

Notarieel Recht

De niet-betaalde verkoper bij vastgoedtransacties

Frank GODDEERIS
Kandidaat-notaris, assistent Instituut Notarieel Recht K.U.Leuven

Luc WEYTS
Ere-notaris, buitengewoon hoogleraar K.U.Leuven

I. Inleiding

1. In periodes van financiële en economische crisis stagneren of dalen de vastgoedprijzen en is het bekomen van een krediet tot aankoop van vastgoed veel moeilijker geworden. Gaan we de VS en Spanje achterna?

De verkopers hopen nog op een goede prijs en zijn bereid toegevingen te doen. Sommige verkopers gaan zelfs akkoord een deel van de koopprijs later te ontvangen. Doorgaans gaat het om een deel, waarvoor de koper geen lening krijgt. De kredietmaatschappijen zijn nu eenmaal veel veeleisender geworden. Zij hebben de lat hoger gelegd op het toestaan van kredieten.

Hoe reageert het notariaat hierop? Welke waarborgen zal de notaris aanraden voor het deel van de prijs, dat de verkoper niet cash toekomt. Wordt het een hypotheek in tweede rang, na deze van het krediet?

2. Los van voorgaande situatie, kan er ook altijd een probleem rijzen met een koper die gezien zijn leeftijd (te oud of te jong), na ondertekening van de compromis geen krediet bekomt. De financieringsmaatschappij acht het risico te groot om met de lener scheep te gaan. En zo bekomt deze niet de nodige koopsom. Wat te doen?

Koper en verkoper van een onroerend goed hadden elkaar nochtans goed gevonden. De koop werd vlot gesloten. Maar achteraf komt er dus een kink in de kabel. De koper blijkt niet over de vereiste koopsom te beschikken. Niet of nog niet of niet helemaal.

Wat zijn de verschillende mogelijkheden voor de verkoper?

Bedoeling van huidige uiteenzetting is niet enkel een burgerrechtelijke uiteenzetting te geven van de onderscheiden mogelijkheden voor de niet-betaalde verkoper, maar ook de fiscale gevolgen op het gebied van het registratierecht, verbonden aan de verschillende keuzes.

II. Clausules in de onderhandse verkoopovereenkomst

§1. Opschortende voorwaarde van betaling van de koopprijs

3. De koop is een overeenkomst waarbij de ene partij (de verkoper) zich ertoe verbindt de eigendom van een zaak over te dragen aan een andere partij (de koper), die zich jegens de eerste ertoe verbindt er een geldprijs voor te betalen¹.

De koper moet de overeengekomen prijs betalen op plaats en tijdstip die in het contract werd overeengekomen. Hebben partijen niets bedongen, dan moet de koper betalen op het ogenblik en op de plaats van levering van de goederen (art. 1651 B.W.). De levering is de overdracht van het verkochte goed in de macht en het bezit van de koper (art. 1604 BW). Bij vastgoed grijpt één en ander (normaal) plaats bij de notariële akte.

Het eigendomsrecht van het onroerend goed gaat in de regel weliswaar reeds over op de koper op het moment dat zij een wilsovereenstemming bereikt heb-

¹ J.H. HERBOTS en C. PAUWELS, "Overzicht van rechtspraak (1982 – 1987): bijzondere overeenkomsten", *T.P.R.*, 1989, 1039.

ben over de prijs en de zaak, ook al is die nog niet betaald en het goed nog niet geleverd (art. 1583 BW). Het feit dat de verrichting met het oog op de tegenstelbaarheid aan derden overgeschreven dient te worden op het hypotheekkan-toor doet hieraan geen afbreuk².

4. De eigenlijke eigendomsoverdracht zelf, wordt in de notariële praktijk doorgaans uitgesteld tot aan het verlijden van de notariële akte zodat deze samen met de risico's overgaat bij de levering en ingenottreding van het goed door de koper. Het Hof van Cassatie heeft de geldigheid van dergelijke uitgestelde eigendomsoverdracht recent nog herbevestigd in een arrest van 13 mei 2003³. Voor de betaling van de prijs maakt dit evenwel geen verschil uit.

5. Kan de verkoper bedingen dat het eigendomsrecht van een onroerend goed maar overgaat op de koper *op voorwaarde dat de koper betaalt*? Kan de verkoper van de betaling van de prijs door de koper een opschortende voorwaarde maken voor het tot stand komen van de overeenkomst?

Een opschortende voorwaarde is een toekomstige en onzekere gebeurtenis, waarvan men de uitvoering van de verbintenis laat afhangen. De uitvoering van een verbintenis waartoe een contractant zich heeft verplicht, in casu de overdracht van de eigendom, kan echter niet gezien worden als een toekomstige en onzekere gebeurtenis. Alle verbintenissen strekken de partijen die ze hebben aangegaan immers tot wet. Het staat immers vast dat het eigendomsrecht moet overgedragen worden en de prijs betaald. Bij niet-naleving van deze verbintenis, kan de in gebreke gebleven partij gedagvaard worden voor de rechtbank met het oog op de uitvoering van haar verbintenissen of met het oog op de ontbinding van de overeenkomst. Het is bijgevolg niet mogelijk om van de betaling van de prijs een opschortende voorwaarde te maken voor de eigendomsoverdracht, aldus Cassatie⁴.

Hetzelfde geldt bij uitstel van de eigendomsoverdracht tot aan het verlijden van de authentieke akte. Het beding van uitgestelde eigendomsoverdracht dient gekwalificeerd te worden als een opschortende termijnbepaling⁵. De uitvoering van de verbintenis wordt afhankelijk gemaakt van een toekomstige, doch zekere verbintenis, namelijk de betaling van de koopprijs.

Wat is trouwens het verschil voor de verkoper tussen beide kwalificaties? Geen.

Het verschil tussen een opschortende voorwaarde en een opschortende termijn zit in de termijn voor aanbidding van de overeenkomst ter registratie. Als het een termijn bepaling is, begint de termijn onmiddellijk te lopen vanaf de ondertekening van de overeenkomst en zijn de registratierechten onmiddellijk

² F. BUYSENS, "Overdracht van eigendom en risico en leveringsplicht bij verkoop van onroerend goed", *Not. Fisc. M.*, 2001, 2, 33.

³ Cass. 13 november 2003, *T. Not.*, 2005, 219.

⁴ Cass. 8 september 2005, *T. Not.*, 2006, 12, noot J. GRILLET.

⁵ 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, 3; F. WERDEFROY, *Registratierechten*, Kluwer, Mechelen, 2002, 564; Over de gevolgen van het uitstellen van het eigendomsrecht tussen partijen: F. BUYSENS, "Overdracht van eigendom en risico en leveringsplicht bij verkoop van onroerend goed", *Not. Fisc. M.*, 2001, 2, 33.

verschuldigd. Ware het daarentegen een geldige opschortende voorwaarde geweest, dan zou de termijn slechts ingang nemen bij vervulling van de voorwaarde (en dus vanaf betaling van de prijs)⁶.

Een verkoop met de volgende clausule “Ontbindende en opschortende voorwaarde: de verkoop is slechts geldig vanaf het moment van volledige betaling op voorwaarde dat deze betaling gebeurt tegen een bepaald tijdstip” dient dus onmiddellijk ter registratie te worden aangeboden⁷.

Een vonnis van de rechtbank van Antwerpen gaat nog verder en herkwalificeert een overeenkomst van *huurkoop* in een verkoop met uitgestelde eigendomsoverdracht waarop dadelijk registratierechten verschuldigd waren⁸.

6. Artikel 1593 B.W. bepaalt wel dat *de kosten van de akte* en de andere bijkomende kosten van de koop (bedoeld worden ook de registratierechten) ten laste van de koper zijn. Deze regel beoogt echter enkel de verhouding tussen koper en verkoper. Wie voor de betaling van de registratierechten moet instaan tegenover de fiscus, laat het artikel onaangeroerd. Om de invordering van de registratierechten zoveel mogelijk te waarborgen, worden immers doorgaans aansprakelijk gesteld niet alleen de partij die uiteindelijk, volgens artikel 1593 B.W. of volgens overeenkomst, de rechten moet afdragen, maar alle contracterende partijen⁹. De verplichting tot aanbidding van onderhandse akten van overdracht van eigendom van in België gelegen onroerende goederen rust immers ondeelbaar op alle contracterende partijen (art. 35 zesde lid W. Reg.) zoals zij op dezelfde wijze ook instaan voor de geldboete wegens laattijdige registratie (art. 41 W. Reg.).

7. In de praktijk wordt de termijn voor de ondertekening van de akte en betaling van de prijs vaak gecombineerd met een uitdrukkelijk ontbindend beding voor het geval de koper niet over de brug komt met de verkoopprijs. Over het ontbindend beding en de fiscale gevolgen ervan, verder meer.

⁶ F. WERDERFROY, *Registratierechten*, Kluwer, Mechelen, 2002, 141.

⁷ Gent 24 oktober 2001, *T. Not.*, 2002, 399.

⁸ Rb. Antwerpen, 17 juni 1997, *T. Not.*, 2003, 596 -599: Partijen hadden een verkoopsovereenkomst gemaakt waarin het volgende bedongen was:

- De koop zal geschieden onder het systeem van huurkoop, ttz principieel huurt de koper gans de eigendom gedurende tien jaar huurt en na deze termijn wordt de koper volledig eigenaar.

