidige artikel 74, 18° Wet Marktpraktijken) aan, dat stelt dat bedingen die de consument voor een onbepaalde termijn binden, zonder duidelijke vermelding van een redelijke opzeggingstermijn,

¹⁷⁰ Brussel 1 maart 2007, *J.T.* 2007, 876. Zie ook: B. TILLEMANN, E. DURSIN, E. TERRY, C. HEEB en P. NAEYAERT, “Overzicht van rechtspraak Bijzondere Overeenkomsten: tussenpersonen (1999-2009)”, *T.P.R.* 2010, 902, nr. 386.

¹⁷¹ Dit onderscheid is belangrijk. De verkoop door de opdrachtgever aan een door de vastgoedmakelaar aangebrachte koper die plaatsvindt **na** het einde van de bemiddelingsopdracht wordt hieronder besproken. *Infra* Paragraaf 3.

¹⁷² E. SWAENPOEL, “Het Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 inzake bemiddelingsovereenkomsten tussen vastgoedmakelaar en consument: een effectieve oplossing voor de knelpunten uit het verleden?”, *T.B.B.R.* 2007, 412, nr. 39.

¹⁷³ Art. 2, 6° KB Vastgoedmakelaarscontracten: “*Wanneer de bemiddelingsovereenkomst bepaalt dat met de vervulling van de opdracht gelijkstaat de overeenkomst die door de consument wordt gesloten met een wederpartij waaraan de vastgoedmakelaar informatie heeft verschaft, wordt verduidelijkt dat de vastgoedmakelaar het bewijs levert dat precieze en individuele informatie aan deze wederpartij werd verschaft*”.

¹⁷⁴ *Infra* Paragraaf 3.

¹⁷⁵ Art. 31, § 1 WHPC: “*Voor de toepassing van deze wet moet worden verstaan onder onrechtmatig beding, elk beding of elke voorwaarde die, alleen of in samenhang met een of meer andere bedingen of voorwaarden, een kennelijk onevenwicht scheidt tussen de rechten en plichten van de partijen*”.

onrechtmatig zijn¹⁷⁶. Ten derde stelde men soms dat het een schadebeding was, met alle gevolgen van dien^{177,178}. Wat deze laatste aanpak echter betreft, sluit ik mij aan bij H. GEENS, die terecht stelt dat er bezwaarlijk sprake kan zijn van een schadebeding, waarbij het zoals gezegd gaat om de sanctionering van een contractuele wanprestatie, ná de beëindiging van de contractuele relatie tussen de opdrachtgever en de vastgoedmakelaar¹⁷⁹.

In de praktijk werden er verregaande bedingen opgenomen in vastgoedmakelaarscontracten. Klassiek was het beding dat ‘de opdrachtgever, zonder enige beperking in de tijd, de verbintenis aangaat om het overeengekomen commissieloon te betalen, indien hij zijn eigendom verkoopt aan een persoon, die voorkomt op de lijst, die de makelaar hem binnen een bepaalde termijn (voor een overzicht van de meest voorkomende termijnen: zie de voetnoot) na het verstrijken van de opdracht zal toesturen¹⁸⁰.

Dit leidde tot vele conflicten. Een duidelijke en eenduidige benadering ten opzichte van deze bedingen ontbrak: er was zowel rechtspraak die deze bedingen aanvaardde¹⁸¹, als rechtspraak die zich hiertegen verzette¹⁸².

Het KB Vastgoedmakelaarscontracten probeert aan deze problematiek te verhelpen. Artikel 2, 7° van het KB onderwerpt het recht op commissieloon na het einde van de bemiddelingsopdracht aan vier voorwaarden¹⁸³.

¹⁷⁶ Art. 32, 16° WHPC en art. 74, 18° Wet Marktpraktijken zijn identiek: “(Onrechtmatig zijn de bedingen die ertoe strekken) de consument voor een onbepaalde termijn te binden, zonder duidelijke vermelding van een redelijke opzeggingstermijn”.

¹⁷⁷ Zie bijvoorbeeld: F. BURSENS en K. MARCHAND, “Rechtspraakroniek van de vastgoedberoepen: de vastgoedmakelaar (1998-2003) – deel 2”, *T.B.O.* 2004, 6-7.

¹⁷⁸ *Supra* Hoofdstuk 1.

¹⁷⁹ H. GEENS, “Heeft de vastgoedmakelaar een eeuwigdurend recht op commissieloon bij verkoop aan een door hem aangebrachte persoon?” (noot onder Gent 29 juni 2005), *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 2005, 376-377, nr. 5.

¹⁸⁰ Zie bijvoorbeeld: Gent 19 november 2008, *N.J.W.* 2009, 370, noot R. STEENNOT (lijst binnen 7 dagen – onbeperkt in tijd); Gent 25 juni 2008, *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 2008, 211, noot H. GEENS (lijst binnen max. 1 maand – onbeperkt in tijd); Gent 6 juni 2007, *D.C.C.R.* 2008, afl. 78, 63, noot G. COENE (lijst binnen max. 1 maand – onbeperkt in tijd); Gent 22 oktober 2003, *D.C.C.R.* 2005, afl. 66, 62 (lijst binnen max. 1 maand – onbeperkt in tijd); Brussel 14 mei 1997, *A.J.T.* 1997-98, 331 (lijst binnen max. 3 maanden – onbeperkt in tijd); Rb. Nijvel 19 augustus 2008, *T.App.* 2009, 50 (lijst binnen max. 15 dagen – onbeperkt in tijd).

¹⁸¹ Gent 19 november 2008, *N.J.W.* 2009, 370, noot R. STEENNOT; Gent 22 oktober 2003, *D.C.C.R.* 2005, afl. 66, 62; Brussel 14 mei 1997, *A.J.T.* 1997-98, 331; Rb. Nijvel 19 augustus 2008, *T.App.* 2009, 50.

¹⁸² Gent 25 juni 2008, *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 2008, 211, noot H. GEENS; Gent 6 juni 2007, *D.C.C.R.* 2008, afl. 78, 63, noot G. COENE.

¹⁸³ Art. 2, 7° KB Vastgoedmakelaarscontracten: “Indien de bemiddelingsovereenkomst bepaalt dat de vastgoedmakelaar recht heeft op een vergoeding voor de overeenkomsten die door de consument worden gesloten na de beëindiging van de bemiddelingsovereenkomst, is dit enkel mogelijk op voorwaarde dat de vastgoedmakelaar aan de wederpartij bij die overeenkomsten precieze en individuele informatie heeft verschaft. De bemiddelingsovereenkomst bepaalt dat de vastgoedmakelaar binnen de zeven werkdagen na de beëindiging van de bemiddelingsovereenkomst aan de consument de lijst overmaakt van de personen aan wie hij precieze en individuele informatie heeft bezorgd.

Ten eerste moet de vastgoedmakelaar binnen **zeven werkdagen** na het einde van zijn opdracht een **lijst** met de door hem gecontacteerde personen overmaken aan de opdrachtgever (Art. 2, 7°, lid 1 KB Vastgoedmakelaarscontracten).

De vastgoedmakelaar moet ten tweede ook het bewijs leveren dat hij aan de personen op deze lijst **precieze en individuele informatie** heeft verschaft (Art. 2, 7°, lid 1 KB Vastgoedmakelaarscontracten). Het is niet duidelijk wat onder het begrip ‘precieze en individuele informatie’ moet worden verstaan. R. TIMMERMANS vult dit begrip eerder streng in en stelt dat de consulatie door de koper van algemene informatie over een woning welke door de vastgoedmakelaar op zijn website is geplaatst, niet voldoende is¹⁸⁴. Ook H. GEENS is vrij consequent, en zegt dat louter contact tussen de vastgoedmakelaar en de koper niet volstaat¹⁸⁵. K. MARCHAND stelt zich echter milder op, en vreest dat de voorwaarde van het verschaffen van precieze en individuele informatie te veel afbreuk kan doen aan de bescherming van de door de vastgoedmakelaar gedane investeringen. Hij argumenteert daarom dat voldaan is aan de vereiste van informatieverschaffing, wanneer de vastgoedmakelaar bewijst dat de koper kennis gekregen heeft of redelijkerwijze kennis kan gekregen hebben van de door de vastgoedmakelaar gevoerde publiciteit¹⁸⁶.

Ten derde moet de opdrachtgever de overeenkomst sluiten met één van de **personen op de lijst** of met **“personen die met deze persoon in zodanige verhouding staan** dat het redelijkerwijze valt aan te nemen dat zij, ten gevolge van die verhouding, over de verschaft informatie beschikken” (Art. 2, 7°, lid 2 KB Vastgoedmakelaarscontracten). Met deze tweede zinsnede (personen die met deze persoon in zodanige verhouding staan ...) wordt volgens P. CAMBIE het gebruik van stromannen tegengegaan¹⁸⁷.

Ten vierde heeft de vastgoedmakelaar maar recht op het commissieloon wanneer de opdrachtgever de overeenkomst sluit **binnen de zes maanden na het einde** van de bemiddelingsopdracht (Art. 2, 7°, lid 3 KB Vastgoedmakelaarscontracten). Deze beperking van de geldingsduur is een goede zaak. Een onbeperkte gelding in de tijd van een dergelijk beding kan

De vergoeding is alleen verschuldigd wanneer de consument de overeenkomst sluit met één van deze personen of met personen die met deze personen in zodanige verhouding staan dat het redelijkerwijze valt aan te nemen dat zij, ten gevolge van die verhouding, over de verschaft informatie beschikken.

De vastgoedmakelaar heeft slechts recht op de vergoeding indien de overeenkomst door de consument wordt gesloten binnen de zes maanden na beëindiging van de bemiddelingsovereenkomst”.

