

## Noot

**Schadebegroting bij de toepassing van artikel 2 van de Wet van 27 juli 1961:  
"juger selon la raison plutôt que selon les inclinaisons du cœur"<sup>2</sup>**Yves Van Couter<sup>3</sup>**I. INLEIDING**

1. In het begin van de jaren negentig besliste de achtste Kamer van het Hof van Beroep te Brussel in haar zogenaamd Courvoisier-arrest dat voor het bepalen van de billijke (opzegvervangende) vergoeding (art. 2 van de Wet van 27 juli 1961) geen rekening kon worden gehouden met de gevolgen van de uitvoering van een nieuwe distributieovereenkomst tussen het einde van de effectief toegekende opzeggingstermijn en het einde van de *in abstracto* door de rechter bepaalde redelijke opzeggingstermijn. Als motivering gaf het hof dat "deze schadevergoeding niets anders is en kan zijn dan de uitvoering in equivalent van de opzeggingstermijn die had moeten worden toegekend op het ogenblik van de verbreking en... de begroting van deze vergoeding door de rechter op de dag van de uitspraak niet beïnvloed kan worden door een andere overeenkomst met een derde vennootschap die vreemd is aan de oorspronkelijke overeenkomst, de verbreking en de uitvoering ervan..."<sup>4</sup>.

Dezelfde achtste Kamer van het Brusselse Hof van Beroep bevestigde een paar jaar later "dat in geval van ontoereikende termijn het recht op en de omvang van de billijke vervangende vergoeding ontstaat zogauw die opzegging effect sorteert en dat posterieure gebeurtenissen daarop geen incidentie kunnen hebben"<sup>5</sup>. Hiervoor werd steun gezocht bij de overweging van het Hof van Cassatie dat "het recht op ver-

goeding dat kan voortvloeien uit de eenzijdige verbreking van een overeenkomst ontstaat en bepaald wordt vanaf de kennisgeving van de wil tot verbreking door één der partijen [...]"<sup>6</sup>.

2. Deze stelling gaf meteen aanleiding tot controverse in de rechtsleer die ging van scherpe kritiek<sup>7</sup>, over genuanceerde goedkeuring<sup>8</sup> tot volmondige bijval<sup>9</sup>.

3. Ook in de rechtspraak vielen "dissenting opinions" te noteren.

Zo oordeelde het Hof van Beroep te Antwerpen "dat de uitbating van een nieuwe concessie [...] vanaf 1 oktober 1992 ongetwijfeld invloed kan gehad hebben op het inkomstenverlies en op het rendementsverlies van de niet-indrukkebare algemene kosten en alleszins niet vreemd is gebleven aan de schade van geïntimeerde, en dat, mocht geïntimeerde tijdens de opzeggingstermijn uit de nieuwe concessie een semi-brutowinst verwezenlijkt hebben, deze toe te rekenen is op de schadevergoeding [...]"<sup>10</sup>.

Daarbij aansluitend besloot het Hof van Beroep te Gent dat bij de berekening van de billijke vergoeding rekening moest worden gehouden met de winst die de concessiehouder had gemaakt met een belangrijke bestelling die door de concessiegever was gehonoreerd na het einde van de concessie<sup>11</sup>.

<sup>2</sup> Parafrazering van T. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Brussel, Bruylant, 1984, p. 142 volgens wie "l'équité constitue une disposition à reconnaître impartialement le droit de chacun", hoewel men al te vaak moet vaststellen "que dans la pratique, elle peut recouvrir l'arbitraire: trop souvent elle est le prétexte, l'alibi pour juger selon les inclinaisons du coeur plutôt que de la raison".

<sup>3</sup> Advocaat Loyens. De auteur dankt Sandrine Kinart en Catherine Michaux voor hun nauwgezet, voorbereidend onderzoekswerk. Bijzondere dank gaat eveneens naar raadsheer Jacques Embrechts, Etienne Kairis en Geert Bogaert voor hun gewaardeerde kritische lectuur.

<sup>4</sup> Brussel 2 november 1990, in *Distributierecht 1987-1992*, Kluwer, 1994, 205, met noot G. BOGAERT en Y. VAN COUTER.

<sup>5</sup> Brussel 28 oktober 1992, *Liber Amicorum Alfons Vandeurzen*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 144.

<sup>6</sup> Cass. 25 maart 1976, *Arr. Cass.* 1976, 861, *Pas.* 1976, I, 823.

<sup>7</sup> Zie G. BOGAERT en Y. VAN COUTER, "Schade en schadebegroting bij toepassing van artikel 2 van de Wet van 27 juli 1961", in *Distributierecht 1987-1992 – Droit de la distribution*, Kluwer, 1994, p. 206-226.