- Indien de koper gedurende meer dan 3 maanden de twintig duizend frank niet zou betaald hebben zonder grondige reden, dan zal het eigendomsrecht automatisch vervallen en worden alle reeds betaalde maanden als huur aanzien zodat de ganse eigendom weer volledig in handen komt van de eigenaar.

Deze onderhandse overeenkomst werd ontbonden bij vonnis van de rechtbank van Antwerpen van 10 december 1993. De ontvanger van registratierechten herkwalificeert deze overeenkomst tussen partijen als een koop-verkoopovereenkomst, gezien er wilsovereenstemming was omtrent de zaak en de prijs, zodat de koop overeenkomstig artikel 1583 B.W. voltrokken was. De rechtbank geeft de ontvanger van registratierechten gelijk wanneer ze stelt dat op deze overeenkomst onmiddellijk het mutatierecht verschuldigd was.

⁹ F. WERDERFROY, *Registratierechten*, Kluwer, Mechelen, 2007, 183.

§2. Opschortende voorwaarde van het bekomen van een financiering

8. Het probleem van de koper die niet over de vereiste fondsen beschikt, kan vermeden worden door het opnemen van *een opschortende voorwaarde tot het bekomen van een financiering*. Men laat hier de uitvoering van de verbintenis wel degelijk afhangen van een onzekere gebeurtenis, nl. het verkrijgen van de vereiste financiering.

Indien de koper geen financiering voor de aankoop van het goed bekomt, is hij geen schadevergoeding verschuldigd (behoudens het geval dat er tussen partij en een onbeschikbaarheidsvergoeding wordt overeengekomen voor de periode van onzekerheid).

Het opnemen van een dergelijke opschortende voorwaarde is geen verplichting voor partijen en is evenmin impliciet begrepen in een onroerende verkoop.

Er is rechtspraak die oordeelt dat wanneer een koper als leek staat tegenover een professionele verkoper of verkoper, bijgestaan door een professioneel uit de vastgoedsector, en die verklaart te willen kopen met een lening, dergelijke verkoper verplicht is bij de redactie van de compromis deze voorwaarde expliciet op te nemen. Met deze verklaring heeft de koper zijn bedoeling duidelijk gemaakt slechts een koop aan te gaan onder de opschortende voorwaarde van het bekomen van een lening¹⁰. De notaris die, bij het opstellen van de onderhandse verkoopovereenkomst nalaat te vermelden dat de verkoop gesloten wordt onder de opschortende voorwaarde van het bekomen van een financiering, terwijl hij hierover ingelicht was, begaat een fout¹¹.

Zolang de opschortende voorwaarde niet werd vervuld, dient de overeenkomst niet te worden geregistreerd. De registratietermijn van vier maanden begint maar te lopen vanaf vervulling van de voorwaarde. Hangende de voorwaarde kan de verkoopsovereenkomst ook steeds minnelijk beëindigd worden (of het verkochte goed nu in Vlaanderen of in een ander gewest ligt), zodat er op het ogenblik van de vervulling van de voorwaarde geen evenredige rechten verschuldigd zijn¹².

Een verkoper zal echter niet altijd bereid zijn een dergelijke opschortende voorwaarde op te nemen in de verkoopovereenkomst. Hoewel op de koper een inspanningsverbintenis rust om al het mogelijk te doen om een krediet te bekomen, leert de praktijk ons dat het voor de onwillige koper niet zo moeilijk is om aan een attest van een bankier te komen dat er geen financiering kan bekomen worden. Maar de verkoper die wellicht zelf een ander goed gekocht heeft, zal niet bereid zijn een periode in onzekerheid te willen leven.

10 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, 85; L. WEYTS, "Aandachtspunten bij het tot stand komen van een geldige koop", in *Leuvense Notariële Geschriften*, deel 5, U.P.L., Leuven, 2004, 27.

11 Rb. Hoei 2 december 2004, *Rev. Not. B.* 2005, 703.

12 F. WERDERFROY, *Registratierechten*, Kluwer, Mechelen, 2002, 584.

III. Na de ondertekening van de onderhandse verkoopovereenkomst

9. Hoe wordt de niet-betalde verkoper in ons rechtssysteem beschermd eens de onderhandse overeenkomst getekend is, maar achteraf blijkt dat de koper niet over de vereiste fondsen beschikt.

De verkoper vindt in de hypotheekwet en in het burgerlijk wetboek zelf *onderscheiden wettelijke waarborgen*, die hem beveiligen tegen een koper, die hem nog de volledige of een deel van de prijs moet betalen, of die een tegenprestatie moet uitvoeren.

Het gaat om het onroerend voorrecht van de niet betaalde verkoper (art. 27, 1 Hyp. W.), het stilzwijgend en het uitdrukkelijk ontbindend beding (art. 1654-1656 en 1184 B.W.), en de niet-uitvoeringsexceptie (art. 1612-3 B.W.).

Naast deze wettelijke beschermingsmaatregelen, zijn er ook *conventionele waarborgen*: een conventionele hypotheek (op het gekochte goed of op een ander goed), de borgstelling door een derde (al dan niet met hypotheek), en een schadebeding (al dan niet met hypotheek)¹³.

Een verkoper kan afzien van de wettelijke garanties en opteren voor een conventionele waarborg. De verkoper kan ook, naast de wettelijke garanties, bijkomend een conventionele waarborg eisen, wetende dat de wettelijke niet alles dekken.

§1. Wettelijke waarborgen

A. Het onroerend voorrecht van de niet-betalde verkoper

1. Ambtshalve inschrijving bij de overschrijving van de akte

10. Elke niet betaalde verkoper geniet krachtens de wet een voorrecht die hem de betaling van de prijs garandeert. Bij onvermogen van de koper, beslag of faillissement, zal het goed worden verkocht en zal de opbrengst van het verkochte goed bij voorrang aan de niet-betalde verkoper worden toegekend (met inachtneming van de wettelijke rangorde vastgesteld in de Hypotheekwet)¹⁴. Artikel 27, 1° van de Hypotheekwet regelt het *voorrecht van de niet betaalde verkoper* van een onroerend goed. Dit voorrecht moet, om tegenstelbaar te zijn aan derden, worden ingeschreven op het hypotheekkantoor (art. 29 Hyp. W.).

Artikel 35 van de Hypotheekwet legt de hypotheekbewaarder (op straffe van vergoeding van alle schade jegens derde gehouden) de verplichting op *een ambtshalve inschrijving* te doen, wanneer hij vaststelt dat de koper nog enige verplichting tot betaling van de prijs jegens de verkoper heeft. De inschrijving geschiedt dus automatisch en dient zelfs niet expliciet gevraagd te worden door

¹³ L. WEYTS, *Notarieel Contractenrecht – verkoop uit de hand – vrijwillige openbare verkoop*, Antwerpen, kluwer, 1999, 300.

¹⁴ B. TILLEMANS en A. VERBEKE, *Bijzondere overeenkomsten in kort bestek*, Intersentia, Antwerpen, 2006, 93.

de niet-betaalde verkoper. Indien de hypotheekbewaarder nalaat dit te doen komt zijn aansprakelijkheid in het gedrang¹⁵.

De ambtshalve inschrijving houdt op van kracht te zijn na verloop van dertig jaar, tenzij ze hernieuwd werd. Het is echter niet aan de hypotheekbewaarder om de inschrijving te hernieuwen of om de onbetaalde verkoper hiervan op de hoogte te brengen wanneer de dertig jaar verlopen zijn.

Bij gebreke van hernieuwing heeft de niet-betaalde verkoper nog altijd het recht een hypotheek te nemen, waarvan de rang bepaald wordt door haar dagtekening (cf. infra).

Opdat het voorrecht wordt ingeschreven, moet de tegenprestatie van de koper uit de prijs kunnen worden afgeleid en dus in geld zijn uitgedrukt.

11. Het onroerend voorrecht van de niet betaalde verkoper dekt niet alles. *Wat dekt het wel*¹⁶?

- 1) Het dekt vooreerst de schuldig gebleven koopprijs. Het waarborgt alle in geld weergegeven verplichtingen die tot voldoening van de prijs zijn opgelegd, zoals het verstrekken van onderhoud en de overneming van een schuld van de verkoper. Aan wie de koopprijs moet betaald worden, speelt geen rol. Dit mag ook een derde zijn.
- 2) Het waarborgt 3 jaar intrest, indien een intrestvergoeding wegens uitstel van betaling bedongen is (art. 87 Hyp. W.)
- 3) Het waarborgt tenslotte de kosten als die bij de koop uitzonderlijk lastens de verkoper zijn bedongen (acte en main). Het garandeert niet deze lastens de koper.

Wat dekt het onroerend voorrecht daarentegen niet?

Alle verplichtingen opgelegd aan de koper, ook al zijn ze in cijfers uitgedrukt, die niet rechtstreeks uit de koop voortvloeien. Het zijn eventuele schadebedingen of verhogingsbedingen. Zulke bedingen worden doorgaans in de akte opgenomen, niet alleen om de eventuele schade van de verkoper te vergoeden, maar vooral om druk uit te oefenen op de koper, opdat hij zijn verplichtingen zou naleven. In de praktijk wordt vaak met een schadebeding van 10% van de verkoopprijs gewerkt. Niet mogelijk is dus om aan de hypotheekbewaarder te vragen inschrijving te nemen voor 110% van de prijs.