¹⁸⁴ R. TIMMERMANS, “Bemiddelingsovereenkomsten vastgoedmakelaars. Algemene contractvoorwaarden wettelijk gereguleerd”, *N.J.W.* 2007, 56, nr. 32.

¹⁸⁵ H. GEENS, “Het recht op commissieloon van een makelaar bij verkoop door de consument na de bemiddelingsopdracht getoetst aan de WHPC en het KB van 12 januari 2007” (noot onder Gent 25 juni 2008), *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 2008, 226, nr. 12.

¹⁸⁶ K. MARCHAND, “Nieuwe contractvoorwaarden voor vastgoedmakelaars: a never ending story?” (noot onder Gent 22 maart 2006), *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 2006, 360-361, nr. 14.

¹⁸⁷ P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Brussel, Larcier, 2009, 386, nr. 488.

m.i. niet verantwoord worden. Meer discussie bestaat er echter over de door het KB Vastgoedmakelaarscontracten bepaalde termijn van zes maanden, die door een aantal rechtsgeleerden als arbitrair of onredelijk kort wordt bestempeld. Deze auteurs werpen op dat de opdrachtgever en de derde hierdoor vrij eenvoudig de betaling van het commissieloon kunnen omzeilen en de vastgoedmakelaar buiten spel zetten¹⁸⁸. Ook P. LEPERE stelt zich erg kritisch op. Hij vraagt zich af of er wel is stilgestaan bij het feit dat ook consumenten te kwader trouw kunnen zijn en dat ook vastgoedmakelaars een minimale wettelijke bescherming moeten kunnen genieten¹⁸⁹.

d. Koop onder voorwaarde

Een specifiek probleempunt met betrekking tot het commissieloon van de vastgoedmakelaar doet zich voor indien de bemiddelingsopdracht uitmondt in een koop onder voorwaarde. Het kan hierbij zowel om een opschortende als om een ontbindende voorwaarde gaan. Bij een opschortende voorwaarde wordt de uitvoering of opeisbaarheid van een verbintenis of van een geheel van verbintenissen opgeschort tot aan het in vervulling gaan van een toekomstige en onzekere gebeurtenis (artikel 1181 B.W.)¹⁹⁰. Met een ontbindende voorwaarde laten de contractanten het retroactief en automatisch tenietgaan van hun verbintenissen afhangen van de verwezenlijking van een toekomstige en onzekere gebeurtenis (artikel 1183 B.W.)¹⁹¹.

In de praktijk komt de opschortende voorwaarde het meest voor. Klassiek is het geval waarbij in de koopovereenkomst een opschortende voorwaarde van het verkrijgen van financiering wordt opgenomen¹⁹². Ook de opschortende

¹⁸⁸ E. SWAENEPOEL, “Het Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 inzake bemiddelingsovereenkomsten tussen vastgoedmakelaar en consument: een effectieve oplossing voor de knelpunten uit het verleden?”, *T.B.B.R.* 2007, 413, nr. 43; R. TIMMERMANS, “Bemiddelingsovereenkomsten vastgoedmakelaars. Algemene contractvoorwaarden wettelijk gereguleerd”, *N.J.W.* 2007, 57, nr. 34.

¹⁸⁹ P. LEPERE, “Het recht op commissie bij verkoop na afloop van de vastgoedmakelaarsopdracht”, *T.V.V.* 2007, 872, nr. 51.

¹⁹⁰ B. CLAESSENS en N. PEETERS, “Verbintenissen onder voorwaarde” in J. ROODHOOF (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, III.1-8, nr. 2520; M. VAN QUICKENBORNE, “Modaliteiten van verbintenissen. Voorwaarde” in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2005, 4, nr.3; S. STIJNS, “De opschortende voorwaarde in de onroerende koop: de notariële praktijk tegen het licht gehouden van de recente rechtspraak en rechtsleer”, *Not.Fisc.M.* 2008, 80 en 83, nr. 8 en 12.

¹⁹¹ B. CLAESSENS en N. PEETERS, “Verbintenissen onder voorwaarde” in J. ROODHOOF (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, III.1-14, nr. 2534; M. VAN QUICKENBORNE, “Modaliteiten van verbintenissen. Voorwaarde” in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2005, 4, nr.3; S. STIJNS, “De opschortende voorwaarde in de onroerende koop: de notariële praktijk tegen het licht gehouden van de recente rechtspraak en rechtsleer”, *Not.Fisc.M.* 2008, 80 en 81, nr. 8 en 9.

¹⁹² Zie bijvoorbeeld: Rb. Dendermonde 23 oktober 2003, *T.B.B.R.* 2005, 489.

voorwaarde van het verkrijgen van een gunstig bodemattest komt regelmatig voor¹⁹³.

Er bestond veel discussie over de vraag of het makelaarsloon verschuldigd is indien de koop, die door bemiddeling van de vastgoedmakelaar tot stand is gekomen, nooit opeisbaar wordt omdat de opschortende voorwaarde niet in vervulling gaat.

Bepaalde auteurs argumenteerden dat het commissieloon dan wel degelijk verschuldigd is, omdat de koop geldig tot stand is gekomen op het ogenblik van wilsovereenstemming, zelfs al zijn de verbintenissen aangegaan onder opschortende voorwaarde, waardoor de vastgoedmakelaar zijn opdracht heeft volbracht¹⁹⁴.

Andere auteurs stelden echter dat de vastgoedmakelaar zijn opdracht pas heeft voltooid op het ogenblik dat de verkoopovereenkomst juridisch afdwingbaar is geworden. Het commissieloon zal dus slechts verschuldigd zijn op het moment dat de opschortende voorwaarde in vervulling is gegaan. Uitzondering hierop is wel het geval dat de koper zelf de vervulling van de opschortende voorwaarde verhindert (artikel 1178 B.W.)¹⁹⁵.

De beide strekkingen respecteren de belangrijke rechtspraak van het Hof van Cassatie die zegt dat een opschortende voorwaarde niet het ontstaan van de overeenkomst, maar louter de uitvoering ervan opschort¹⁹⁶. Het verschil tussen de verschillende visies bestaat in de invulling die wordt gegeven aan de opdracht van de vastgoedmakelaar. Volgens de eerste strekking is aan die opdracht voldaan indien de vastgoedmakelaar een koper heeft gevonden. De tweede opvatting is echter strenger en vereist ook een juridisch afdwingbare koopovereenkomst.

Het KB Vastgoedmakelaarscontracten voorziet voortaan in artikel 2, 8° dat “in geval de verkoop of verhuur niet plaatsvindt ten gevolge van de verwezenlijking van een voorwaarde”, de consument geen enkele vergoeding verschuldigd is¹⁹⁷.

Uit de bewoordingen van dit artikel blijkt echter niet duidelijk of deze bepaling enkel de ontbindende voorwaarde viseert, dan wel ook de opschortende

¹⁹³ Zie bijvoorbeeld: Rb. Tongeren 23 oktober 2001, *T.App.* 2002, 30.

¹⁹⁴ I. DURANT en M. CLAVIE, “La vente conditionnelle, bien plus qu’une abréviation de langage” in DUBUISSON, B. en WÉRY, P. (eds.), *La mise en vente d’un immeuble. Hommage au professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Brussel, Larcier, 2005, 110 en 112, nr. 38 en 40; S. STIJNS, “De opschortende voorwaarde in de onroerende koop: de notariële praktijk tegen het licht gehouden van de recente rechtspraak en rechtsleer”, *Not.Fisc.M.* 2008, 96, nr. 26.

¹⁹⁵ B. VEECKMANS, “Over de verschuldigdheid van het loon van de makelaar indien een door zijn bemiddeling tot stand gekomen verkoopovereenkomst een opschortende voorwaarde bevat” (noot onder Gent 25 juni 2003), *R.A.B.G.* 2004, 430; R. TIMMERMANS, *Het vastgoedmakelaarscontract*, Brussel, Larcier, 2005, 187.

¹⁹⁶ Cass. 5 juni 1981, *R.W.* 1981-82, 245, concl. Adv.-Gen. H. LENAERTS; Cass. 21 januari 2000, *R.W.* 2002-03, 1053, noot; Cass. 8 december 2003, *T.B.B.R.* 2004, 515.

¹⁹⁷ Art. 2, 8° KB Vastgoedmakelaarscontracten: “In geval de verkoop of verhuur niet plaatsvindt ten gevolge van de verwezenlijking van een voorwaarde, is de consument geen enkel ere- of commissieloon verschuldigd”.

voorwaarde. Het ontwerp-KB formuleerde deze bepaling als volgt: *“In geval van opzegging van de verkoop of verhuur tengevolge van de verwezenlijking van een opschortende voorwaarde, is geen enkel ere- of commissieloon vereist van de consument”*¹⁹⁸. De Commissie voor Onrechtmatige Bedingen merkte in haar advies bij dat ontwerp-KB echter op dat deze bepaling enkel de opschortende voorwaarde viseerde, en stelde daarom een andere tekst voor: *“In geval de verkoop of de verhuur niet plaatsvindt ten gevolge van de verwezenlijking van een voorwaarde, is de consument geen enkel ere- of commissieloon verschuldigd”*. Op deze manier werd, aldus de C.O.B., het artikel toepasselijk op zowel de opschortende als de ontbindende voorwaarde¹⁹⁹. Deze tekst is uiteindelijk letterlijk in het KB Vastgoedmakelaarscontracten opgenomen.