<sup>8</sup> Zie P. KILESTE et P. HOLLANDER, "Examen de jurisprudence. La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (1992 à 1997)", *T.B.H.* 1998, p. 28, nrs. 72 en 73.

<sup>9</sup> Zie E. MONARD, "Beperkt het snel vinden van een nieuwe concessie de rechten op schadevergoeding van de opgezegde concessiehouder?", in *Liber Amicorum Alfons Vandeurzen*, Gent, Mys & Breesch, 1995, p. 143 e.v.

<sup>10</sup> Antwerpen 13 februari 1996, *DAOR*, nr. 39, p. 64, met noot G. BOGAERT en Y. VAN COUTER. Het standpunt dat "[...] gebeurtenissen van na de beëindiging wel een invloed hebben op de bepaling van de billijke vergoeding die krachtens art. 2 van de wet van 27 juli 1961 aan de concessionaris toekomt" werd relatief recent nog bevestigd door Antwerpen 13 december 2001, *R.W.* 2004-05, (27), 28.

<sup>11</sup> Gent 28 juni 2002, onuitg., A.R. 2000/473, aangehaald in K. DAELE, "De billijkheid in de Concessiewet – Een fata morgana?", *NjW* 2003, (222), 226. Vgl. met Bergen 1998, *J.L.M.B.* 1999, p. 511 waar het hof aan een gerechtsdeskundige de opdracht geeft om na te gaan of, en zo ja binnen welke termijn de beëindigde concessiehouder een nieuwe concessie had kunnen vinden. Vgl. tevens met Kh. Antwerpen 7 april 2000, onuitg., A.R. 3091/99, aangehaald in P. KILESTE en P. HOLLANDER, "Examen de jurisprudence. La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (1997-2002)", *T.B.H.* 2003, p. 436, nr. 83 waar de rechtbank de gerechtsdeskundige opdraagt het zakencijfer na te gaan dat de concessiehouder na het einde van de concessieovereenkomst nog heeft gerealiseerd met de producten, die het voorwerp uitmaakten van de concessieovereenkomst.

Doorgaans op grond van eenvoudige verwijzing naar het voormelde arrest van het Hof van Cassatie van 25 maart 1976 weigerden andere rechtbanken dan weer categoriek om rekening te houden met gebeurtenissen die zich hadden voorgedaan na de kennisgeving van de opzegging<sup>12</sup>.

Meteen is het duidelijk dat er ter zake nood was aan duiding van het hoogste nationale gerechtshof.

4. Ongeveer tien jaar na de Brusselse Courvoisier-rechtspraak, stelde het Hof van Beroep te Gent in een arrest van 1 maart 2000 vast dat een concessiegever de concessieovereenkomst had opgezegd bij brief van 13 februari 1997 en met een opzeggingstermijn van 6,5 maanden. De opzegging vond plaats ongeveer midden in het boekjaar 1996-1997. Tijdens dit boekjaar was de betrokken concessieovereenkomst klaarblijkelijk slechts in zeer beperkte mate uitgevoerd waardoor in die periode ook geen winst was gemaakt door de concessiehouder. Het hof van beroep besliste dat de redelijke opzeggingstermijn 3,5 maanden langer had moeten zijn zodat de billijke vergoeding diende te worden berekend op basis van 3,5 maanden. Bij die berekening gebruikte het hof drie boekjaren waaronder het boekjaar 1996-1997 als referentieperiode<sup>13</sup>.

Het Hof van Cassatie diende zich daaropvolgend onder meer te buigen over de vraag of “(...) *het Hof van Beroep door het jaar waarin de concessie werd beëindigd (1996-1997) mee in aanmerking te nemen voor de berekening van de vervangende opzeggingsvergoeding, terwijl het had vastgesteld dat [de concessiegevers] opzegging van 13 februari 1997 dateerde, zijn beslissing [...] naar recht verantwoordt (schending van artikel 2 van de aangehaalde Alleenverkoopconcessiewet)*”<sup>14</sup>.

Of anders gesteld: Kan de rechter rekening houden met feiten, die zich na de opzegging hebben voorgedaan en die de concrete schade van de concessiehouder hebben beïnvloed of moet de opzeggervangende vergoeding worden bepaald

“*in functie van een abstract gegeven, te weten de gemiddelde winst gemaakt in een referentieperiode, voorafgaand aan de opzegging*”<sup>15</sup>?

5. Het antwoord van het Hof van Cassatie is duidelijk:

“(…) *Noch de omstandigheid dat de billijke vergoeding waarop de concessiehouder aanspraak kan maken door de partijen wordt bepaald bij de opzegging van het contract, noch de billijkheid die de rechter moet leiden bij zijn uitspraak [staan] er aan in de weg dat bij de begroting van de vervangende opzeggingsvergoeding de rechter rekening houdt met alle gegevens waarover hij op het ogenblik van zijn uitspraak beschikt*”<sup>16</sup>.