De ambtshalve inschrijving dekt tenslotte ook niet de som uit hoofde van verhogingen door indexaanpassingen, bedongen in de akte (bij lijfrente of andere koopcontracten).

Voor deze vorderingen welke niet rechtstreeks uit de koop voortvloeien, moet men dus een conventionele hypotheek nemen.

Op de ambtshalve inschrijving zijn overeenkomstig artikel 90 W. Reg. geen registratierechten verschuldigd. Wel zal aan de hypotheekbewaarder een loon toekomen voor het vestigen van de ambtshalve inschrijving.

¹⁵ L.I. GENIN, *Traité des hypothèques et de la transcription*, Rép. Not., T. X., Les sûretés, Brussel, Larcier, nr. 383

¹⁶ L. WEYTS, *Notarieel Contractenrecht – verkoop uit de hand – vrijwillige openbare verkoop*, Antwerpen, kluwer, 1999, 303.

2. Ontslag of vrijstelling van ambtshalve inschrijving.

12. De ambtshalve inschrijving zal automatisch worden gedaan bij overschrijving van de titel indien hieruit blijkt dat de koper de koopprijs nog niet helemaal heeft voldaan. De niet-betalde verkoper kan echter *afzien van het wettelijk voorrecht* van de niet-betalde verkoper door de hypotheekbewaarder te ontslaan van het doen hiervan (art. 36 Hyp. W.).

Dit kan het geval zijn indien de koper een hypothecaire lening aangaat en de bank een eerste rang eist. Ook kan het zijn dat partijen er voor kiezen de kosten van de ambtshalve inschrijving en de kosten van de latere doorhaling van de inschrijving willen vermijden.

Meestal wordt bij notariële koopakten de koopprijs dadelijk betaald. Maar ook deze akten bevatten doorgaans een clausule dat de hypotheekbewaarder ontslagen wordt van het nemen van een ambtshalve inschrijving.

De reden is dat er geen geldige kwijting kan gegeven worden bij betaling door een cheque, zelfs een bankcheque. De kwijting wordt trouwens gegeven onder voorbehoud van inning. Indien de verkoper de hypotheekbewaarder niet ontslaat van het nemen van een ambtshalve inschrijving, zal deze verplicht zijn de ambtshalve inschrijving te nemen bij betaling met een cheque¹⁷.

Om af te zien van de ambtshalve inschrijving moet men de bekwaamheid hebben om te beschikken. Een voogd, in naam en voor rekening van de minderjarige, kan dit niet zomaar. Men dient bij een minderjarige (onbekwame) verkoper aan de Vrederechter toelating te vragen om ontslag van ambtshalve inschrijving op te nemen, van zodra de prijs werd betaald met een bankcheque.

13. De notaris zal de niet-betalde verkoper duidelijk moeten wijzen op de *gevolgen* van het ontslag van ambtshalve inschrijving¹⁸. Hij zal er dan ook verstandig aan doen een schriftelijk spoor te bewaren waaruit blijkt dat hij een afdoende voorlichting heeft gegeven. De verkoper verliest immers zijn inschrijving op het goed en is derhalve geen bevoorrechte schuldeiser meer jegens zijn koper-schuldenaar.

Wel biedt art. 36 tweede lid Hyp. W. hem de mogelijkheid om op eerste verzoek een conventionele inschrijving te nemen, waarvan de rang wordt bepaald door haar dagtekening. De latere inschrijving gebeurt dan op voorlegging van twee borderellen, die alle vermeldingen bevatten voorgeschreven door artikel 83 Hyp. W.. Een authentieke uitgifte van de akte waaruit de hypotheek ontstaat, moet eveneens worden aangeboden¹⁹. De niet-betalde verkoper, die ontslag van ambtshalve inschrijving gaf, zal geprimeerd worden door de hypothecaire schuldeiser wiens recht later was ontstaan, maar wel vroeger was ingeschreven.

14. Een tweede gevolg van de vrijstelling van de ambtshalve inschrijving, is dat de verkoper *de ontbindende rechtsvordering niet meer kan instellen* ten na-

¹⁷ J. DECUYPER, “Verkoop voor vrij en onbelast – ontslag”, in C. CASTELEIN, A. VERBEKE en L. WEYTS, Notariële Clausule, intersentia, Antwerpen, 2007, 662.

¹⁸ Mons 9 oktober 2003, *Rev. Not. B.* 2004, 508, noot J.-F. TAYMANS, “Devoir de conseil et obligation de prêter son ministère».

¹⁹ J. DECUYPER, “Verkoop voor vrij en onbelast – ontslag” in C. CASTELEIN, A. VERBEKE en L. WEYTS, Notariële Clausule, intersentia, Antwerpen, 2007, 661.

dele van ingeschreven schuldeisers, noch ten nadele van de onderverkrijger, noch ten nadele van derden, verkrijgers van zakelijke rechten (art. 28 Hyp. W.).

Tussen partijen verliest de niet-betaalde verkoper echter niet het recht om ontbinding van de overeenkomst te vragen. Zolang het enkel om het belang van de partijen zelf gaat, blijft de vordering tot ontbinding bestaan voor de niet-betaalde verkoper²⁰. Indien de verkoper afstand gedaan heeft van de ambtshalve inschrijving, kan hij derden die zakelijke rechten op het onroerend goed verworven hebben, niet meer door een vordering tot ontbinding schade berokkenen²¹. Chirografaire schuldeisers, met inbegrip van de huurder, kunnen zich niet op artikel 28 Hyp. W. beroepen.

Dient het artikel 28 Hyp. W. beperkt te worden tot het verlies van de ontbindende vordering bij een stilzwijgend ontbindend beding? Wat indien de overeenkomst een uitdrukkelijk ontbindend beding bevat?

De Belgische doctrine en rechtspraak beperken het verlies voor de verkoper van de mogelijkheid de overeenkomst te ontbinden tot het stilzwijgend ontbindend beding²². Bevat de overeenkomst daarentegen een uitdrukkelijk ontbindend beding, dan zal de verkoper de verkoop nog kunnen ontbinden, ook al heeft hij de hypotheekbewaarder ontslaan van het doen van een ambtshalve inschrijving. Het uitdrukkelijk ontbindend beding wordt immers geregeld in artikel 1656 B.W.. Bijgevolg kan een verkoper die bedongen heeft dat de verkoop van rechtswege zal ontbonden worden bij een eenvoudige aanmaning tot betalen, niettegenstaande hij van zijn voorrecht vervallen is, de ontbinding van de verkoop uitlokken ten nadele van de ingeschreven schuldeisers, de nieuwe verwerver of elke andere verwerver van zakelijke rechten²³.

3. Gevolgen van de ambtshalve inschrijving in verschillende procedures

15. In geval van *beslag* op het verkochte goed, voorziet artikel 1583 Ger. W. dat de ingeschreven schuldeiser die bevoorrecht is en een rechtsvordering tot ontbinding heeft, binnen de 15 dagen te rekenen van de aanmaning om inzage te nemen van de verkoopsvoorwaarden (art. 1582 Ger. W.), een keuze moet maken tussen de twee rechten (vordering van de prijs of vordering tot ontbinding) op straffe van verval van zijn rechtsvordering tot ontbinding. Indien hij aan de benoemde notaris de beslissing betekent dat hij voor de ontbinding kiest, moet de betekening binnen de tien dagen gevolgd worden door het instellen van een eis tot ontbinding. Deze eis tot ontbinding dient niet bij de beslagrechter te worden ingesteld, maar bij de normaal bevoegde bodemrechter door dagvaarding van de beslagen eigenaar²⁴. Wordt de vordering ingewilligd,

²⁰ L.I. GENIN, *Traité des hypothèques et de la transcription*, Rép. Not., T. X., Les sûretés, Brussel, Larcier, nr. 456.

²¹ X, *Voorrechten en hypotheken*, Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, voorrechten, Hyp. W. Art. 28-3.

²² L.I. GENIN, *Traité des hypothèques et de la transcription*, Rép. Not., T. X., Les sûretés, Brussel, Larcier, nr. 456.

²³ X, *Voorrechten en hypotheken*, Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer; voorrechten, Hyp. W. Art. 28-5.

²⁴ E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag op onroerend goed*, Kluwer, Mechelen, 2001, 420.

dan heeft dit tot gevolg dat het onroerend goed geacht wordt zich nooit in het vermogen van de beslagene te hebben bevonden, zodat geen revindicatievordering meer moet worden ingesteld²⁵. Een voorzichtig notaris, geconfronteerd met een ambtshalve inschrijving, zorgt ervoor de voormelde betekening op tijd te doen en zal de termijn van 15 dagen afwachten alvorens hij publiciteit maakt voor de verkoopdag.

Indien er niet gekozen wordt voor een openbare verkoop, maar voor een verkoop uit de hand (art. 1580bis Ger.W – 1580ter Ger. W.), voorziet de wet deze verplichte keuze voor de niet-betaalde verkoper niet. Dit betekent dat de bevoorrechte schuldeiser hier blijft beschikken over de vordering tot ontbinding. Voor het verlijden van de akte, zal de notaris een dergelijk bevoorrechte schuldeiser dus moeten vragen welke keuze hij maakt²⁶.