Het eindresultaat is, zoals gezegd, niet erg duidelijk. De tekst doet vermoeden dat hier enkel de ontbindende voorwaarde wordt bedoeld, maar niet de opschortende voorwaarde. Zo strookt de zinsnede *“in geval de verkoop (...) niet plaatsvindt ten gevolge van de verwezenlijking van een voorwaarde”* allesbehalve met de definitie van een opschortende voorwaarde. De verwezenlijking van een opschortende voorwaarde heeft immers net wél tot gevolg dat de verkoop ‘plaatsvindt’ (beter is: afdwingbaar wordt)²⁰⁰. De meeste auteurs stellen echter dat moet worden aangenomen dat hier zowel de ontbindende als de opschortende voorwaarde worden geïmplied²⁰¹.

In een recent arrest van 27 mei 2010 heeft het Hof van Cassatie zich uitgesproken over de problematiek. De eiser in cassatie voerde als middel aan dat het makelaarsloon verbonden was aan de uitvoering van de door de bemiddeling van de makelaar gesloten overeenkomst. Het Hof van Cassatie verwierp deze stelling op grond van de volgende overwegingen: *“Krachtens artikel 1134 Burgerlijk Wetboek vindt het recht op het makelaarsloon zijn oorsprong in de makelaarsovereenkomst en niet in de door bemiddeling van de makelaar gesloten overeenkomst. De omstandigheid dat aan de door bemiddeling van de makelaar gesloten overeenkomst geen verdere uitvoering*

¹⁹⁸ Artikel 5, 7° van het ontwerp-KB. Te raadplegen op: http://economie.fgov.be/nl/binaries/projet_ARimmob_tcm325-74435.pdf

¹⁹⁹ Commissie voor Onrechtmatige Bedingen, Advies op een ontwerp van Koninklijk Besluit betreffende de voorwaarden van vastgoedmakelaars in contracten van bemiddeling, 22 november 2006, nr. 21, http://economie.fgov.be/nl/binaries/COB21_tcm325-74380.pdf, 9.

²⁰⁰ R. STEENNOT, “Commentaar bij Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 betreffende het gebruik van bepaalde bedingen in de bemiddelingsovereenkomsten van vastgoedmakelaars” in H. SWENNEN, J. STUYCK, J. TYTECA en E. WYMEERSCH (eds.), *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2009, 68, nr. 1.

²⁰¹ B. VAN BAEVEGHEM, “Vastgoedbemiddelingsovereenkomsten”, *N.J.W.* 2008, 151-152, nrs. 31-32; K. MARCHAND en E. VOLCKAERT, “Het Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 betreffende bepaalde bedingen in vastgoedmakelaarsovereenkomsten: een evaluatie”, *T.V.V.* 2009, 28, nr. 19; E. SWAENPOEL, “Het Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 inzake bemiddelingsovereenkomsten tussen vastgoedmakelaar en consument: een effectieve oplossing voor de knelpunten uit het verleden?”, *T.B.B.R.* 2007, 414, nr. 45; R. TIMMERMANS, “Bemiddelingsovereenkomsten vastgoedmakelaars. Algemene contractvoorwaarden wettelijk gereguleerd”, *N.J.W.* 2007, 57, nr. 35.

wordt gegeven of dat deze overeenkomst wordt ontbonden ten nadele van een van de partijen bij die overeenkomst, ontnemt dan ook in de regel de makelaar het recht op het overeengekomen makelaarsloon niet"²⁰². Het Hof lijkt hiermee te willen bevestigen dat de juridische afdwingbaarheid van de uitvoering van de overeenkomst niet mag worden verward met de daadwerkelijke uitvoering. De (vervulling van de) ontbindende voorwaarde lijkt dus niet in de weg te staan dat het commissieloon toch verschuldigd is²⁰³.

De onduidelijkheid van artikel 2, 8° KB Vastgoedmakelaarscontracten lijkt dus tot gevolg te hebben dat er nog steeds discussie zal ontstaan omtrent de vraag of het commissieloon al dan niet verschuldigd is indien de koopovereenkomst wordt aangegaan onder een opschortende of ontbindende voorwaarde.

e. Het surplusbeding

e.1. Begrip

Een ander specifiek probleempunt met betrekking tot het commissieloon betreft het zogenaamde surplusbeding. Dit is een beding waarbij op het ogenblik van het sluiten van het vastgoedmakelaarscontract wordt bepaald dat de opdrachtgever een bepaald vast bedrag zal ontvangen bij de verkoop van de woning en dat de vastgoedmakelaar de gerealiseerde meerwaarde zal mogen behouden. Het commissieloon van de vastgoedmakelaar is hier dus gelijk aan het verschil tussen de effectieve verkoopprijs van de woning en het aan de opdrachtgever beloofde bedrag²⁰⁴.

Stel bijvoorbeeld dat men bepaalt dat de opdrachtgever 100.000 euro netto in handen krijgt, en de woning wordt uiteindelijk verkocht voor 150.000 euro. Het commissieloon van de vastgoedmakelaar bedraagt dan 50.000 euro.

e.2. Geldigheid

De rechtspraak en rechtsleer is verdeeld over de vraag of een surplusbeding al dan niet geldig is. Een dergelijk beding wordt in de praktijk op basis van verschillende bepalingen aangevochten, zij het niet altijd met evenveel succes.

²⁰² Cass. 27 mei 2010, *Arr.Cass.* 2010, 1536 en *T.App.* 2010, 23.

²⁰³ In deze zin: B. VEECKMANS, "Over de verschuldigheid van het loon van de makelaar indien een door zijn bemiddeling tot stand gekomen verkoopovereenkomst een opschortende voorwaarde bevat" (noot onder Gent 25 juni 2003), *R.A.B.G.* 2004, 430-431; B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRYNS, C. HEEB en P. NAEYAERT, "Overzicht van rechtspraak Bijzondere Overeenkomsten: tussenpersonen (1999-2009)", *T.P.R.* 2010, 899-901, nr. 384.

²⁰⁴ R. STEENNOT, "Schadebeding versus beëindigingsbeding" (noot onder Brussel 1 december 2009), *N.J.W.* 2010, 632; E. SWAENPOEL, "Het Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 inzake bemiddelingsovereenkomsten tussen vastgoedmakelaar en consument: een effectieve oplossing voor de knelpunten uit het verleden?", *T.B.B.R.* 2007, 411, nr. 35.

In een vonnis van de rechtbank van koophandel te Veurne van 7 februari 2002 wierp de verweerster op dat een dergelijk beding strijdig is met artikel 31, § 1 WHPC²⁰⁵. De rechtbank van koophandel aanvaardde deze argumentatie en besliste dat het surplusbeding *“een onrechtmatig beding is omdat dergelijke clause een kennelijk onevenredig evenwicht schept tussen de rechten en plichten van de partijen”*²⁰⁶.

Deze uitspraak wordt wel genuanceerd door F. BURSSSENS en K. MARCHAND. Zij stellen dat er slechts sprake kan zijn van een kennelijk onevenwicht, zoals bedoeld in art. 31, § 1 WHPC, indien de verkoopprijs door de vastgoedmakelaar manifest laag bepaald is om een onevenredig groot makelaarsloon te kunnen verwerven²⁰⁷.

Het hof van beroep te Brussel aanvaardde de geldigheid van een surplusbeding dan weer wel. De appellante vorderde de nietigverklaring van dat beding op grond van artikel 32, 2° WHPC, dat het beding verbiedt dat ertoe strekt de prijs te doen schommelen op basis van elementen die enkel afhangen van de wil van de verkoper. Het hof verwierp deze vordering echter, zich steunende op de overweging dat deze vergoeding afhangt van de koopprijs die een derde bereid is te betalen voor het onroerend goed. Ook het argument geput uit de artikelen 1108 B.W. en 1129 B.W. kon het hof van beroep niet overtuigen: de prijs is wel degelijk bepaalbaar, aldus het hof²⁰⁸.

Ook het KB Vastgoedmakelaarscontracten brengt geen uitsluitel. Artikel 2, 2° van het KB stelt dat de overeenkomst een beding moet bevatten dat het door de consument te betalen tarief voor de bemiddelingsopdracht bepaalt²⁰⁹. Auteurs als R. STEENNOT en E. SWAENPOEL zijn echter van mening dat deze bepaling de berekeningswijze van het ereloon niet viseert, met als gevolg dat dit artikel niet kan worden aangewend tegen een surplusbeding²¹⁰.

²⁰⁵ Art. 31, § 1 WHPC: *“Voor de toepassing van deze wet moet worden verstaan onder onrechtmatig beding, elk beding of elke voorwaarde die, alleen of in samenhang met een of meer andere bedingen of voorwaarden, een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van de partijen”*.

²⁰⁶ Kh. Veurne 7 februari 2002, *T.App.* 2004, 21.

²⁰⁷ F. BURSSSENS en K. MARCHAND, “Rechtspraakroniek van de vastgoedberoepen: de vastgoedmakelaar (2004-2006) (deel I)”, *T.B.O.* 2007, 52.

²⁰⁸ Brussel 1 december 2009, *N.J.W.* 2010, 631, noot R. STEENNOT.

²⁰⁹ Art. 2, 2° KB Vastgoedmakelaarscontracten: *“(De bedingen van deze bemiddelingsovereenkomst bepalen) het door de consument te betalen tarief voor de bemiddelingsopdracht.*

Dit tarief is het totale tarief, waaronder is begrepen: de belasting over de toegevoegde waarde, alle overige taksen en de kosten van alle diensten die door de consument verplicht moeten worden bijbetaald”.