6. Rekening houdend met de principes van toepassing op de beëindiging van overeenkomsten van onbepaalde duur, met de (schadevergoedende) aard van de billijke vergoeding voorzien in artikel 2 van de Wet van 27 juli 1961 betreffende eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop (hierna aangeduid als “de Wet”)<sup>17</sup> en met de principes van het gemeen aansprakelijkheidsrecht, lag deze uitspraak volledig in de lijn van onze verwachtingen.

Van voormelde principes vertrekkend, durven we zelfs te stellen dat de rechter bij de begroting van de billijke vergoeding niet alleen *kan* maar ook *moet* “*rekening [houden] met alle gegevens waarover hij op het ogenblik van zijn uitspraak beschikt*”, tenminste als ze de schade beïnvloeden, wil hij zijn uitspraak ter zake naar recht (lees *in casu* naar billijkheid in de zin van art. 2 van de Wet) verantwoorden. Alleen zo zal immers worden vermeden dat recht is gesproken “*selon les inclinaisons du coeur plutôt que de la raison*”<sup>18</sup>.

Hierna volgt de verantwoording voor deze stelling (zie *infra*, Hoofdstukken II en III).

## II. HERHALING VAN DE PRINCIPES

7. Rechtspraak en rechtsleer erkennen reeds decennia lang het recht op eenzijdige beëindiging van contracten die voor onbepaalde duur worden aangegaan<sup>19</sup>. Dit recht vindt

zijn grondslag in de individuele vrijheid van de contractpartijen. Meer in het bijzonder is dit recht een exponent van de vrijheid van handel, gewaarborgd door het Decreet

<sup>12</sup> Zie Kh. Kortrijk 7 februari 2000, onuitg., A.R. 3215/96 en Kh. Doornik 29 juni 1999, onuitg., A.R. 1098/90, beide aangehaald in P. KILESTE en P. HOLLANDER, *o.c.*, T.B.H. 2003, p. 435, nr. 81.

<sup>13</sup> Vgl. met Kh. Mechelen 26 april 2001, onuitg., A.R. 2641/99, aangehaald in P. KILESTE en P. HOLLANDER, *o.c.*, T.B.H. 2003, p. 436, nr. 85 waar de rechtbank besliste om bij de berekening van de billijke vergoeding niet alleen rekening te houden met de resultaten van de drie jaren voorafgaand aan de beëindiging van de overeenkomst maar ook met de resultaten van het jaar van de kennisgeving van de opzegging en van het daaropvolgende jaar.

<sup>14</sup> Cass. 16 mei 2003, DAOR 2003/65, p. 33, met noot D. MERTENS.

<sup>15</sup> Conclusie van advocaat-generaal D. Thijs bij Cass. 16 mei 2003, [http://www.cass.be/cgi\\_juris/nr. RC035G1\\_1](http://www.cass.be/cgi_juris/nr. RC035G1_1), p. 3.

<sup>16</sup> Cass. 16 mei 2003, *o.c.*, p. 34.

<sup>17</sup> Wet van 27 juli 1961 betreffende eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop, B.S. 5 oktober 1961, zoals gewijzigd door de Wet van 13 april 1971, B.S. 21 april 1971.

<sup>18</sup> T. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Brussel, Bruylant, 1984, p. 142.

<sup>19</sup> Zie reeds R. DEKKERS, “De la rupture des contrats à durée illimitée”, noot onder Gent 16 januari 1956, R.C.J.B. 1957, 316. Zie Cass. 9 maart 1973, Arr. Cass. 1972-73, 671. Zie tevens Brussel 10 oktober 1994, J.L.M.B. 1995, (1248), 1249 met talrijke verwijzingen naar rechtspraak en rechtsleer.

d'Allarde<sup>20</sup>. Dit recht is bijgevolg van openbare orde<sup>21</sup>. Een contractpartij kan dus te allen tijde een einde maken aan de contractuele relatie van onbepaalde duur. Deze mogelijkheid/vrijheid is absoluut met als gevolg dat de contractuele relatie van onbepaalde duur principieel *ad nutum* kan worden beëindigd en dat de uitvoering *in natura* van een contractueel of wettelijk bepaalde opzeggingstermijn in principe niet kan worden opgelegd door de rechter<sup>22</sup>.

**8.** Het absolute karakter van voormelde mogelijkheid/vrijheid betekent natuurlijk niet dat geen misbruik kan worden gemaakt van het uit die vrijheid voortvloeiende beëindigingsrecht<sup>23</sup>.