16. De faillissementswet bevat geen bijzondere bepalingen voor het geval van *faillissement* van de koper. Het voorrecht van de niet-betaalde verkoper gaat dan ook voor op de wettelijke hypotheek van de curator van het faillissement van de koper. De verkoper zal dus nog altijd zijn vordering tot ontbinding van de verkoop kunnen instellen voor de rechtbank, vordering die hij dan wel tegen de curator van het faillissement moet instellen (art. 25 Faill. W.). De oude faillissementswet bevatte wel een dergelijke bepaling dat het faillissement een einde stelde aan het voorrecht van de onbetaalde verkoper (art 546, eerste lid oude Faill. W.)²⁷.

17. In geval van de in de praktijk weinig voorkomende procedure van de zuivering (art. 107 Hyp. W.), heeft de niet-betaalde verkoper veertien dagen de tijd na de hem gedane kennisgeving tussen de twee rechten een keuze te doen, op straffe van verval van zijn rechtsvordering tot ontbinding.

Ingeval de niet-betaalde verkoper de rechtsvordering tot ontbinding instelt, kunnen derden de gevolgen hiervan altijd tegenhouden, mits zij aan de eiser het kapitaal uitkeren, samen met het toebehoren dat door de inschrijving van het voorrecht is bewaard.

4. Latere doorhaling van de inschrijving

18. Voor de *latere doorhaling van de inschrijving* is een notariële opheffingsakte nodig. De opheffing van in België genomen hypothecair inschrijvingen op onroerende goederen, wordt, bij gebrek aan bijzondere tarifiering, onderworpen aan het algemeen vast recht van 25 euro²⁸. Wel zal er een loon voor de hypotheekbewaarder verschuldigd zijn.

Voor het doorhalen van de ambtshalve inschrijving, is het nodig dat de verkoper mee verschijnt in de doorhalingsakte. De ambtshalve inschrijving kan niet

25 E. DIRIX en K. BROECKX., *Beslag op onroerend goed*, Kluwer, Mechelen, 2001, 420.

26 C. ENGELS, “De verkoop uit de hand van de in uitvoerend beslag genomen onroerende goederen”, *R.W.* 1999, 1443.

27 COOLS, S., “De positie van de pandhoudende, hypothecaire en bevoorrechte schuldeiser bij faillissement”, *Jura Falconis* 2002, 4.

28 F. WERDERFROY, *Registratierechten*, Kluwer, Mechelen, 2002, 1001.

doorgehaald worden door een notariële akte waarin de notaris eenzijdig bevestigt dat de schuldeiser zijn toestemming heeft verleend met de doorhaling²⁹.

B. Ontbindende rechtsvordering of dwanguitvoering

1. Burgerrechtelijk

a. *Stilzwijgend ontbindend beding*

19. Art. 1654 en art. 1656 B.W. regelen *de stilzwijgende ontbindende rechtsvordering* voor de verkoper, wanneer de koper zijn (schuldig gebleven) koopprijs niet betaalt. Die artikelen laten de verkoper toe, bij wanprestatie van de koper, de koop te doen ontbinden voor de rechtbank, of met een dwangmiddel de koop te doen uitvoeren. De koop is een wederkerige overeenkomst, waarin de ontbindende voorwaarde *steeds begrepen* is voor het geval één van beide partijen zijn verbintenissen niet nakomt.

Belangrijke uitzondering op deze laatste regel is de verkoop op lijfrente. De enkele wanbetaling van de rentetermijnen geeft de verkoper op lijfrente immers niet het recht om ontbinding van de overeenkomst te vorderen en aldus teruggave van het afgestane goed te vorderen (art. 1978 B.W.). De wet voorziet hier enkel in de mogelijkheid tot dwanguitvoering voor de betaling van de lijfrentes. De verkoper kan slechts beslag leggen op de goederen van de renteplichtige, die goederen doen verkopen, en doen bevelen dat uit de opbrengst van die verkoop een voldoende bedrag voor uitkering van de rentetermijnen wordt belegd. Deze regel is niet van dwingend recht. Het contract kan een geldige clausule bevatten dat bij niet-betaling van de rentetermijnen dit tot de ontbinding van de overeenkomst leidt, eventueel zelfs automatisch, zonder enige vordering in rechte of ingebrekestelling (uitdrukkelijk ontbindend beding)³⁰.

20. In geval dat de verkoper de overeenkomst wil ontbinden, dient de verkoper de koper altijd *eerst in gebreke te stellen* (art. 1139 B.W.). Als daarna de *ontbinding voor de rechtbank gevorderd wordt*, zal de rechter oordelen of de tekortkoming zwaar genoeg is om de ontbinding te rechtvaardigen. De vaststelling door de rechter dat de schuldenaar tekort komt aan een bij overeenkomst aangegane verbintenis, wettigt dus niet noodzakelijk de uitspraak tot ontbinding. De doctrine volgt haast eensgezind deze opvatting, nl. dat de rechter de ernst van de tekortkoming dient af te wegen tegen de ernst van de ontbindings-sanctie³¹.

De rechter kan dus ook *uitstel van betaling toestaan* (art. 1184 B.W.) en de ontbinding voorwaardelijk uitspreken (onder de opschortende voorwaarde dat de koper niet betaalt binnen de verleende uitsteltermijn).

²⁹ D. MICHIELS, “De opheffing bij eenzijdige notariële akte”, *T. Not.*, 2008, 11.

³⁰ B. TILLEMANS en A. VERBEKE, *Bijzondere overeenkomsten in kort bestek*, Intersentia, Antwerpen, 2006, 123.

³¹ S. STIJNS, Ontbinding van wederkerig overeenkomsten bij wanprestatie”, in: Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht, J. SMITS en S. STIJNS (ed.), Intersentia 2000, 83, met verwijzingen.

Voor de schuldenaar die in gebreke blijft bestaat het keuzerecht niet. De schuldenaar mag echter op elk ogenblik, ook in de loop van het geding, aanbieden om de overeenkomst uit te voeren, ongeacht of de schuldeiser de gedwongen uitvoering of de ontbinding vordert. Op zich doet dergelijk aanbod de eis tot ontbinding niet vervallen of falen. De tekortkomende schuldenaar kan immers de keuze van de schuldeiser zelf niet veranderen en de schuldeiser is geenszins gebonden door het aanbod. Dit aanbod kan echter wel de rechter beïnvloeden, zonder dat de rechter gebonden is door het aanbod tijdens het proces³². Het komt aan de rechter toe te oordelen of dergelijk aanbod kan aanvaard worden. Het niet verlijden van de notariële akte binnen de gesteld termijn op zich volstaat niet om de ontbinding van de verkoopsovereenkomst ten nadele van de koper te rechtvaardigen.

Het kan zijn dat de koper weigert de notariële akte te tekenen omdat er tussen partijen een discussie is omtrent de omvang van de te betalen prijs. Stel dat bij ondertekening van de koopcompromis de koper tevens een schulderkennis getekend heeft m.b.t. een deel van de prijs welke niet in de verkoopovereenkomst werd vermeld (het zwarte gedeelte van de koopprijs). Indien er geen reden voor de schulderkennis in het document vermeld wordt, zal de rechter trachten de oorzaak te bepalen van de schulderkennis. Indien de schulderkennis als enige oorzaak heeft de betaling van het niet gekende deel van de koopprijs, is de oorzaak ongeoorloofd vermits de schulderkennis tot doel heeft registratierecht te omzeilen. De nakoming van de betalingsverbintenis kan dan niet gevorderd worden, nu zij nietig is³³.

De rechtbank van Brussel oordeelt dat de verkoper die de overeenkomst zonder meer als ontbonden beschouwt en het onroerend goed aan een derde verkoopt, tot volledige schadeloosstelling van de koper gehouden is. In casu had de verkoper de nalatige koper niet voorafgaand in gebreke gesteld en had de koper ook niet laten weten dat hij zijn verbintenissen niet zou uitvoeren³⁴. Het argument van de verkoper dat al het vertrouwen tussen partijen zoek is en dat er waarschijnlijk nooit tot de verhoopte goede uitvoering van de overeenkomst gekomen wordt, leidt ons naar het vraagstuk van de buitengerechtelijke ontbinding.

21. Bij een *buitengerechtelijke ontbinding*, zal de schuldeiser het contract op eenzijdige verklaring ontbinden (ook al bevat de overeenkomst geen uitdrukkelijk ontbindend beding). A posteriori kan de rechter wel facultatief gevat worden om de redelijkheid van de ontbinding te controleren. De rechter toetst dan achteraf de voldoende ernst van de verweten tekortkoming in verhouding tot de ontbindingsbeslissing. Hij moet enerzijds moeten vaststellen dat zijn uitselbevoegdheid, rekening houdend met alle omstandigheden, inderdaad zonder voorwerp ware geweest, en hij moet anderzijds kunnen oordelen dat de

³² S. STIJNS, *De gerechtelijk en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Maklu, Antwerpen – Apeldoorn, 1994, 386.