²¹⁰ R. STEENNOT, “Commentaar bij Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 betreffende het gebruik van bepaalde bedingen in de bemiddelingsovereenkomsten van vastgoedmakelaars” in H. SWENNEN, J. STUYCK, J. TYTECA en E. WYMEERSCH (eds.), *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2009, 51, nr. 3; R. STEENNOT, “Schadebeding versus beëindigingsbeding” (noot onder Brussel 1 december 2009), *N.J.W.* 2010, 632; E. SWAENPOEL, “Het Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 inzake

Een ander argument tegen de toepassing van artikel 2, 2° KB Vastgoedmakelaarscontracten op het surplusbeding wordt geformuleerd door D. DHAENENS, die stelt dat de opdrachtgever in het geval van een surplusbeding geen ereloon noch kosten betaalt. Aangezien in de bemiddelingsovereenkomst ten laste van de opdrachtgever geen te betalen tarief wordt bepaald bij verwezenlijking van de verkoopopdracht, kan er volgens deze auteur geen inbreuk zijn op art. 2, 2° van het KB²¹¹. Deze visie kan m.i. niet worden bijgetreden. Het surplusbeding heeft wel degelijk het karakter van een commissieloon. Het betreft louter een andere berekeningswijze van dat commissieloon. Daar waar men normaal een vast bedrag of een percentage op de verkoopprijs als commissieloon vooropstelt, bestaat de berekeningswijze hier in het verschil tussen enerzijds het vaste, aan de opdrachtgever toegekende, bedrag en anderzijds de effectieve verkoopprijs. Het gaat m.i. dus niet zomaar op te stellen dat er hier geen sprake zou zijn van een ereloon.

Wel kan nog gewezen worden op artikel 65 van het Reglement van Plichtenleer, dat het surplusbeding klaar en duidelijk verbiedt^{212,213}. Hoewel het tuchtrecht losstaat van de burgerlijke rechtsvordering, kan deze bepaling van het Reglement van Plichtenleer toch een mogelijk richtsnoer voor de burgerlijke rechter bieden bij het beoordelen van de handelswijze van de vastgoedmakelaar²¹⁴.

Ten slotte kan m.i. nog een andere aanpak worden gehanteerd. Als de vastgoedmakelaar opzettelijk het goed onderwaardeert, dan zal ook een vordering op grond van bedrog ingesteld kunnen worden. Artikel 1116, lid 1 B.W. bepaalt dat bedrog een oorzaak is van nietigheid van de overeenkomst, wanneer de kunstgrepen, door een van de partijen gebedigd, van dien aard zijn dat de andere partij zonder die kunstgrepen klaarblijkelijk het contract niet zou hebben aangegaan. Een succesvol beroep op bedrog vereist dat voldaan is aan vijf voorwaarden.

1.) Het materiële element (de gebruikte kunstgrepen): er moet sprake zijn van een misleidende gedraging in de brede zin van het woord²¹⁵. Het kan hierbij

bemiddelingsovereenkomsten tussen vastgoedmakelaar en consument: een effectieve oplossing voor de knelpunten uit het verleden?", *T.B.B.R.* 2007, 411-412, nr. 36.

²¹¹ D. DHAENENS, "Het surplusbeding in de bemiddelingsopdracht: de Wet Handelspraktijken (WHPC) versus de plichtenleer", *Vastgoed info* 2010, afl. 19, 5.

²¹² Art. 65 Reglement van Plichtenleer: "De vastgoedmakelaar-bemiddelaar mag geen wijze tot vastlegging van zijn erelonen bedingen, die een conflictsituatie creëert tussen zijn belangen en deze van zijn opdrachtgever, onder meer door te stellen dat de erelonen overeenstemmen met het surplus tussen het initieel met de opdrachtgever overeengekomen bedrag en het uiteindelijk bekomen bedrag bij de transactie dewelke het voorwerp uitmaakt van zijn opdracht".

²¹³ R. TIMMERMANS, *De nieuwe gedragscode van vastgoedmakelaars*, Mechelen, Kluwer, 2006, 193-194.

²¹⁴ In deze zin: Kh. Veurne 7 februari 2002, *T.App.* 2004, 21.

²¹⁵ R. TIMMERMANS, "Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed" in H. COUSY, J. COUTURIER, W. DELVA, R. DERINE, J. HERBOTS en R. VEKEMAN, *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2007, XV, 410.

gaan om een positief handelen, een leugenachtige verklaring of een verzwijging. Van een dergelijk positief handelen of leugenachtige verklaring is sprake indien de vastgoedmakelaar de opdrachtgever er opzettelijk van overtuigt dat zijn onroerend goed minder waard is dan wat effectief het geval is.

2.) Het morele element: er moet sprake zijn van een bedrieglijk inzicht, dat wil zeggen de bedoeling de wederpartij te misleiden of te bedriegen²¹⁶. Bij de beoordeling van elk concreet geval zal de rechter zich dus twee vragen moeten stellen: (1) heeft de beweerde bedrieger wetens en willens misleidend gedrag vertoond en (2) heeft hij dit gedrag vertoond met het doel de wederpartij te misleiden²¹⁷? In de hoger geschetste situatie, zal de vastgoedmakelaar zich hier wel degelijk schuldig aan maken.

3.) Hoofdbedrog - tussenbedrog: indien het bedrog doorslaggevend is geweest voor het sluiten van de overeenkomst, zodat zonder het bedrog het contract niet zou zijn gesloten, spreekt men van hoofdbedrog²¹⁸. Indien de bedrogene slechts onder minder gunstige voorwaarden heeft gecontracteerd omwille van het bedrog, dan spreekt men van incidenteel of tussenbedrog. In het laatste geval bestaat de sanctie niet in de nietigheid van de overeenkomst, maar in een schadevergoeding²¹⁹. In de besproken hypothese zal er waarschijnlijk slechts sprake zijn van een incidenteel bedrog. De opdrachtgever heeft ingevolge het bedrog van de vastgoedmakelaar onder minder gunstige voorwaarden gecontracteerd, namelijk tegen betaling van een hoger commissieloon dan hij in werkelijkheid en alle redelijkheid verschuldigd was.

4.) Het bedrog moet uitgaan van de wederpartij: enkel het bedrog dat uitgaat van de wederpartij komt in aanmerking voor vernietiging op grond van bedrog²²⁰. Ook de medeplichtigheid van de wederpartij aan het bedrog van een derde valt hieronder²²¹. Deze voorwaarde zal in de praktijk geen problemen opleveren: de vastgoedmakelaar is uiteraard de wederpartij van de opdrachtgever.

²¹⁶ A. DE BOECK, "Wilsgebreken" in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2006, 41; R. TIMMERMANS, "Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed" in H. COUSY, J. COUTURIER, W. DELVA, R. DERINE, J. HERBOTS en R. VEKEMAN, *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2007, XV, 428.

²¹⁷ R. TIMMERMANS, "Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed" in H. COUSY, J. COUTURIER, W. DELVA, R. DERINE, J. HERBOTS en R. VEKEMAN, *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2007, XV, 429.

²¹⁸ A. VAN OEVELEN, *Algemeen verbintenissenrecht*, Antwerpen, Universitas, 2007, 234.

²¹⁹ R. TIMMERMANS, "Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed" in H. COUSY, J. COUTURIER, W. DELVA, R. DERINE, J. HERBOTS en R. VEKEMAN, *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2007, XV, 431.

²²⁰ A. DE BOECK, "Wilsgebreken" in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2006, 43; R. TIMMERMANS, "Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed" in H. COUSY, J. COUTURIER, W. DELVA, R. DERINE, J. HERBOTS en R. VEKEMAN, *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2007, XV, 429.

²²¹ A. DE BOECK, "Wilsgebreken" in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2006, 43-44.

5.) Dwaling: het bedrog moet tot gevolg hebben dat de wederpartij in dwaling is gebracht, zij het dat deze dwaling niet verschoonbaar moet zijn²²².

e.3. Kritiek

Uit het vorige punt blijkt dat er veel discussie en onduidelijkheid bestaat over de geldigheid van een surplusbeding. Een dergelijk beding kan m.i. nochtans tot veel misbruik aanleiding geven. Het is verleidelijk voor de makelaar om het goed opzettelijk te onderwaarden, waarna hij een zeer groot commissieloon kan opstrijken²²³. Het valt dan ook te betreuren dat het KB Vastgoedmakelaarscontracten het surplusbeding niet uitdrukkelijk verbiedt. Dit zou de rechtszekerheid en de bescherming van de opdrachtgever ongetwijfeld ten goede komen.

3.3.6. Het exoneratiebeding

a. Begrip

Een exoneratiebeding kan worden gedefinieerd als een contractueel beding waarbij een contractspartij zich geheel of gedeeltelijk vrijstelt van de contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid die op haar rust²²⁴.

b. Geldigheid en aanvaarding

b.1. Geldigheid

Sinds het cassatiearrest van 25 september 1959 wordt de geoorloofdheid van een exoneratiebeding principieel aanvaard, behalve in drie gevallen: 1.) als het exoneratiebeding indruist tegen specifieke wettelijke bepalingen die van openbare orde of van dwingend recht zijn; 2.) als het de schuldenaar vrijstelt van aansprakelijkheid voor zijn persoonlijke opzettelijke fout; 3.) als het exoneratiebeding elke betekenis ontnemt aan de door de partijen beoogde contractuele verbintenissen²²⁵.

²²² A. DE BOECK, "Wilsgebreken" in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2006, 45; R. TIMMERMANS, "Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed" in H. COUSY, J. COUTURIER, W. DELVA, R. DERINE, J. HERBOTS en R. VEKEMAN, *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2007, XV, 432.

²²³ In deze zin: R. TIMMERMANS, *De nieuwe gedragscode van vastgoedmakelaars*, Mechelen, Kluwer, 2006, 194.