In geval van een contract van onbepaalde duur dat geen contractuele opzeggingstermijn voorziet en dat wordt beheerst door het gemene recht kan van misbruik evenwel slechts sprake zijn wanneer de uitoefening van het beëindigingsrecht niet stoelt op enig belang of een wanverhouding creëert tussen de geleden schade en het bekomen voordeel<sup>24</sup>.

Het misbruik van het beëindigingsrecht zal aanleiding geven tot een vergoeding van de geleden schade overeenkomstig de principes van het gemeen aansprakelijkheidsrecht<sup>25</sup>.

**9.** Wanneer via wet van het gemeenrechtelijke principe van de *ad nutum*-beëindiging (zonder schadevergoeding behoudens rechtsmisbruik) wordt afgeweken, dient het betrokken wettelijk ingrijpen vanzelfsprekend steeds restrictief te worden geïnterpreteerd<sup>26</sup>. De Wet is het schoolvoorbeeld van zo'n restrictief te interpreteren wettelijk ingrijpen<sup>27</sup>.

tief te worden geïnterpreteerd<sup>26</sup>. De Wet is het schoolvoorbeeld van zo'n restrictief te interpreteren wettelijk ingrijpen<sup>27</sup>.

**10.** Een voor onbepaalde tijd verleende en aan de Wet onderworpen verkoopconcessie kan, behalve bij grove tekortkoming van een van de partijen aan haar verplichtingen, immers niet worden beëindigd dan met een redelijke opzeggingstermijn of een billijke vergoeding die door de partijen wordt bepaald bij de opzegging van het contract. Wanneer partijen het niet eens zijn, doet de rechter uitspraak *naar billijkheid*, eventueel met inachtneming van de gebruiken<sup>28</sup>.

Onder "uitspraak doen naar billijkheid" moet worden verstaan "een niet-willekeurige maar evenwichtige manier van oordelen waarbij rekening wordt gehouden met de belangen van alle betrokken partijen en met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betamelijk en aanvaardbaar wordt geacht"<sup>29</sup>; kortom "een rechtvaardig oordeel in een concreet geval waarbij het van essentieel belang is dat alle bijzondere omstandigheden van de situatie in aanmerking worden genomen"<sup>30</sup>. En dit is nu ook van cruciaal belang bij de toepassing van de wet waarbij al te gemakkelijk uit het oog wordt verloren (i) dat de inschrijving van de billijkheid in de Wet precies verband houdt met de onmogelijkheid "[...] de formuler une règle permettant d'arrêter un délai adéquat pour chaque cas d'espèce"<sup>31</sup> en (ii) dat "[...] Les auteurs de la proposition de loi entendent [...] assurer une protection légale au concessionnaire sans nuire pour autant le moins du monde aux intérêts légitimes du concédant"<sup>32</sup>. De in con-

<sup>20</sup> Art. 7 van het Decreet van 2-17 maart 1791 tot afschaffing van het gildenwezen. Als volgt bevestigd door Cass. 25 mei 1840, *Pas.* 1839-40, I, 392: "Il est dans l'esprit de la Constitution belge de garantir le libre exercice (du commerce et de l'industrie) comme il garantit la sûreté de la propriété, sous les modifications établies par les lois sur le même pied que cette liberté se trouve établie par l'art. 7 de la loi des 2-17 mars 1791".

<sup>21</sup> T. DELAHAYE, *o.c.*, p. 121, nr. 101. Zie tevens L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, p. 814, nr. 629. Zie Cass. 22 november 1973, *Pas.* 1974, I, 312; zie tevens Cass. 31 oktober 1975, *Arr. Cass.* 1976, 287, zoals gehandhaafd door Cass. 30 september 1991, *J.T.T.* 1991, 479-480.

<sup>22</sup> T. DELAHAYE, *o.c.*, nr. 104, p. 125 en nr. 192, p. 229. Voor een recente analyse van de rechtspraak ter zake, zie F. GLANSDORFF en C. DALCO, "Du pouvoir d'intervention du juge en cas de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée", in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Brussel, Bruylant, 2000, p. 73-75, nr. 2. Zie tevens Cass. 24 april 1998, *T.B.H.* 1999, (256), 258 met noot P. KILESTE en Cass. 4 december 2003, onuitg.

<sup>23</sup> T. DELAHAYE, *o.c.*, nr. 104, p. 125. Zie J. BILLIET, "De opzeggingbrief en misbruik van opzeggingrecht", *DAOR* 1991, nr. 18, 92-93. Zie tevens N. THIRION en A. BENOÎT-MOURY, "Les concessions de vente en droit belge", in *Les contrats de distribution commerciale en droit belge et français*, Brussel, Larcier, 1996, p. 186-187. Zie nog Antwerpen 28 oktober 1996, *A.J.T.* 1996-97, 531 met bibliografische noot R. PASCARIELLO en Gent 11 september 2002, *RABG* 2003, 663 met noot B. VEECKMANS.