³³ Brussel 17 november 1997, A.J.T. 1998-99, 33, noot B. WYLLEMAN.

³⁴ Rb. Brussel 7 juni 1988, *R.W.*, 1988-89, 1378; A. CLABOTS, “éénzijdige beëindiging van een verkoopcompromis”, *T.V.V.*, 2006, 727.

ontbindingsbeslissing van de schuldeiser beantwoordt aan de redelijkheid en de billijkheid³⁵.

De voorwaarden van de buitengerechtelijke ontbinding zijn niet zo duidelijk en maken evenmin eensgezindheid in de rechtspraak. Volgens STIJNS dienen de volgende voorwaarden cumulatief aanwezig zijn³⁶:

- 1) De schuldenaar moet zich schuldig maken aan een toerekenbare tekortkoming die van aard is de ontbinding te rechtvaardigen. Er hoeft geen zwaardere fout voorhanden te zijn.
- 2) De verplichte voorafgaande bevoegdheid tot uitstel van de rechter moet zinloos of zonder voorwerp zijn geworden. Dit kan ondermeer volgen uit de hoogdringendheid, uit de schadebeperkingsplicht, uit het feit dat elke verdere uitvoering van de overeenkomst onmogelijk is geworden, of uit het wegvallen van het nodige vertrouwen tussen partijen.
- 3) De schuldeiser moet een kennisgeving richten tot zijn schuldenaar waarin hij zijn ontbindingsverklaring op ondubbelzinnige wijze kenbaar maakt en waarin hij nauwkeurig het motief van de eenzijdige ontbinding opgeeft, met name de verweten wanprestatie.

Het lijkt mij echter riskant voor de niet-betalde verkoper van een onroerend goed beroep te doen op de buitengerechtelijke ontbinding om de overeenkomst te beëindigen, behoudens misschien het geval dat de koper duidelijk heeft laten weten de prijs niet te zullen betalen. In ieder geval zal in dat geval een voorafgaande ingebrekestelling³⁷ en een ontbindingsverklaring noodzakelijk zijn.

Een vordering tot uitvoering of ontbinding van een onderhandse verkoopovereenkomst dient niet overgeschreven te worden op het hypotheekkantoor³⁸. Artikel 3 Hyp. W. is niet van toepassing op dergelijke vorderingen.

b. Uitdrukkelijk ontbindend beding

22. Inzake de appreciatiebevoegdheid van de rechter is er hier een belangrijk verschil met het stilzwijgend ontbindend beding. Er wordt in een clausule bepaald dat bij gebreke aan betaling van de prijs binnen de overeengekomen termijn, de overeenkomst van rechtswege ontbonden is. Hier heeft de rechter principieel geen appreciatiebevoegdheid. Beroept de schuldeiser zich op een contractueel toegekende ontbindingsbevoegdheid, dan verliest de rechter zijn uitstelbevoegdheid. De zaak komt voor de rechtbank als de koper zich niet akkoord verklaart met de ontbinding. Deze rechterlijke tussenkomst achteraf zou

³⁵ S. STIJNS, "Ontbinding van wederkerig overeenkomsten bij wanprestatie", in Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht, J. SMITS en S. STIJNS (ed.), Intersentia 2000, 99.

³⁶ S. STIJNS, "Ontbinding van wederkerig overeenkomsten bij wanprestatie", in Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht, in Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht, J. SMITS en S. STIJNS (ed.), Intersentia 2000, 94.

³⁷ Hoewel in bepaalde situaties de ingebrekestelling ook achterwege zou kunnen gelaten worden: S. STIJNS, Ontbinding van wederkerig overeenkomsten bij wanprestatie", in Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht, J. SMITS en S. STIJNS (ed.), Intersentia 2000, 95

³⁸ Rb. Tongeren, 10 april 1997, T.B.B.R. 1998, 262.

niet kunnen worden uitgesloten in het contract³⁹. De verkoper zelf dient de rechter evenwel niet te vatten om de ontbinding uit te spreken.

De rechter kan dus a posteriori nog gevat worden hetzij om de formele geldigheid van het beding en van de ontbinding te controleren, hetzij uitzonderlijk om de redelijkheid en de billijkheid van de ontbinding te toetsen⁴⁰. Maar deze rechterlijke appreciatieruimte mag men niet te ruim zien. Enkel de manifest onredelijke partijbeslissingen kunnen gesanctioneerd nog worden, meer niet⁴¹. De rechter kan dus normaal slechts tot het uitspreken van de ontbinding overgaan.

De koper moet wel in gebreke worden gesteld. De ingebrekestelling moet een duidelijke en ondubbelzinnige aanmaning inhouden van de schuldenaar tot nakoming van zijn verbintenissen, zonder dat vereist is dat de schuldeiser aangeeft welke sanctie hij toepast ingeval de debiteur in zijn tekortkoming volhardt.

Wanneer bij de verkoop van onroerend goed bedongen is dat, bij gebreke aan betaling binnen een bepaalde termijn de koop van rechtswege ontbonden is, kan de koper na verloop van tijd alsnog betalen, zolang hij niet door een aanmaning in gebreke werd gesteld⁴². De clause dat de verkoop van rechtswege ontbonden zal zijn indien de koper niet betaalt binnen een bepaalde termijn, ontslaat de verkoper dus niet van de *ingebrekestelling*. Het verstrijken van de overeengekomen termijn brengt dus niet van rechtswege de ontbinding met zich mee⁴³.

Partijen kunnen de ingebrekestelling echter uitsluiten door op precieze en formele wijze te bedingen dat de schuldenaar in gebreke wordt geacht door het louter verstrijken van de afgesproken uitvoeringstermijn⁴⁴.

Een uitdrukkelijk ontbindend beding doet in principe geen afbreuk aan het keuzerecht van de partij tegenover welke de verbintenis niet is uitgevoerd, om ofwel de andere partij te verplichten de overeenkomst uit te voeren, ofwel de ontbinding van de overeenkomst in te roepen. De schuldeiser moet de tekortkomende schuldenaar op uitdrukkelijke hoogte brengen van zijn keuze, hetzij de ontbinding, hetzij de gedwongen uitvoering. Een vrijstelling van ingebrekestelling impliceert daarom niet de vrijstelling van kennisgeving van de ontbindingsbeslissing⁴⁵.

In de praktijk gaat een uitdrukkelijk ontbindend beding *dikwijls gepaard met een schadebeding* (cf. infra).

39 S. STIJNS, *De gerechtelijk en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Maklu, Antwerpen – Apeldoorn, 1994, nr. 368, p. 502.

40 S. STIJNS, *Ontbinding van wederkerig overeenkomsten bij wanprestatie*, in *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, J. SMITS en S. STIJNS (ed.), Intersentia 2000, 91.

41 S. STIJNS, *De gerechtelijk en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Maklu, Antwerpen – Apeldoorn, 1994, 509.

42 J.H. HERBOTS, S. STIJNS, E. DEGROOTE, W. LAUWERS en I. SAMOY, “Bijzondere Overeenkomsten 1995-1998”, *T.P.R.* 2002, 195.

43 Cass. 24 maart 1995, *A.C.* 1995, 346.

44 S. STIJNS, *Ontbinding van wederkerig overeenkomsten bij wanprestatie*, in *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, J. SMITS en S. STIJNS (ed.), Intersentia 2000, nr. 28, p. 75.

45 C. DE WULF, *Het opstellen van notariële akten, I Ib, Verbintenissenrecht – Bijzondere overeenkomsten*, Kluwer, Mechelen, 2006, 155.

Burgerrechtelijk is de theorie van de ontbinding eenvoudig, ofwel is er geen uitdrukkelijk ontbindend beding (dat de verkoper de mogelijkheid geeft om de verkoop te ontbinden indien de koper niet binnen een bepaalde termijn betaalt) en dient de ontbinding voor de rechtbank te worden gevorderd, ofwel is er wel een dergelijk uitdrukkelijk ontbindend beding opgenomen, en kan de verkoper de overeenkomst buitengerechtelijk ontbinden (waarna de koper wel nog a posteriori de rechtbank kan vatten).

Stel A verkoopt bij onderhandse overeenkomst zijn woning aan B. B krijgt echter geen krediet vast en de termijn voor het verlijden van de notariële akte is reeds overschreden. Verkoper A meent dat er geen verkoop meer is aangezien de termijn voor het verlijden van de akte verstreken is, en geeft zijn notaris opdracht een nieuwe verkoopsovereenkomst voor te bereiden aan koper C. Gelukkig voor de verkoper, bevatte de overeenkomst een uitdrukkelijk ontbindend beding dat de verkoper de mogelijkheid geeft in dit geval de overeenkomst te ontbinden. Dit zal eerst moeten gebeuren, alvorens de verkoop met C kan gesloten worden.

Indien de overeenkomst geen uitdrukkelijk ontbindend beding bevatte, zou het kunnen dat B akkoord gaat met een minnelijke verbreking van de overeenkomst. Indien B niet akkoord is met de minnelijke verbreking van de overeenkomst, zal A de gerechtelijke ontbinding van de overeenkomst moeten vorderen, alvorens de overeenkomst met de C te kunnen sluiten.