²²⁴ P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Brussel, Larcier, 2009, 266, nr. 332; J.H. HERBOTS, "De exoneratiebedingen in het gemeen recht" in J.H. HERBOTS (ed.), *Exoneratiebedingen*, Brugge, Die Keure, 1993, 3, nr. 2; A. VAN OEVELEN, "Exoneratieclausules" in Centrum voor beroepsvervolmaking in de rechten (ed.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2003, 29, nr. 1.

²²⁵ A. VAN OEVELEN, "Kroniek van het verbintenissenrecht (1993-2004)", *R.W.* 2004-05, 1656, nr. 35; A. VAN OEVELEN, "Exoneratieclausules" in Centrum voor beroepsvervolmaking in de rechten (ed.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2003, 37-45, nrs. 11-18; R. STEENNOT, "Beëindigings-, exoneratie- en schadebedingen bij bijzondere overeenkomsten" in

Verder moet ook rekening worden gehouden met artikel 74, 13° Wet Marktpraktijken (het oude artikel 32, 11° WHPC), dat de bedingen verbiedt die ertoe strekken de vastgoedmakelaar te ontslaan van zijn aansprakelijkheid voor zijn opzet, zijn grove schuld of voor die van zijn aangestelden of lasthebbers, of voor het niet-uitvoeren van een verbintenis die een van de voornaamste prestaties van de overeenkomst vormt²²⁶. Deze bepaling verbiedt enkel de volledige uitsluiting van aansprakelijkheid, maar is niet van toepassing op exoneratieclausules die de aansprakelijkheid louter beperken²²⁷.

Ten slotte zijn volgens artikel 74, 25° Wet Marktpraktijken (het oude artikel 32, 22bis° WHPC) onrechtmatig, de bedingen die de wettelijke aansprakelijkheid van de vastgoedmakelaar uitsluiten of beperken bij overlijden of lichamelijk letsel van de consument ten gevolge van een doen of nalaten van de vastgoedmakelaar²²⁸. Hier gaat het dus niet alleen over een uitsluiting van de aansprakelijkheid, maar ook over de beperking ervan²²⁹.

b.2. Aanvaarding

Om een exoneratiebeding aan de opdrachtgever te kunnen tegenwerpen, is vereist dat deze er, uitdrukkelijk of stilzwijgend, in toegestemd heeft (art. 1108 B.W.). Zo wijst een exoneratiebeding op een (verdoken) uithangbord in een vastgoedmakelaarskantoor geenszins op een toestemming vanwege de opdrachtgever²³⁰.

Het exoneratiebeding kan worden opgenomen in de algemene contractvoorwaarden, maar het zal slechts geldig zijn indien het zich op een opvallende plaats bevindt, gedrukt is in een duidelijk leesbaar lettertype en

X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten – XXXIVe Postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, 533-535, nr. 21-22.

²²⁶ Art. 74, 13° Wet Marktpraktijken: “(Onrechtmatig zijn de bedingen die ertoe strekken de onderneming te ontslaan van haar aansprakelijkheid voor haar opzet, haar grove schuld of voor die van haar aangestelden of lasthebbers, of, behoudens overmacht, voor het niet-uitvoeren van een verbintenis die een van de voornaamste prestaties van de overeenkomst vormt”.

²²⁷ A. VAN OEVELEN, “Exoneratieclausules” in Centrum voor beroepsvervolmaking in de rechten (ed.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2003, 47, nr. 20; R. TIMMERMANS, *De professionele aansprakelijkheid van de vastgoedmakelaar bij verkoop van onroerend goed*, Mechelen, Kluwer, 2008, 530.

²²⁸ Art. 74, 25° Wet Marktpraktijken: “(Onrechtmatig zijn de bedingen die ertoe strekken de wettelijke aansprakelijkheid van de onderneming uit te sluiten of te beperken bij overlijden of lichamelijk letsel van de consument ten gevolge van een doen of nalaten van deze onderneming”.

²²⁹ A. VAN OEVELEN, “Exoneratieclausules” in Centrum voor beroepsvervolmaking in de rechten (ed.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2003, 48-49, nr. 21; R. TIMMERMANS, *De professionele aansprakelijkheid van de vastgoedmakelaar bij verkoop van onroerend goed*, Mechelen, Kluwer, 2008, 530.

²³⁰ R. TIMMERMANS, *De professionele aansprakelijkheid van de vastgoedmakelaar bij verkoop van onroerend goed*, Mechelen, Kluwer, 2008, 528.

geformuleerd is in begrijpelijke bewoordingen en in een taal die de wederpartij geacht wordt te verstaan²³¹.

3.3.7. *Het herroepingsbeding*

Voor de totstandkoming van het KB Vastgoedmakelaarscontracten verplichtte artikel 88, lid 2 WHPC (het huidige artikel 60 Wet Marktpraktijken – Zie hieronder) de verkoper om een verzakingsbeding op te nemen in vet gedrukte letters en in een kader los van de tekst op de voorzijde van de eerste bladzijde, wanneer de overeenkomst gesloten werd buiten de onderneming van de verkoper, dat wil zeggen ten huize van de consument, op diens arbeidsplaats, tijdens een door de verkoper georganiseerde excursie of tijdens beurzen, salons of tentoonstellingen (art. 86, § 1 WHPC). Dit alles op straffe van nietigheid. De verkoper kon wel aan deze verplichting ontsnappen, indien hij een dubbel bewijs leverde, namelijk enerzijds dat hij door de consument zelf was uitgenodigd en anderzijds dat die uitnodiging van de consument uitging met de intentie over de contractsluiting te onderhandelen²³². De vastgoedmakelaar trachtte deze zware bewijslast vaak te verlichten door voorgedrukte stijlclausules op te nemen in de bemiddelingsopdracht²³³. De rechtspraak was verdeeld over de vraag of dergelijke bedingen wel²³⁴ of niet²³⁵ geldig zijn. De rechtspraak die deze stijlclausules wel aanvaardde, werd vaak erg kritisch onthaald door bepaalde auteurs²³⁶.

Het KB Vastgoedmakelaarscontracten heeft deze discussies op een efficiënte wijze aangepakt, door de opname van een verzakingsbeding te verplichten, waarbij de consument het recht heeft om zonder kosten binnen de zeven werkdagen van de bemiddelingsovereenkomst af te zien **ongeacht de plaats waar de overeenkomst wordt gesloten** (art. 2, 11°, lid 1 KB

²³¹ A. VAN OEVELEN, “Exoneratieclausules” in Centrum voor beroepsvervolmaking in de rechten (ed.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2003, 33, nr. 7; R. TIMMERMANS, *De professionele aansprakelijkheid van de vastgoedmakelaar bij verkoop van onroerend goed*, Mechelen, Kluwer, 2008, 529.

²³² Gent 19 maart 2008, *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 2008, 424; Gent 7 november 2007, *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 2007, 387; H. GEENS, *De onrechtmatige bedingenleer uit de vastgoedsector: in de greep van de nieuwe wet Marktpraktijken?*, Brussel, Larcier, 2011, 30-31, nr. 29; R. STEENNOT, “Verzakingsbeding” (noot onder Gent 7 december 2005), *N.J.W.* 2006, 854-855.

²³³ Een voorbeeld van een dergelijk beding is het volgende: “Deze overeenkomst is tot stand gekomen, ingevolge een bezoek van de makelaar dat door de eigenaar voorafgaandelijk en uitdrukkelijk werd gevraagd, met de bedoeling te onderhandelen over de totstandkoming van deze makelaarsovereenkomst”.

²³⁴ Gent 23 maart 2005, *D.C.C.R.* 2007, afl. 73, 75, met kritische noot van E. TERRYIN; Gent 2 maart 2005, *D.C.C.R.* 2007, afl. 73, 63.

²³⁵ Gent 7 december 2005, *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 2005, 479 en *N.J.W.* 2006, 854, noot R. STEENNOT.

²³⁶ E. TERRYIN, “Een stijlclausule zou niet mogen volstaan om aan de consument die buiten de onderneming van de verkoper koopt alle bescherming te ontnemen!” (noot onder Gent 23 maart 2005), *D.C.C.R.* 2007, afl. 73, 81 en 85, nrs. 6 en 8.

Vastgoedmakelaarscontracten)²³⁷. Een uitzondering werd nog wel voorzien ‘in geval van verwezenlijking van de bemiddelingsovereenkomst binnen de zeven werkdagen en voordat de consument van zijn verzakingsrecht gebruik maakt, mits de consument hier voorafgaandelijk en uitdrukkelijk in toestemt’ (art. 2, 11°, lid 2 KB Vastgoedmakelaarscontracten).

Met de Wet Marktpraktijken is het verzakingsbeding weer op enkele punten aangepast. Zo spreekt deze wet niet meer van een verzakingsbeding, maar wel van een herroepingsbeding. Ook de formulering van het herroepingsbeding is lichtjes gewijzigd (art. 60 Wet Marktpraktijken)²³⁸.