<sup>24</sup> T. DELAHAYE, *o.c.*, nr. 115, p. 139. Zie Brussel 8 februari 2001, *T.B.H.* 2003, 500 *juncto* Cass. 15 maart 2002, *J.T.* 2002, 814 en Cass. 17 mei 2002, *Rev. not. b.* 2003, p. 86 met noot J.S.

<sup>25</sup> T. DELAHAYE, *o.c.*, nr. 104 (p. 125), nr. 115 (p. 139), nr. 189 (p. 227).

<sup>26</sup> T. DELAHAYE, *o.c.*, p. 156, nr. 135.

<sup>27</sup> Zie bijvoorbeeld Gent 15 november 2000, *T.B.H.* 2003, p. 501.

<sup>28</sup> Art. 2 van de Wet.

<sup>29</sup> K. DAELE, *o.c.*, p. 223, nr. 2.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> Proposition de loi sur les concessions de vente exclusive, avis de la section de législation du Conseil d'État, *Doc. parl. Sénat, Pasin.* 1961, p. 637.

<sup>32</sup> Proposition de loi sur les concessions de vente exclusive, rapport fait au nom de la Commission des classes moyennes, *Doc. parl. Sénat, Pasin.* 1961, p. 632. Vgl. met Brussel (8<sup>e</sup> Kamer) 24 oktober 2000, onuitg. A.R. nr. 443/93. Vgl. tevens met Antwerpen 19 september 2002, *T.B.H.* 2003, p. 535. Zie tevens A. DE SCHOUTHEETE, "Détermination in concreto ou in abstracto de l'indemnité de rupture visée à l'article 2 de la loi du 27 juillet 1961", *T.B.H.* 2003, (537), 542 terecht stellend dat "[...] l'équité invite à tenir compte des intérêts des deux parties en présence, et, notamment de ceux de la partie qui résilie, permettant ainsi, là où c'est nécessaire, de tempérer la rigueur des principes". Zie tevens Kh. Brussel 13 maart 2003, onuitg., A.R. 01/2998, p. 5 met verwijzing naar Kh. Brussel 16 juni 1998, onuitg., A.R. 97/4665. Vgl. niettemin met M. CALUWAERTS, "La détermination des indemnités en cas de rupture unilatérale d'une concession de vente", *C.F.P.* 2003, (445), 452-453 die op grond van het imperatief karakter van de wet pleit voor "une attention privilégiée" voor de belangen van de concessiehouder ten opzichte van de belangen van de concessiegever. Deze stelling kent aldus meer gevolgen toe aan het imperatief karakter van een wet dan deze beoogt te hebben, nl. ervoor zorgen dat de zwakkere partij niet nog voor het ontstaan van zijn rechten verzaakt aan die rechten. Hieruit een hiërarchie in betrokken belangen willen afleiden, lijkt ons evenwel duidelijk een stap te ver die de vereiste uitspraak naar billijkheid precies in de weg staat.

creto rationale beoordeling is dus met zoveel woorden en niet mis te verstaan ingeschreven in de Wet zelf<sup>33</sup>.

En toch achtte lange tijd een *quasi*-unanieme rechtspraak en rechtsleer de opzeggingstermijn slechts redelijk wanneer hij de beëindigde partij toeliet om een “*equivalente/gelijkwaardige*” concessie te vinden<sup>34</sup>. Stilaan begint men evenwel in te zien dat door de redelijke opzeggingstermijn zo in te vullen, de Wet zijn doel voorbijschiet. Men dreigt de concessiehouder immers *contra legem*, en meer in het bijzonder tegen de daarin ingeschreven billijkheid in, te beschermen tegen de inherente risico’s van het handel drijven. Er wordt aldus immers mede bescherming geboden tegen het risico dat een contract van onbepaalde duur wordt beëindigd en tegen het risico dat dit verminderde inkomsten met zich brengt als gevolg van het feit dat de nieuwe, vervangende handelsactiviteit mogelijk niet van bij de start haar inherente rendement zal halen<sup>35</sup>. Bovendien dreigt men met de klassieke invulling aan de beëindigende partij het prijskaartje te presenteren van een eventueel falen (bv. ingevolge een verkeerde commerciële strategie) van de beëindigde partij.