2. Fiscaal

23. Burgerrechtelijk lijkt het dus relatief eenvoudig. Maar fiscaal wringt het schoentje.

Indien de overeenkomst tussen partijen ontbonden of verbroken wordt, is de fiscale analyse als volgt: de overeenkomst tussen A en B wordt aan het mutatierecht onderworpen (eerste maal registratierechten). De overeenkomst tussen A en B bracht de verbintenis tot stand in hoofde van verkoper A om zijn eigendomsrecht over te dragen op koper B. Ingevolge artikel 9, 2° Hyp. W. is een dergelijke overeenkomst verplicht te registreren, ook al wordt het eigendomsrecht uitgesteld⁴⁶.

De overeenkomst, waarbij beiden de verbintenissen uit de eerste verkoop verbreken of ontbinden wordt voor de heffing van het registratierecht ontleed als een wederoverdracht, en dus opnieuw onderworpen aan het mutatierecht (tweede maal registratierechten), tenzij in deze verkoopovereenkomst een uitgestelde eigendomsoverdracht werd voorzien die nog niet heeft plaatsgehad. De heffing van het tweede registratierecht, wordt weliswaar getemperd door de mogelijkheid van teruggave volgens artikel 212 W. Reg. (wegens wederverkoop binnen de twee jaar), in zoverre de voorwaarden daartoe vervuld zijn (o.m. authentieke akte van wederverkoop hetgeen bij veronderstelling meestal niet het geval is)⁴⁷.

Vanuit fiscaal oogmerk, is er dus wel degelijk een zwaar probleem. En dit zowel voor A, als voor B gezien de verplichting tot het aanbieden ter registratie

⁴⁶ F. WERDERFROY, *Registratierechten*, Kluwer, Mechelen, 2002, 660.

⁴⁷ H. DE DECCKER, "De problematiek van ontbinding en nietigheid van verkoopovereenkomsten m.b.t. vastgoed en de wederzijdse gekruiste opties als valabel alternatief voor dergelijke verkoopovereenkomsten", *Not. Fisc. M.*, 2008, 286.

van de overeenkomsten, alsmede de verplichting tot betaling van de hierop verschuldigde registratierechten en gebeurlijke geldboeten ondeelbaar op beide partijen rust (art. 35, 6° W. Reg.).

Om de betaling van deze registratierechten te voorkomen, of, indien deze rechten reeds betaald werden, teruggave te bekomen, zal A een vordering bij de rechtbank moeten instellen tot ontbinding van de overeenkomst met B en dit binnen het jaar na dagtekening van deze overeenkomst (art. 146 en 209, 3° W. Reg.). Met het sluiten van de overeenkomst wordt hier de onderhandse koopovereenkomst bedoeld⁴⁸. De datum van het verlijden van de notariële verkoopakte speelt dus geen rol⁴⁹. In het geval van opschortende voorwaarde, is het de datum van de vervulling van de opschortende voorwaarde die van belang is. De ontbinding zal moeten uitgesproken worden bij een in kracht van gewijsde gegaan vonnis of arrest dat geen akkoordvonnis mag zijn. De rechtspraak is op dit punt heel streng. De rechter moet werkelijk een geschil tussen partijen aangaande de vernietiging of de ontbinding beslechten. Ook een vonnis waarbij de rechter louter vaststelt dat de ontbindende voorwaarde vervuld is, is niet voldoende.⁵⁰ Op de wederoverdracht, die voortvloeit uit die gerechtelijke ontbinding, zijn geen mutatierechten verschuldigd (art 147 W. Reg.)⁵¹. Om fiscaal veilig te spelen, zit er voor A dus niets anders op dan naar de rechter te stappen en de overeenkomst te laten ontbinden. Het kan dan even duren alvorens hij een in kracht van gewijsde gegaan vonnis of arrest bekomt.

24. Sinds het *Vlaams Decreet* van 23 november 2007 ziet de fiscale ontleding voor overeenkomsten met betrekking tot onroerende goederen die in Vlaanderen gelegen zijn, er anders uit.

Dit nieuw artikel voert een bijzonder vast recht in bij minnelijke ontbinding of vernietiging van een verkoopsovereenkomst met betrekking tot een in Vlaanderen gelegen onroerend goed indien cumulatief voldaan is aan de volgende vijf voorwaarden:

- De verkoopovereenkomst werd nog niet bij authentieke akte vastgesteld (eenmaal de notariële akte verleden werd, zal dus opnieuw de tussenkomst van en rechter noodzakelijk zijn).
- De termijn, waarbinnen die overeenkomst diende te worden geregistreerd, is nog niet verstreken⁵².

⁴⁸ Rb. Antwerpen 17 juni 1997, T. Not, 2003, 596.

⁴⁹ M. MASCHELEIN, "De minnelijke ontbinding van de onderhandse koopovereenkomst: fiscale aspecten", *N.N.K.* 2008, 37

⁵⁰ D. MEULEMANS, "De minnelijke ontbinding van de onderhandse koopovereenkomst: burgerrechtelijke aspecten en krachtlijnen van de nieuwe regeling inzake registratierechten", vormingsnamiddag Nederlandstalige Gemeenschapsraad – K.F.B.N., Brussel 30 mei 2008, 16.

⁵¹ H. DE DECKER, De problematiek van ontbinding en nietigheid van verkoopovereenkomsten m.b.t. vastgoed en de wederzijdse gekruiste opties als valabel alternatief voor dergelijke verkoopovereenkomsten, *Not. Fisc. M.*, 2008, 287.

⁵² In het geval deze termijn wel al overschreden werd, is het toch nog mogelijk om fiscaalvriendelijk de verkoop te ontbinden, voor zover aan de andere voorwaarden voldaan is, in het bijzondere mag er tussen de onderhandse verkoopovereenkomst en de overeenkomst minnelijke ontbinding niet meer dan een jaar verlopen zijn (uitgebreid: J. GRILLET, "De fiscale gevolgen van de minnelijke ontbinding van een onderhandse onroerende koop in het Vlaams Gewest (vanaf 1 november 2007)",

- Samen met de oorspronkelijke verkoopsovereenkomst dient een schriftelijke overeenkomst ter registratie te worden aangeboden, waarbij alle partijen verklaren de verkoopsovereenkomst in der minne te hebben ontbonden of vernietigd, of waarin zij verklaren dat een in de verkoopovereenkomst uitdrukkelijk bedongen ontbindende voorwaarde al is vervuld.
- De verkoopsovereenkomst dateert van minder dan één jaar voor de dagtekening van de ontbindingsovereenkomst⁵³.
- De verkoopovereenkomst is geen overeenkomst die onderworpen is aan het tarief dat van toepassing is op beroepspersonen inzake de aan- en verkoop van vastgoed.⁵⁴

Beide overeenkomsten (de verkoopsovereenkomst en de ontbindingsovereenkomst) worden elk geregistreerd aan het nieuw vast recht van 10 euro.

De toepassing van de wet vereist een schriftelijke overeenkomst waarbij alle partijen verklaren de eerste overeenkomst in der minne te hebben ontbonden of vernietigd (of waarin ze verklaren dat de in de eerste overeenkomst uitdrukkelijk bedongen ontbindende voorwaarde is vervuld) en die ter registratie wordt aangeboden. Zowel verkoper als koper, zullen dus de ontbindingsovereenkomst moeten tekenen. Een eenzijdig initiatief volstaat niet⁵⁵. Indien de overeenkomst eenzijdig op basis van het uitdrukkelijk ontbindend beding ontbonden wordt, is de vraag of de verkoper bereid gevonden wordt om een document te tekenen waarin zij beiden verklaren dat de overeenkomst ontbonden werd.

T. Not., 2008, 71). Alhoewel de compromis laattijdig werd geregistreerd, zal er toch geen boete verschuldigd zijn. Het is in deze context financieel voordeliger het compromis niet te registreren, dan laattijdig.

53 DE DECKER mekt terecht op dat het ogenblik waarop die ontbindingsovereenkomst geregistreerd wordt, niet van belang is, enkel de dagtekening van die overeenkomst (H. DE DECKER, “De problematiek van ontbinding en nietigheid van verkoopovereenkomsten m.b.t. vastgoed en de wederzijdse gekruiste opties als valabel alternatief voor dergelijke verkoopovereenkomsten”, *Not. Fisc. M.*, 2008, 290).

54 DE DECKER (H. DE DECKER, “De problematiek van ontbinding en nietigheid van verkoopovereenkomsten m.b.t. vastgoed en de wederzijdse gekruiste opties als valabel alternatief voor dergelijke verkoopovereenkomsten”, *Not. Fisc. M.*, 2008, 290) en GRILLET (J. GRILLET, “De fiscale gevolgen van de minnelijke ontbinding van een onderhandse onroerende koop in het Vlaams Gewest (vanaf 1 november 2007)”, *T. Not.*, 2008, 68) wijzen er hieromtrent op dat het niet goed in te zien is hoe aan deze voorwaarde niet voldaan zou zijn, gezien art. 62 W. Reg. als voorwaarde voor de toepasselijkheid van het tarief stelt dat de verkoop uit de hand bij authentieke akte gedaan moet worden, terwijl voor de toepasselijkheid van de nieuwe gunstregeling inzake de minnelijke ontbinding van de koopovereenkomst de verkoop nog niet bij authentieke akte mag zijn vastgesteld. De verklaring beroepsverkoper dient dus enkel in de authentieke akte te worden opgenomen. Verder heeft de beroepsverkoper geen verplichting om te kopen tegen het voordeliger tarief van 5%.