3.3.8. De sanctionering van onrechtmatige bedingen in vastgoedmakelaarscontracten

a. Sanctie in het KB Vastgoedmakelaarscontracten

Art. 4 KB Vastgoedmakelaarscontracten bepaalt dat ‘elke andere bepaling van de contractvoorwaarden die rechtstreeks of onrechtstreeks de rechten opheft of beperkt die de consument haalt uit dit besluit’, verboden en nietig is. Deze bepaling, die erg onzorgvuldig is geformuleerd, sanctioneert vermoedelijk zowel schendingen van art. 2 als van art. 3 van het KB²³⁹. In principe is enkel het betreffende beding nietig, tenzij dat beding ondeelbaar verbonden is met de overige bepalingen van de overeenkomst, in welk geval de gehele overeenkomst nietig zal zijn²⁴⁰.

b. Sanctie in Wet Marktpraktijken

Artikel 75, § 1 Wet Marktpraktijken (het oude artikel 33, § 1 WHPC) sanctioneert onrechtmatige bedingen met nietigheid. De meerderheid van de rechtsleer aanvaardt dat aan de meeste bedingen slechts een relatieve nietigheid is gekoppeld, en dat slechts bepaalde bedingen (zoals bovenmatige schadebedingen) gesanctioneerd worden met een absolute nietigheid²⁴¹. Kan

²³⁷ H. GEENS, *De onrechtmatige bedingenleer uit de vastgoedsector: in de greep van de nieuwe wet Marktpraktijken?*, Brussel, Larcier, 2011, 31-32, nr. 30; E. TERRY, “Een stijlclausule zou niet mogen volstaan om aan de consument die buiten de onderneming van de verkoper koopt alle bescherming te ontnemen!” (noot onder Gent 23 maart 2005), *D.C.C.R.* 2007, afl. 73, 79.

²³⁸ H. GEENS, *De onrechtmatige bedingenleer uit de vastgoedsector: in de greep van de nieuwe wet Marktpraktijken?*, Brussel, Larcier, 2011, 33-34, nr. 32; J. VANSTEENE, “Wet Marktpraktijken: kleine aanpassingen aan bemiddelingsovereenkomst vastgoedmakelaars”, *Vastgoed info* 2010, afl. 10, 5, nr. 1.

²³⁹ E. SWAENPOEL, “Het Koninklijk Besluit van 12 januari 2007 inzake bemiddelingsovereenkomsten tussen vastgoedmakelaar en consument: een effectieve oplossing voor de knelpunten uit het verleden?”, *T.B.B.R.* 2007, 415, nr. 53.

²⁴⁰ H. GEENS, *De onrechtmatige bedingenleer uit de vastgoedsector: in de greep van de nieuwe wet Marktpraktijken?*, Brussel, Larcier, 2011, 90, nr. 101.

²⁴¹ H. GEENS, *De onrechtmatige bedingenleer uit de vastgoedsector: in de greep van de nieuwe wet Marktpraktijken?*, Brussel, Larcier, 2011, 87-88, nr. 97.

de overeenkomst zonder de onrechtmatige bedingen voortbestaan, dan is enkel het beding nietig, maar niet de volledige overeenkomst.

3.4. DE VASTGOEDMAKELAARSCONTRACTEN IN DE PRAKTIJK: ONDERZOEK VAN CONTRACTEN

3.4.1. Werkwijze

Voor dit deel werden ongeveer 45 vastgoedmakelaars bezocht, met verzoek een exemplaar van een exclusieve bemiddelingsopdracht voor de verkoop van een onroerend goed te overhandigen. Van deze 45 verklaarden 8 vastgoedmakelaars dat zij de typecontracten van het C.I.B. of het B.I.V. gebruiken, zonder dat zij hun contract wensten ter beschikking te stellen. Bij 14 vastgoedmakelaars werd geen contract verkregen. Voor nadere toelichting en een overzicht kan bijlage 2 worden geraadpleegd.

In wat volgt, worden de 23 verkregen contracten geanalyseerd. Deze contracten zijn bijgevoegd in dezelfde bijlage.

3.4.2. Schadebeding

a. Aandachtspunten

Bij het onderzoek van het schadebeding in de vastgoedmakelaarscontracten werden drie aandachtspunten vooropgesteld:

- 1.) Wat is de omvang van de schadevergoeding? Voldoet deze omvang aan art. 3, 3° KB Vastgoedmakelaarscontracten (d.w.z. maximaal 75 % van het commissieloon)?
- 2.) Is het schadebeding gelijkwaardig en wederkerig?
- 3.) Wordt er een duidelijk onderscheid gemaakt tussen het schade- en het opzegbeding? Verwarrende bedingen zijn immers verboden (art. 3, 1° KB Vastgoedmakelaarscontracten).

b. Resultaten

Vooreerst dient te worden opgemerkt dat in 6 van de 23 onderzochte contracten geen schadebeding is opgenomen. Het gemeen verbintenissenrecht zal hier dus moeten worden toegepast voor het bekomen van een schadevergoeding bij contractuele wanprestatie.

In de 17 andere contracten is wel een schadebeding opgenomen. Deze contracten zijn vervolgens getoetst aan de drie aandachtspunten.

- 1.) In geen van de onderzochte contracten werd een schending van art. 3, 3° KB Vastgoedmakelaarscontracten vastgesteld. De meeste contracten (13) voorzien een schadevergoeding van 75 % van het commissieloon. In 3 contracten bedraagt de schadevergoeding 50 %, en in een enkel contract bedraagt dit 30 %.

2.) Alle contracten voldeden aan de vereisten van gelijkwaardigheid en wederkerigheid. Er is telkens voorzien in een schadebeding in hoofde van de vastgoedmakelaar én in hoofde van de consument (wederkerigheid). Telkens is ook eenzelfde schadevergoeding bepaald (gelijkwaardigheid).

3.) Er werden echter wél inbreuken vastgesteld op artikel 3, 1° KB Vastgoedmakelaarscontracten. In twee van de onderzochte contracten is een verwarrend schade-/opzegbeding opgenomen. In beide gevallen²⁴² wordt gebruik gemaakt van het volgende beding: “Indien de opdrachtgever of de makelaar tijdens de betrokken periode **vroegtijdig de overeenkomst verbreekt** of een **fout maakt die de ontbinding ten laste van de opdrachtgever of de makelaar rechtvaardigt**, is een schadevergoeding verschuldigd aan de andere partij, gelijk aan de helft van het ereloon”. Dit beding lijkt zowel een loutere opzegging (vroegtijdig de overeenkomst verbreekt) als een contractuele wanprestatie (fout maakt die de ontbinding rechtvaardigt) te viseren. Deze bepaling is m.i. te vaag en onduidelijk, en is dan ook strijdig met art. 3, 1° KB Vastgoedmakelaarscontracten. Het is beter de zinsnede ‘vroegtijdig de overeenkomst verbreekt’ weg te laten uit dit beding.

3.4.3. Opzegbeding

a. Aandachtspunten

Bij de toetsing van de opzegbedingen werden eveneens drie aandachtspunten vooropgesteld:

- 1.) Is er een opzegbeding opgenomen? Art. 2, 9° KB Vastgoedmakelaarscontracten verplicht dit namelijk.
- 2.) Wat is de omvang van de opzegvergoeding? Voldoet deze omvang aan art. 2, 9° KB Vastgoedmakelaarscontracten (d.w.z. maximaal 50 % van het commissieloon)?
- 3.) Welke interpretatie geeft men in de praktijk aan de zinsnede “op voorwaarde dat de consument het onroerend goed niet verkoopt binnen de 6 maanden na de opzegging”? Zoals gezegd, zijn er immers meerdere mogelijke interpretaties.

b. Resultaten

- 1.) Dit eerste punt wordt door de meeste vastgoedmakelaars goed nageleefd. In 20 van de 23 onderzochte contracten is een opzegbeding opgenomen. Spijtig genoeg zijn er ook 3 contracten die art. 2, 9° KB Vastgoedmakelaarscontracten schenden: in deze contracten is géén opzegbeding opgenomen.
- 2.) Wat de omvang van de opzegvergoeding betreft, kan worden vastgesteld dat zo goed als alle contracten (19 van de 20 contracten waarin daadwerkelijk

²⁴² De zinsstructuur verschilt licht, maar de in het vet gezette woorden – die de essentie vormen – komen in beide contracten overeen.

een opzegbeding is opgenomen) een opzegvergoeding voorzien van 50 % van het commissieloon. Deze bedingen zijn dus in overeenstemming met het KB Vastgoedmakelaarscontracten. Hieruit blijkt wel dat de voorspelling van de Commissie voor Onrechtmatige Bedingen dat er voortaan systematisch zou worden voorzien in een opzegvergoeding van 50 % van het commissieloon, een correcte voorspelling was²⁴³.

3.) De overgrote meerderheid van de onderzochte contracten geeft de voorkeur aan de 4^{de} mogelijke interpretatie van de zinsnede “op voorwaarde dat de consument het onroerend goed niet verkoopt binnen de 6 maanden na opzegging”. Deze vastgoedmakelaars volgen dus de door R. STEENNOT en het CIB vooropgestelde ‘drietrapredenering’²⁴⁴. Een aantal contracten voorzien geen verhoogde vergoeding bij loutere verkoop binnen de 6 maanden. In 2 contracten wordt de desbetreffende zinsnede wel opgenomen, maar wordt niet verduidelijkt welke interpretatie hieraan moet worden gegeven. In 1 contract is tenslotte bepaald dat een vergoeding gelijk aan 100 % van het commissieloon verschuldigd in geval van verkoop binnen de 6 maanden na opzegging. Dit is m.i. in strijd met de geest van het KB.