Pas recent lijkt een deel van de rechtspraak inderdaad en eindelijk de weg naar een billijke invulling van de redelijke opzeggingstermijn te zijn ingeslaan door de opzeggingstermijn redelijk te achten van zodra “*die [...] voldoende tijd gaf om [...] verplichtingen ten aanzien van derden na te leven en om maatregelen te nemen noodzakelijk met het oog op de aanpassing of de eventuele progressieve vermindering van [...] activiteiten*”<sup>36</sup>. Vooral in Brussel lijkt de volgende abstracte invulling van de redelijke opzeggingstermijn na bevestiging door verschillende, zowel Nederlands- als Franstalige kamers van het hof van beroep, inmiddels meer ingang te vinden:

*“[...] Le concédant n’est pas tenu de réparer intégralement le préjudice que la rupture des relations contractuelles a effectivement causé au concessionnaire et donc de replacer celui-ci dans la situation exacte où il se serait trouvé sans la résiliation. Ce préavis doit être fixé en équité.*”

*Le législateur n’a pas voulu garantir au concessionnaire le droit de rester concessionnaire ‘à vie’ dès lors qu’il avait con-*

*clu un premier contrat de concession avec un tiers. Ce qu’il a voulu lui assurer, c’est la disposition du temps nécessaire à la réorientation de ses activités afin que la résiliation de la concession n’entraîne pas sa ruine.*

*Dès lors, afin de satisfaire au but de la loi, le préavis raisonnable doit permettre au concessionnaire d’exécuter les obligations qu’il a contractées envers les tiers et de se procurer une source de revenus nets équivalente à celle qu’il a perdue, le cas échéant moyennant reconversion totale ou partielle de ses activités. Le préavis doit, au minimum, laisser au concessionnaire le temps de supprimer certains frais fixes ou de retrouver une source de revenus couvrant les frais incompressibles.*

*Dans certains cas évidemment, la conclusion d’un nouveau contrat de concession constituera la meilleure solution de reconversion pour le concessionnaire évincé. La possibilité de conclure un nouveau contrat de concession devra dès lors être envisagée, parmi d’autres éléments, pour apprécier un délai de préavis à accorder en équité au concessionnaire...”<sup>37</sup>.*

De verplicht restrictieve interpretatie van de Wet en de door de Wet beoogde “billijkheid” indachtig, moet deze geleidelijke kentering in de rechtspraak absoluut worden toegejuicht<sup>38</sup>.

Nog anders verwoord, komt het ons inziens aan de beëindigde partij toe om aan te tonen dat de verleende opzeggingstermijn haar redelijkerwijze niet heeft toegelaten om haar handelsactiviteiten in die zin te reorganiseren dat de verplichtingen ten aanzien van derden konden worden nageleefd en dat maatregelen konden worden genomen met het oog op het neutraliseren van de lasten verbonden aan de beëindigde handelsrelatie en dit via kostendrukking en/of verwerving van nieuwe en/of uitbreiding van bestaande omzetbronnen die hebben toegelaten bepaalde kosten te gebruiken voor de ontwikkeling van de nieuwe of overblijvende activiteiten. Wanneer de rechter van oordeel is dat een dergelijk bewijs niet voorligt, kan hij, naar billijkheid uitspraak doend, niet anders dan de verleende opzeggingstermijn als redelijk beschouwen.

Dat de rechter ter zake slechts uitspraak doet – al dan niet via

<sup>33</sup>. Zie ook A. DE SCHOUTHEETE, *o.c.*, (537), 539.

<sup>34</sup>. Zie bijvoorbeeld M. WILLEMART, *Les concessions de vente en Belgique*, Brussel, E. Story-Scientia, 1988, n° 62, p. 55.

<sup>35</sup>. Zie reeds Brussel 20 april 1988, *R.W.* 1988-89, 196. Zie ook reeds G. BOGAERT en Y. VAN COUTER, *o.c.*, p. 225, nr. 71. Vgl. met Antwerpen 19 september 2002, *T.B.H.* 2003, p. 535.

<sup>36</sup>. Kh. Brussel 2 mei 1995, onuitg., aangehaald door K. DAELE, *o.c.*, p. 225 en zoals trouwens bevestigd door Brussel (5° Kamer), 1 april 1998, onuitg., A.R. 1846/1995, aangehaald door P. KILESTE en P. HOLLANDER, *o.c.*, *T.B.H.* 2003, nr. 61, p. 427.

<sup>37</sup>. Brussel (9° Kamer), 21 maart 2003, A.R. n° 2002/AR/886, onuitg. Vgl. met Brussel (9° Kamer), 22 november 2001, *J.T.* 2002, p. 242; Brussel (9° Kamer), 29 juni 2001, onuitg., 1998/AR/3391; Brussel (9° Kamer) 14 april 2000, onuitg., A.R. nr. 703/96; Brussel (5° Kamer), 1 april 1998, onuitg., A.R. nr. 1846/1995; Kh. Brussel 13 maart 2003, onuitg., A.R. 01/2998, p. 5 en Kh. Brussel 21 maart 2002, onuitg., A.R. nr. 01584/01. Vgl. met Brussel (8° Kamer), 25 februari 2003, onuitg., A.R. nr. 2000/AR/854 waar het hof iets minder vergaand stelt dat de redelijke opzeggingstermijn “*moet [...] toelaten een nieuwe concessie te vinden waarvan de voordelen gelijkwaardig zijn, of haar verplichtingen ten aanzien van derden na te komen en een bron van inkomsten te verwerven die overeenstemt met deze die zij heeft verloren, eventueel na een totale of gedeeltelijke reconversie van haar activiteit*”.