55 J. GRILLET, “De fiscale gevolgen van de minnelijke ontbinding van een onderhandse onroerende koop in het Vlaams Gewest (vanaf 1 november 2007)”, *T. Not.*, 2008, 67; R. DOUNY en G. GUSTIN, “La Nouvelle “résolution” du compromis de Vente en Flandre – Un anéantissement tres amiable”, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 2008, 10, 37;

De administratieve circulaire spreekt enkel van het geval dat in der minne tussen partijen wordt vastgesteld dat een uitdrukkelijk ontbindend beding uit de compromis zich heeft voorgedaan, maar zwijgt over de situatie waar een partij de overeenkomst eenzijdig ontbindt op basis van een uitdrukkelijk ontbindend beding.

Er kan gedacht worden om het uitdrukkelijk ontbindend beding, doorgaans opgenomen in de onderhandse verkoopovereenkomst, te combineren met een volmacht in het voordeel van de en gevolmachtigde derde om de ontbindingsovereenkomst te tekenen. Dit is een hele verantwoordelijkheid voor die lasthebber. Mi verschilt de verantwoordelijkheid niet veel van de verantwoordelijkheid van de verkoper die zich op een uitdrukkelijk ontbindend beding beroept. Het alternatief, een vonnis uitlokken bij de rechtbank in geval van een onwillige koper, zal de koper ook niet echt aanspreken.

De nieuwe regeling is niet enkel van toepassing op de ontbinding van een verkoopovereenkomst, maar eveneens op de vernietiging van een verkoopovereenkomst (zolang aan de hogervermelde voorwaarden is voldaan, bv. de verkoop mag nog niet authentiek zijn vastgesteld).

Vernietiging is de beëindigingswijze van een overeenkomst, die aangetast is door nietigheid. Er is een overtreding van rechtsregels of een onregelmatigheid bij het sluiten van een overeenkomst⁵⁶. Nietigheid dient normaal te worden vastgesteld door de rechter en kan niet minnelijk door partijen worden ‘overeengekomen’⁵⁷. In geval de rechter de vernietiging uitspreekt, zal de belastingplichtige recht hebben op teruggave van de evenredige rechten (art. 209, 2° W. Reg.)⁵⁸. Fiscaal geeft de decreetgever aan de partijen wel de mogelijkheid om de nietigheid vast te stellen en deze overeenkomst tegen 10 euro te registreren. Een dergelijke overeenkomst dient burgerrechtelijk gezien te worden als een verbreking van een overeenkomst, vermits de nietigheid door de rechter dient te worden vastgesteld⁵⁹.

Dit brengt ons naar de volgende vraag. Wat met de minnelijke verbreking van een overeenkomst?

Een verbreking van een overeenkomst is een beëindigingswijze van een overeenkomst door de wil van de partijen en staat los van de foutgedachte. Het

⁵⁶ MEULEMANS, D., “De minnelijke ontbinding van de onderhandse koopovereenkomst: burgerrechtelijke aspecten en krachtlijnen van de nieuwe regeling inzake registratierechten”, vormingsnamiddag Nederlandstalige Gemeenschapsraad – K.F.B.N., Brussel 30 mei 2008, 15.

⁵⁷ R.DOUNY en G. GUSTIN, “La Nouvelle “résolution” du compromis de Vente en Flandre – Un anéantissement tres amiable”, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 2008, 373.

⁵⁸ Los van het feit dat de administratie in uitzonderlijke gevallen reeds voor de inwerkingtreding van het decreet rekening houdt met een minnelijke vernietiging als die nietigheid duidelijk terug te vinden is in de oorspronkelijke akte, bv. de verkoop van een onroerend goed door en niet-eigenaar. De akte die deze nietigheid vaststelt zal nooit aanleiding geven tot betaling van een verkooprecht. Er wordt ook afgezien van elke invordering van de niet-betaalde rechten (GRILLET, J., De fiscale gevolgen van de minnelijke ontbinding van een onderhandse onroerende koop in het Vlaams Gewest (vanaf 1 november 2007), *T. Not.*, 2008, 64).

⁵⁹ DOUNY, R., en GUSTIN, G., La Nouvelle “résolution” du compromis de Vente en Flandre – Un anéantissement tres amiable, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 2008, 10, 373.

veronderstelt de wederzijdse toestemming van partijen en doet het contract slechts 'ex nunc' ophouden te bestaan⁶⁰.

De decreetgever spreekt niet van verbreking, enkel van ontbinding en vernietiging. De vraag kan gesteld worden of dit een bewuste woordkeuze geweest is van de decreetgever.

Mi kan men hier spreken van de autonomie van het fiscaal recht tov het burgerlijk recht, en hebben de begrippen ontbinding en vernietiging een bredere betekenis dan de burgerrechtelijke betekenis⁶¹. De minister geeft zelfs in de Memorie van Toelichting als verantwoording voor het decreet het voorbeeld van een koper die na ondertekening van de compromis zich de bedenking maakt dat hij eigenlijk niet in persoonlijke naam het onroerend goed wenst aan te kopen, maar voor zijn zoon of dochter of voor een vennootschap (en dus wenst de overeenkomst te verbreken)⁶².

Ook de praktijk van de ontvangers waarbij ze de verbreking fiscaal vriendelijk registreren, lijkt deze stelling gelijk te geven.

Partijen hebben natuurlijk ook de mogelijkheid om beroep te doen op de procedure van de wederzijdse gekruiste opties om de problematiek ivm het registratierecht te omzeilen. Immers, slechts bij het lichten van de aankoop- of verkoopoptie ontstaan de verbintenissen van de koper en verkoper, zonder terugwerkende kracht evenwel⁶³.

Eenmaal de authentieke akte verleden werd, is het hogergemeld decreet niet meer van toepassing en zal de eis tot ontbinding moeten worden ingesteld binnen de één jaar na het sluiten van de overeenkomst (art. 209, 3° W. Reg.) wil men de registratierechten nog kunnen recupereren⁶⁴. Ook hier heeft de Vlaamse decreetgever een wijziging ingevoerd door te bepalen dat het vonnis van de rechter ook een akkoordvonnis mag zijn daar waar de oude regeling (die nog altijd van toepassing is voor overeenkomsten mbt goederen in Brussel en Wallonië) een gerechtelijke vernietiging of ontbinding vereist, en niet een akkoordvonnis – of arrest.

60 W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht, deel 1*, Acco, Leuven, 1998, 193.

61 W. HUBER, "Région flamande: droit fixe en cas de résolution amiable d'une Vente", *Fiscologue*, 2008, n° 1091, p. 6; impliciet: J. GRILLET, "De fiscale gevolgen van de minnelijke ontbinding van een onderhandse onroerende koop in het Vlaams Gewest (vanaf 1 november 2007)", *T. Not.*, 2008, 62; H. DE DECKER, "De problematiek van ontbinding en nietigheid van verkoopovereenkomsten m.b.t. vastgoed en de wederzijdse gekruiste opties als valabel alternatief voor dergelijke verkoopovereenkomsten", *Not. Fisc. M.*, 2008; D. MEULEMANS, "De minnelijke ontbinding van de onderhandse koopovereenkomst: burgerrechtelijke aspecten en krachtlijnen van de nieuwe regeling inzake registratierechten", vormingsnamiddag Nederlandstalige Gemeenschapsraad – K.F.B.N., Brussel 30 mei 2008, 6-7; anders: R. DOUNY en G. GUSTIN, "La Nouvelle 'résolution' du compromis de Vente en Flandre – Un anéantissement tres amiable", *Rec. Gén. Enr. Not.*, 2008, 379.

62 Ontwerp van decreet houdende invoering van een bijzonder vast recht voor minnelijke ontbinding of vernietiging van koopovereenkomsten, Parl. St. Vlaams Parlement 2007-2008, Stuk 1344, nr. 1, p. 3.

63 H. DE DECKER, "De problematiek van ontbinding en nietigheid van verkoopovereenkomsten m.b.t. vastgoed en de wederzijdse gekruiste opties als valabel alternatief voor dergelijke verkoopovereenkomsten", *Not. Fisc. M.*, 2008, 292.

64 J. GRILLET, "De fiscale gevolgen van de minnelijke ontbinding van een onderhandse onroerende koop in het Vlaams Gewest (vanaf 1 november 2007)", *T. Not.*, 2008, 76.

C. Niet-uitvoeringsexceptie

25. Indien de verkoper het goed nog niet heeft geleverd, d.w.z. bij de verkoop van een onroerend goed, de sleutels aan de koper nog niet heeft overhandigd met het oog op de ingenottreding, kan bij wanprestatie van de koper, de verkoper *de niet-uitvoeringsexceptie inroepen* (art. 1612 B.W.). Dit is een toepassing van de meer algemene regel van de *exceptio non adimpleti contractus*.

§2. Conventionele waarborgen

A. Conventionele hypotheekvestiging

26. Een *conventionele hypotheek* kan in het voordeel van de verkoper in de koopakte worden gevestigd op het goed dat wordt verkocht. Het kan ook worden genomen op een ander goed van de koper, of zelfs van een derde.