3.4.4. Exclusiviteitsbeding

a. Aandachtspunten

De exclusiviteitsbedingen werden getoetst op twee vlakken:

- 1.) Is de exclusieve bemiddelingsovereenkomst beperkt tot een duurtijd van 6 maanden (art. 2, 3^o, lid 2 KB Vastgoedmakelaarscontracten)?
- 2.) Is een forfaitaire schadevergoeding bepaald voor de schending van de exclusiviteit? Zo ja, kwalificeert het contract dit beding dan duidelijk als een schadebeding, zulks in lijn met wat art. 3, 3^o, lid 2 KB Vastgoedmakelaarscontracten bepaalt?

b. Resultaten

- 1.) Art. 2, 3^o, lid 2 KB Vastgoedmakelaarscontracten wordt uitstekend nageleefd, zo blijkt. In alle onderzochte exclusieve vastgoedmakelaarscontracten is de duurtijd van de bemiddelingsovereenkomst beperkt tot maximaal 6 maanden.
- 2.) Ook hier werden geen problemen of onduidelijkheden vastgesteld. In 14 van de onderzochte contracten is geen schadevergoeding verbonden aan de schending van de exclusiviteit door de opdrachtgever. In de overige 9 contracten, waarin dus wel een schadevergoeding is voorzien voor het geval dat de opdrachtgever de exclusiviteit zou schenden, is deze vergoeding duidelijk ondergebracht bij het schadebeding.

²⁴³ *Supra* Deel 3, Titel 3, Hoofdstuk 2, Paragraaf 2, *in fine*.

²⁴⁴ *Supra* Deel 3, Titel 3, Hoofdstuk 2, Paragraaf 2, voorlaatste alinea.

3.4.5. *Beding van stilzwijgende verlenging*

a. Aandachtspunten

Bij het onderzoek van het beding van stilzwijgende verlenging werden volgende aandachtspunten nagegaan:

- 1.) Hoeveel van de onderzochte contracten bevatten een beding van stilzwijgende verlenging? En indien ze een dergelijk beding bevatten, met welke termijn wordt de overeenkomst dan stilzwijgend verlengd?
- 2.) Bepalen de contracten dat, indien de overeenkomst stilzwijgend wordt verlengd, de opdrachtgever deze ten allen tijde en zonder kosten kan opzeggen mits een opzegtermijn van maximum 1 maand (art. 2, 4° KB Vastgoedmakelaarscontracten)?
- 3.) Wat is de uiterste datum voor kennisgeving van de wil tot niet-verlenging? Respecteren de overeenkomsten art. 3, 2° KB Vastgoedmakelaarscontracten (maximaal 1 maand voor einde overeenkomst)?
- 4.) Wordt het beding van stilzwijgende verlenging in vet gedrukte letters en in een kader los van de tekst op de voorzijde van het eerste blad vermeld (art. 82, § 1 Wet Marktpraktijken)?

b. Resultaten

- 1.) 22 van de 23 onderzochte contracten bevatten een beding van stilzwijgende verlenging. De stilzwijgende verlenging voor onbepaalde duur is daarbij duidelijk de standaard (21 contracten).
- 2.) Art. 2, 4° KB Vastgoedmakelaarscontracten wordt goed nageleefd. In slechts één contract was deze verplichte vermelding niet opgenomen.
- 3.) Er werden geen schendingen van art. 3, 2° KB Vastgoedmakelaarscontracten vastgesteld. Alle contracten bepalen dat de wil tot niet-verlenging 1 maand voor het einde van de overeenkomst moet worden meegedeeld, hetgeen dus in overeenstemming is met wat het KB voorschrijft.
- 4.) 5 van de onderzochte contracten schenden art. 82, § 1 Wet Marktpraktijken, aangezien zij het beding van stilzwijgende verlenging niet in vet gedrukte letters en in een kader los van de tekst op de voorzijde van het eerste blad vermelden.

3.4.6. *Beding met betrekking tot het loon*

a. Aandachtspunten

Het beding met betrekking tot het loon werd aan de volgende aandachtspunten getoetst:

- 1.) Bepaalt de overeenkomst expliciet dat het commissieloon verschuldigd is indien de opdrachtgever het onroerend goed tijdens de duur van de overeenkomst verkoopt aan een door de vastgoedmakelaar aangebrachte koper? Zo ja, is dan verduidelijkt dat de vastgoedmakelaar het bewijs levert dat

precieze en individuele informatie werd verschaft aan de wederpartij (art. 2, 6° KB Vastgoedmakelaarscontracten)?

2.) Voldoet het beding met betrekking tot het commissieloon na het einde van de bemiddelingsopdracht aan alle voorwaarden van art. 2, 7° KB Vastgoedmakelaarscontracten (lijst binnen zeven werkdagen – precieze en individuele informatie – personen op de lijst of personen die met deze personen in een zodanige verhouding staan dat het redelijkerwijze valt aan te nemen dat zij, ten gevolge van die verhouding, over de verschaft informatie beschikten – binnen de 6 maanden na het einde van de bemiddelingsopdracht)²⁴⁵?

3.) Wordt art. 2, 8° KB Vastgoedmakelaarscontracten nageleefd? Welke invulling wordt gegeven aan het begrip ‘voorwaarde’, en hoe gaat men om met de onduidelijkheid met betrekking tot dit artikel²⁴⁶?

4.) Wordt er gebruik gemaakt van een surplusbeding?

b. Resultaten

1.) Slechts 7 van de 23 onderzochte contracten bepalen uitdrukkelijk dat het commissieloon verschuldigd is indien de opdrachtgever het onroerend goed tijdens de duur van de overeenkomst verkoopt aan een door de vastgoedmakelaar aangebrachte koper. In al deze gevallen wordt art. 2, 6° KB Vastgoedmakelaarscontracten nageleefd.

2.) Zo goed als alle contracten voldoen aan de voorwaarden van art. 2, 7° KB Vastgoedmakelaarscontracten. Spijtig genoeg zijn er toch 2 contracten die hiertegen zondigen. Het eerste contract bepaalde een termijn van 1 jaar na het verstrijken van de overeenkomst, wat uiteraard niet mogelijk is (max. 6 maanden). Het tweede contract was het meest frappant, aangezien daarin het volgende – manifest ongeldige – beding was opgenomen: “*Binnen de veertien dagen na het verstrijken van de overeenkomst, kan de vastgoedmakelaar de namen meedelen van de personen met wie hij contact heeft gehad voor de bemiddeling van deze verkoop. Ingeval het pand aan één van deze personen wordt verkocht, zal de opdrachtgever het agentschap hiervan op de hoogte brengen en het ereloon betalen*”. Dit beding zondigt tegen alle voorwaarden van art. 2, 7° KB Vastgoedmakelaarscontracten.

3.) 4 contracten leven art. 2, 8° KB Vastgoedmakelaarscontracten niet na. Verder kan ook worden vastgesteld dat de vaagheid van art. 2, 8° KB Vastgoedmakelaarscontracten en de verdeeldheid daaromtrent in de rechtsleer nadelige gevolgen heeft in de praktijk. Ook daar bestaat namelijk onduidelijkheid. Zo zijn een aantal vastgoedmakelaars van mening dat het hier enkel gaat om de opschortende voorwaarde (4 contracten). Enkel interpreteren het begrip ‘voorwaarde’ daarentegen in de ruime zin, en begrijpen hier zowel de opschortende als de ontbindende voorwaarde onder (2 contracten). De overgrote meerderheid behoudt op dit vlak echter het

²⁴⁵ *Supra* Hoofdstuk 5, Paragraaf 3.

²⁴⁶ *Supra* Hoofdstuk 5, Paragraaf 4.

stilzwijgen en neemt louter het begrip ‘voorwaarde’ over in het contract, zonder dit verder in te vullen (13 contracten).

4.) In geen van de onderzochte contracten wordt gebruik gemaakt van een surplusbeding.

3.4.7. Exoneratiebeding

a. Aandachtspunten

Bij het exoneratiebeding werden twee aandachtspunten vooropgesteld:

- 1.) Hoeveel van de onderzochte contracten bevatten een exoneratiebeding?
- 2.) Is dit beding geldig en is voldaan aan de voorwaarden met betrekking tot de aanvaarding van exoneratiebedingen²⁴⁷?

b. Resultaten

1.) In één contract is de schadevergoeding die de vastgoedmakelaar eventueel zou moeten betalen beperkt tot het verzekerde bedrag²⁴⁸. In 4 vastgoedmakelaarscontracten exonereert de vastgoedmakelaar zichzelf voor elke aansprakelijkheid uit hoofde van bezwarende omstandigheden die hem niet werden meegeedeeld²⁴⁹.

2.) Deze bedingen zijn geldig en zijn duidelijk leesbaar in het contract zelf opgenomen.

3.4.8. Herroepingsbeding

a. Aandachtspunten

Het werd slechts één vraag onderzocht:

- 1.) Hoeveel contracten bevatten een geldig herroepingsbeding?

b. Resultaten

1.) Zo goed als alle contracten bevatten een geldig herroepingsbeding (21 van de 23 contracten). Één contract bevatte geen herroepingsbeding. Eveneens één contract bevatte wel een herroepingsbeding, maar dit beding was niet in een kader opgenomen.

3.4.9. Besluit

²⁴⁷ *Supra* Hoofdstuk 6, Paragraaf 2.

²⁴⁸ Dit beding bepaalde als volgt: “*Het betreft voor de makelaar de vergoeding welke gelimiteerd wordt tot het maximale verzekerde bedrag door de beroepsverzekering*”.

²⁴⁹ Dit beding bepaalde als volgt: “*Hij ontslaat de vastgoedmakelaar van alle aansprakelijkheid uit hoofde van bezwarende omstandigheden die hem niet werden meegeedeeld*”.

13 van de 23 onderzochte vastgoedmakelaarscontracten zijn volledig in orde. Bij 6 contracten is er sprake van 1 inbreuk. 3 contracten bevatten 2 of 3 schendingen. Spijtig genoeg is er ook 1 contract, waarbij maar liefst 6 verschillende inbreuken werden vastgesteld.