<sup>38</sup>. Vgl. met G. BOGAERT en Y. VAN COUTER, *o.c.*, p. 209, nr. 11 waar reeds werd gesteld dat onder de door de redelijke opzeggingstermijn te vermijden schade “*nochtans niet de verminderde inkomsten of het verlies, veroorzaakt door het feit dat de nieuwe concessie niet van bij de start haar inherente rendement zal halen, [diene] te worden begrepen*”, met verwijzing naar Brussel 20 april 1988, *R.W.* 1988-89, 196. *Contra* nochtans P. KILESTE en P. HOLLANDER, *o.c.*, *T.B.H.* 2003, nr. 64, p. 428.

het gelasten van een deskundigenonderzoek – na een zicht te hebben gekregen (i) op de werkelijke kostenstructuur, (ii) op de impact van het verlies van de concessieovereenkomst op de kostenstructuur en op de mogelijkheden tot aanpassing ervan, (iii) op de impact van het vinden van een nieuwe handelsactiviteit dan wel van de uitbreiding van de bestaande handelsactiviteit op die kostenstructuur en/of (iv) op de marktopportunities en de door de beëindigde partij ter zake al dan niet geleverde inspanningen, getuigt opnieuw van een toe te juichen rationele invulling van de wettelijk vereiste billijkheid<sup>39</sup>.

Mede rekening houdend met het cassatiearrest van 16 mei 2003, weten we ons dan ook bevestigd en gesterkt in onze stelling dat de door de rechter theoretisch *in abstracto* te bepalen redelijke opzeggingstermijn de *in concreto* noodzakelijk gebleken opzeggingstermijn niet zal mogen overschrijden<sup>40</sup>. Daarentegen zal de rechter, aan de hand van alle concrete omstandigheden, de *in abstracto* door hem bepaalde kortere opzeggingstermijn dienen te weerhouden, wanneer hij – rekening houdend met alle omstandigheden – van oordeel is dat de beëindigde partij redelijkerwijze eerder de lasten verbonden aan de beëindigde handelsrelatie via

kostendrukking en/of verwerving van nieuwe en/of uitbreiding van bestaande omzetbronnen had kunnen neutraliseren<sup>41</sup>.

Zoniet riskeert de rechter zijn uitspraak immers niet naar recht (lees *in casu* naar billijkheid) in de zin van artikel 2 van de Wet te verantwoorden<sup>42</sup>. Wanneer de rechter *in abstracto* een opzeggingstermijn weerhoudt die de *in concreto* noodzakelijk gebleken opzeggingstermijn overtreft, komt dit inderdaad neer op een negatie van de rechtmatige belangen van de beëindigende partij en veroorzaakt hij in feite een ongerechtvaardigde verrijking in hoofde van de beëindigde partij<sup>43</sup>.

**11.** De wettelijke verplichtingen tot het geven van een redelijke opzeggingstermijn of van een billijke vergoeding moeten geacht worden deel uit te maken van het contract<sup>44</sup> en zijn dus contractuele verbintenissen waarvan de schending zowel een contractuele als een extracontractuele fout (d.i. de schending van een, zelfs imperatieve, wetsbepaling) oplevert<sup>45</sup>, en dus aansprakelijkheid en recht op de vergoeding van alle als gevolg geleden, vaststaande (en voorzienbare) schade<sup>46</sup>.