Deze hypotheek kan vooreerst dienen tot waarborg van de niet-betalde koopprijs. Maar daarvoor kan ook een ambtshalve inschrijving dienen.

De conventionele hypotheek heeft vooral zin voor de bijkomende verplichtingen, die aan de koper worden opgelegd en die niet door het voorrecht van de niet betaalde verkoper zijn gedekt. Het zijn deze die niet rechtstreeks uit de koopakte voortvloeien, zoals schade- of verhogingsbedingen, aanhorigheden inzake gerechtskosten, enz., een bedrag uit hoofde van eventuele latere indexverhogingen enz.⁶⁵

Op de vestiging van een conventionele hypotheek is een registratierecht van 1% verschuldigd (art 87 W. Hyp.). Het recht van 1% is niet verschuldigd in de mate dat de verbintenis voor dewelke zekerheid wordt gesteld, voortspuit uit de verkoopovereenkomst (art. 90 W. Reg.). De hypotheekvestiging tot waarborg van de betaling van de schadevergoeding waartoe de koper van een onroerend goed wegens niet-uitvoering van het koopcontract is gehouden ingevolge het schadebeding, kan eveneens genieten van het voordeel van art. 90 W. Reg.. Alhoewel de schadevergoeding geen element is van de prijs, vindt de verplichting tot schadevergoeding niettemin haar oorzaak in een verbintenis van het koopcontract. Een hypotheekvestiging tot waarborg van de vervolgingskosten kan daarentegen niet genieten van artikel 90 W. Reg. gezien de verplichting tot betaling van de vervolgeningskosten haar oorzaak niet vindt in het koopcontract⁶⁶.

De latere opheffing van de hypotheek dient in principe te gebeuren met een notariële opheffingsakte, tenzij de hypotheek al meer dan 30 jaar bestaat, waardoor zij automatisch komt te vervallen.

⁶⁵ WEYTS, *Notarieel Contractenrecht – verkoop uit de hand – vrijwillige openbare verkoop*, Antwerpen, kluwer, 1999, 308.

⁶⁶ F. WERDERFROY, *Registratierechten*, Kluwer, Mechelen, 2007, 1059.

B. Borgstelling door een derde

27. Een andere conventionele waarborg is de *borgstelling* door een derde. Deze borgstelling kan gepaard gaan met een hypotheekvestiging op een onroerend goed van die derde, of een in pandgeving van effecten, enz⁶⁷.

C. Schade- of verhogingsbeding

28. Er kan ten slotte een *schade-of verhogingsbeding* worden opgenomen (art. 1146 e.v. B.W.).

Een schadebeding heeft tot doel betwistingen omtrent de omvang van de werkelijke schade te voorkomen. Zulk beding is in principe geldig, behalve als de feitenrechter van oordeel is dat de bedongen schadevergoeding te hoog ligt, nl. de vergoeding van de potentiële schade overstijgt.

Wanneer is een schadebeding echter te hoog? Dit is natuurlijk casuïstiek. In een bepaald geval dat voor de rechtbank gebracht werd, werd een verkoopovereenkomst ontbonden ten laste van de kopers. Deze hadden reeds 10 % voorschot betaald. De verkoopovereenkomst bevatte echter een forfaitair schadebeding van 20%. In eerste aanleg vermindert de rechter het schadebeding tot 5% van de verkoopprijs. Het hof van beroep te Luik oordeelt daarna echter dat een schadebeding waarbij de partijen de schade, voortvloeiend uit de ontbinding van de verkoopovereenkomst van een onroerend goed op 20% hebben begroot, niet kennelijk overdreven is, rekening houdend met de kosten van de vastgoedmakelaar waarop de verkopers beroep deden⁶⁸, de voorzienbare kosten van de tussenkomst van een advocaat, de notariskosten, de schade voortvloeiend uit de onbeschikbaarheid van de verwachte gelden, de kosten verbonden aan het onderhoud en de instandhouding van de leegstaande woning en de onzekerheid over de bij een nieuwe aankoop te behalen prijs⁶⁹. In een ander geval werd een strafbeding van 10% van de prijs gematigd van 6.969 euro naar 2.000 euro⁷⁰. Toch lijkt het in de notariële praktijk vaak gebruikte forfaitair strafbeding van 10% gerechtvaardigd te zijn. Als criterium bij de uitoefening van de matigingsbevoegdheid van de rechter geldt de potentiële schade, zoals die bij het sluiten van de overeenkomst door partijen kon voorzien worden, en dus niet de werkelijk geleden schade. Het toegekende bedrag mag echter niet minder bedragen dan de werkelijk geleden schade⁷¹.

De rechter kan de vergoeding, ambtshalve of op verzoek van de schuldenaar verminderen, indien de som kennelijk de geleden schade te boven gaat.

67 WEYTS, *Notarieel Contractenrecht – verkoop uit de hand – vrijwillige openbare verkoop*, Antwerpen, kluwer, 1999, 309.

68 Het recht op bemiddelingsloon van de makelaar blijft onaangetast zowel bij minnelijke als bij gerechtelijke ontbinding van de overeenkomst, zie hieromtrent: R. TIMMERMANS, “Het lot van betaalde voorschotten bij minnelijke ontbinding compromis”, *Nieuwsbrief Notariaat*, 2008, nr. 12, 7.

69 Luik 21 maart 2002, *J.L.M.B.* 2003, 1496.

70 Rb. Aarlen 17 januari 2002, *Rev. Not. B.*, 2003, 105.

71 M. DAMBRE, “Actuele ontwikkelingen inzake koop-verkoop van onroerende goederen. Overzicht van de belangrijkste recente rechtspraak (2000-2005)”, in *Rechtskroniek voor het Notariaat*, deel 7, Die Keure, 2005-2006, 122-123.

Indien geen schadebeding voorzien is, is het moeilijker de schade te begroten. De verkoper zal in geval van ontbinding het bedrag van de schade niet zomaar kunnen begroten op het betaalde voorschot van 5% of 10 %. In een geval waar de verkoper het goed voor dezelfde prijs (in casu 2.700.000 frank) heeft kunnen verkopen aan een derde, heeft de Hof van Beroep van Bergen bij ontstentenis van een schadebeding, geoordeeld dat de schade bestaat uit de moeilijkheden van het goed terug te koop aan te bieden, uit het voeren van nieuwe onderhandelingen en het verlies van intrest op het niet-betaalde voorschot en het saldo van de koopprijs. Het hof kende in casu een schadevergoeding *ex aequo et bono* toe van 30.000 frank⁷².

IV. Besluit

29. Nu we volop in een financiële crisis beland zijn, en de economische crisis – zegt men – voor de deur staat, is dit thema van de niet betaalde verkoper bijzonder actueel geworden. Ook in het vastgoed zullen de minder gunstige prognoses zich doen gevoelen.

De verkoper verdient bij niet volledige betaling alle bescherming. Maar ook de koper verdient dit en moet beseffen dat kredieten hem minder gemakkelijk toegekend worden. Een beding dat hij alleen koopt onder opschortende voorwaarde tot het bekomen van een lening tot een bepaald bedrag, is meer dan ooit noodzakelijk (nr. 3).

De verkoper van zijn kant, mag niet vergeten steeds en uitdrukkelijk ontbindend beding in de compromis te laten opnemen (zie nr. 22). Tevens kan worden bedongen dat als de koper de notariële akte niet heeft laten verlijden of de prijs niet betaald heeft tegen de overeengekomen datum, zelfs geen ingebrekestelling nodig is. Toch moet de verkoper de koper in kennis stellen dat hij de koop als ontbonden beschouwd vooraleer hij aan een ander verkoopt. De koper zal zich nog tot de rechtbank kunnen richten, om zich te verdedigen. De rechter heeft in principe geen appreciatierecht meer, en zal de ontbinding van de koop moeten bevestigen.

In voorkomend geval, is het wijzer – in Vlaanderen althans – samen aan tafel te gaan zitten en de verkoop te ontbinden aan tweemaal 10 euro. Ofwel moet de verkoper zich tevreden stellen om de schuldig gebleven prijs later te ontvangen, en hiervoor een wettelijke en een bijkomende conventionele inschrijving eisen voor een meestal tweede rang, met kennis van de mogelijke risico's hierbij.

De notaris zal in overleg met beide partijen, als bemiddelaar, bij het financieel mislukken van de koop, één van beide oplossingen aftasten. Ofwel laten ontbinden mits een billijke schadevergoeding voor de verkoper (doorgaans het voorschot). Ofwel werken met clausules ter bescherming van de niet-betaalde verkoper voor het deel van de koopprijs dat de koper niet geleend heeft gekregen.

Overheidssteun bestaat hier niet, tenzij met dat ziet in het nieuwe abatement van 1.000 euro bij de koop van een gezinswoning, gekoppeld met een hypothecaire lening.

⁷² Bergen 27 januari 1995, *Rev. Not. B.* 1996, 176.

En ook zoiets als een “bad bank” bestaat niet, om de niet (of niet volledig) betaalde verkopers tegemoet te komen.

In het notariaat moet men deze financiële problemen met adequate clauses oplossen. De staat kan ook niet overal de branden blussen.