De regels met betrekking tot het schadebeding worden zorgvuldig nageleefd. Het maximale bedrag en de vereisten van gelijkwaardigheid en wederkerigheid worden door alle contracten nageleefd. De twee mogelijk verwarrende schade-/opzegbedingen die zijn teruggevonden, zijn vermoedelijk eerder te wijten aan onzorgvuldigheid, dan aan kwade bedoelingen.

Bij het opzegbeding werden iets meer schendingen vastgesteld dan bij het schadebeding, hoewel dit al bij al redelijk blijft.

Wel werden hier uiteenlopende regelingen vastgesteld met betrekking tot de invulling van art. 2, 9°, lid 2, *in fine* KB Vastgoedmakelaarscontracten. Dit kan m.i. verklaard worden door de onduidelijkheid die terzake heerst.

De regels met betrekking tot het exclusiviteitsbeding worden uitstekend nageleefd. Hier werden geen schendingen vastgesteld.

Wat het beding van stilzwijgende verlenging betreft, doen er zich eigenlijk enkel problemen voor met betrekking tot art. 82, § 1 Wet Marktpraktijken. Dit kan vermoedelijk worden verklaard door de discussie die er bestaat in de rechtsleer over de toepasselijkheid van dit artikel op vastgoedmakelaarscontracten.

Het onderzoek van het beding met betrekking tot het loon toont vooral aan dat de vaagheid van art. 2, 8° KB Vastgoedmakelaarscontracten tot gevolg heeft dat in de praktijk verschillende invullingen worden gegeven aan het begrip 'voorwaarde', hetgeen uiteraard nefast is voor de rechtszekerheid.

De bepalingen met betrekking tot het exoneratiebeding en met betrekking tot het herroepingsbeding worden ook goed nageleefd, op enkele uitzonderingen na wat het herroepingsbeding betreft.

4. DE VASTGOEDMAKELAAR IN RECHTSVERGELIJKEND PERSPECTIEF

4.1. HET NEDERLANDSE RECHT

Naar Nederlands recht moet een onderscheid worden gemaakt tussen twee situaties: de situatie zoals die bestond voor 1 maart 2001 en de situatie vanaf 1 maart 2001.

Voor 1 maart 2001 waren op de vastgoedbemiddelingsmarkt twee soorten personen actief. Enerzijds was er de 'makelaar in onroerende zaken'. Deze werd ondergebracht in de ruimere categorie van 'makelaars'. De titel 'makelaar' was een wettelijk beschermde titel, die exclusief was voorbehouden aan de persoon die door de rechtbank als makelaar was beëdigd en zijn beroep ervan maakte bemiddeling te verlenen in opdracht van personen tot wie hij niet

in vaste betrekking stond. Beëdiging was slechts mogelijk indien men beschikte over een vakbekwaamheidsdiploma. Anderzijds was er ook de zogenaamde ‘bemiddelaar in onroerende zaken’. Dit was de persoon die zich bezighield met de bemiddeling inzake de verkoop van vastgoed, zonder beëdigd te zijn en de titel van ‘makelaar’ te mogen voeren. Het bemiddelen bij het tot stand brengen van koopovereenkomsten was immers niet wettelijk beschermd, waardoor ook deze personen zich hiermee mochten bezighouden²⁵⁰.

De titelbescherming en beëdiging van makelaars is vanaf 1 maart 2001 afgeschaft. Het staat eenieder voortaan vrij de titel ‘makelaar’ te voeren²⁵¹. Wel wordt er gebruik gemaakt van een certificeringsregeling voor makelaars-taxateurs in onroerende zaken²⁵².

De achterliggende redenering van de Nederlandse wetgever bij deze afschaffing van de beschermde titel ‘makelaar’ was dat men de wettelijke regulering wilde vervangen door zelfregulering²⁵³. Deze benadering is interessant, aangezien zij fundamenteel verschilt van de Belgische aanpak. Met het KB Vastgoedmakelaarscontracten heeft de Belgische wetgever de piste van de zelfregulering immers verlaten, ten voordele van een toenemende wettelijke regulering van de vastgoedmakelaarscontracten.

4.2. HET FRANSE RECHT

De regeling van de vastgoedmakelaardij in het Franse recht lijkt sterk op die van het Belgische recht.

Ook in Frankrijk is de vastgoedmakelaardij een gereguleerd beroep. Ingevolge de Loi Hoguet van 2 januari 1970²⁵⁴ en het daarbij horende Decreet van 20 juli 1972²⁵⁵ is vereist dat eenieder die het beroep van vastgoedmakelaar uitoefent, beschikt over een zgn. ‘carte professionnelle’. Het verkrijgen van deze ‘carte professionnelle’ is verbonden aan een aantal voorwaarden, zoals het aantonen van een zekere professionele bekwaamheid – hetgeen door het

²⁵⁰ J.J. DAMMINGH, *Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende zaken*, Kluwer, Deventer, 2002, 2-3.

²⁵¹ J.J. DAMMINGH, *Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende zaken*, Kluwer, Deventer, 2002, 4.

²⁵² R. TIMMERMANS, “Makelaar in onroerend goed” in H. COUSY, J. COUTURIER, W. DELVA, R. DERINE, J. HERBOTS en R. VEKEMAN (eds.), *Onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2003, III.G.A.2-3.

²⁵³ J.J. DAMMINGH, *Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende zaken*, Kluwer, Deventer, 2002, 38-39.

²⁵⁴ Loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce, www.legifrance.gouv.fr.

²⁵⁵ Décret n° 72-678 du 20 juillet 1972 fixant les conditions d'application de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et fonds de commerce, www.legifrance.gouv.fr.

Decreet wordt verbonden aan bepaalde diplomaveisten – en het afsluiten van een beroepsaansprakelijkheidsverzekering²⁵⁶.

Het vastgoedmakelaarscontract is in Frankrijk eveneens onderworpen aan bepaalde geldigheidsvereisten. Zo is bijvoorbeeld een geschrift vereist voor de geldige totstandkoming ervan²⁵⁷.

5. BESLUIT

De **eerste onderzoeksvraag** van deze thesis ging over de kwalificatieproblematiek van het vastgoedmakelaarscontract. Het antwoord op deze vraag is terug te vinden in het besluit van deel 2 van deze thesis, waarin benadrukt werd dat een wetgevend ingrijpen, waarbij de wetgever de juridische kwalificatie uitdrukkelijk in het Burgerlijk Wetboek zou vastleggen, wenselijk is. Het KB Vastgoedmakelaarscontracten onderneemt wel een verdienstelijke poging, maar verhindert niet dat de kwalificatie verder stof voor discussie oplevert in rechtspraak en rechtsleer.

Wat de **tweede onderzoeksvraag** betreft, is aangetoond dat er veel discussie en onduidelijkheid bestond met betrekking tot de geldigheid van vastgoedmakelaarscontracten. De toenmalige WHPC slaagde er vaak niet in deze discussies te beslechten. Met het KB Vastgoedmakelaarscontracten wou de wetgever hieraan tegemoetkomen.

Het belang van het KB Vastgoedmakelaarscontracten situeert zich m.i. op twee vlakken.

Ten eerste biedt het KB een meer verregaande rechtsbescherming van de consument.

Ten tweede, en dit is een niet te onderschatten verwezenlijking, brengt het KB rechtszekerheid. Vroeger diende de consument zich te beroepen op verscheidene bepalingen van de WHPC en het gemeen recht om de onrechtmatige bedingen in vastgoedmakelaarscontracten aan te kunnen vechten. Het eindresultaat was vaak zeer moeilijk in te schatten, aangezien er verdeeldheid heerste in de rechtspraak en de rechtsleer. Getuige hiervan zijn de herhaalde opsommingen in deze thesis van de visies *pro* en *contra* een bepaalde benadering. Het KB Vastgoedmakelaarscontracten brengt hier verandering in: discussies worden beslecht en knopen worden doorgesneden. Het KB geeft op een duidelijke wijze weer welke bedingen geoorloofd en welke bedingen niet geoorloofd zijn, alsook welke bedingen verplicht zijn.

²⁵⁶ Art. 3 Loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce, www.legifrance.gouv.fr; Art. 11 e.v. Décret n° 72-678 du 20 juillet 1972 fixant les conditions d'application de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et fonds de commerce, www.legifrance.gouv.fr.

²⁵⁷ R. TIMMERMANS, *Het vastgoedmakelaarscontract*, Brussel, Larcier, 2005, 51.

Dit betekent weliswaar niet dat het KB Vastgoedmakelaarscontracten alle twistpunten opheft. Zo bestaat er nog zeer veel onduidelijkheid wat de draagwijdte van de zinsnede “op voorwaarde dat de consument het onroerend goed niet verkoopt of verhuurt binnen de 6 maanden na de opzegging” (art. 2, 9°, lid 2 KB Vastgoedmakelaarscontracten) betreft. Ook de regeling met betrekking tot het exclusiviteitsbeding is niet helemaal waterdicht, aangezien er een kans bestaat dat men art. 2, 3°, lid 2 KB Vastgoedmakelaarscontracten buiten spel zal proberen te zetten door gebruik te maken van de stilzwijgende verlenging van de overeenkomst. Er blijft ook discussie bestaan over de vraag of het commissieloon verschuldigd is indien de bemiddeling leidt tot een koopovereenkomst onder ontbindende of opschortende voorwaarde. Uit de onderzochte contracten blijkt bovendien dat deze discussiepunten ook voor rechtsonzekerheid zorgen in de praktijk. Een laatste kritiek op het wetgevend ingrijpen is dat het surplusbeding niet uitdrukkelijk werd verboden.