<sup>39</sup>. Zie in dezelfde zin A. DE SCHOUTHEETE, *o.c.*, (537), 542. Vgl. met Bergen 12 oktober 1998, onuitg. waar het hof de concessiehouder uitnodigt te preciseren of en desgevallend binnen welke termijn hij een nieuwe concessie heeft kunnen vinden, overwegend “*que le juge doit pouvoir, dans le cadre de son appréciation en équité, tenir compte d’éléments postérieurs à la rupture, afin d’éviter qu’un excès d’abstraction juridique aboutisse à une décision inéquitable*”. Vgl. met B. MAES, “Recente ontwikkelingen inzake alleenverkoopconcessie en franchising”, in *Liber Amicorum Paul De Vroede*, II, Kluwer, 1994, p. 1027, nr. 1.4.6. Vgl. tevens met I. VEROUGSTRATE, “Quelques aspects du contrat de concession exclusive de vente et du franchising”, in *Les intermédiaires commerciaux*, Éd. du Jeune Barreau, 1990, p. 170, nr. 36. *Contra* nochtans P. KILESTE en P. HOLLANDER, *o.c.*, T.B.H. 2003, nr. 83, p. 436 die van oordeel zijn dat “[...] ces décisions préconisent une véritable investigation des événements postérieurs à la résiliation”. Dit lijkt deze auteurs onverzoenbaar met het arrest van het Hof van Cassatie van 25 maart 1976 volgens hetwelke “*le droit à indemnisation pouvant résulter de la rupture unilatérale d’une convention naît et se détermine dès la notification de la volonté de rupture par l’une des parties [...]*”. Tevens contra blijkbaar sommige leden van de redactie van het Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht die van oordeel zijn dat “*indien de rechter bij de bepaling van de redelijke termijn elementen van na de beëindiging in de beoordeling betreft, [hij] de positie van de partijen [wijzigt], wat hij niet mag*” (zie Noot van de redactie onder A. DE SCHOUTHEETE, *o.c.*, T.B.H. 2003, (537), 542-543), een stelling die minstens impliciet werd gevolgd door de 8<sup>e</sup> Kamer van het Hof van Beroep te Brussel in haar overwegingen dat “[*d]e opzeggingstermijn redelijk is wanneer, op het ogenblik van de opzegging, voorzienbaar is dat de concessiehouder na afloop van de overeenkomst een gelijkwaardige bron van inkomsten kan hebben gevonden. Dit hoeft niet noodzakelijk een nieuwe concessie van hetzelfde of een gelijkaardig contractproduct te zijn. [...] dat het recht op een opzeggingstermijn [...] ontstaat op het ogenblik van de opzegging, waaruit volgt dat latere feiten of gebeurtenissen [de opzeggingstermijn] niet mogen verminderen*” (zie Brussel 1 april 2003, T.B.H. 2004, 569 juncto Brussel 7 mei 2003, T.B.H. 2004, 582; zie in dezelfde zin ook reeds Brussel 25 februari 2003, onuitg., A.R. nr. 2000/AR/854 waar volgens het hof “*de omstandigheid dat appellante nadien een nieuwe exclusieve concessie zou hebben gevonden met concurrerende producten niet op zich in aanmerking [kan] worden genomen om de haar toekomende opzeggingstermijn te herleiden*”). Deze *contra*-stellingen hechten evenwel enerzijds – en zoals overtuigend aangetoond door DE SCHOUTHEETE aan de hand van de concrete context van het cassatiearrest van 25 maart 1976 – een overdreven belang aan de woorden van het hof dat “[...] het recht op vergoeding [...] ontstaat en [wordt] bepaald vanaf de kennisgeving van de wil tot verbreking [...] [eigen benadrukking]”. Het betrokken motief kan ons inziens hoe dan ook niet worden gehandhaafd na het cassatiearrest van 16 mei 2003. Anderzijds maken zij ons inziens volkomen ten onrechte abstractie van de in art. 2 van de Wet ingeschreven billijkheid en verliezen zij bovendien uit het oog dat de schade, die de verbintenis tot het geven van een redelijke opzeggingstermijn minstens deels beoogt te vermijden, aan wijzigingen onderhevig is en dus “*een dynamisch element [is] waarmee rekening moet worden gehouden – wat niet gebeurt als men de benadeelde terugbrengt naar zijn toestand vóór de tussenkomst van de onrechtmatige daad*” (zie ter zake D. SIMOENS, “Buitencontractuele aansprakelijkheid. Deel II. Schade en schadeloosstelling”, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Vol. XI, Antwerpen, Kluwer, 1999, p. 21) (zie ook *infra*, onder randnummer [12]).

<sup>40</sup>. Zie in die zin reeds G. BOGAERT en Y. VAN COUTER, *o.c.*, p. 225-226, nr. 73.

<sup>41</sup>. *Ibid.*, p. 226.

<sup>42</sup>. Vgl. met A. DE SCHOUTHEETE, *o.c.*, (537), 542 volkomen terecht besluitend “*que la quantification du préavis ‘raisonnable’ [...] doit en dernière analyse s’effectuer in concreto, en tenant compte de l’ensemble des circonstances propres à l’espèce, en ce compris les événements postérieurs à la rupture et qui sont en rapport avec la faute ou le dommage. Cette approche, que l’on peut éventuellement qualifier ‘d’indemnitaire’ [...] justifie que l’appréciation des parties, puis celle du juge, cerne la réalité au plus près*”.

<sup>43</sup>. Zie in die zin reeds G. BRICMONT, *o.c.*, p. 59 en de correcte toepassing van diens stelling in Kh. Verviers 31 mei 1976, A.R. 268/75, onuitg.: “*Lui accorder une indemnité supérieure reviendrait à appauvrir injustement le concédant, alors que l’équité commande de respecter également les intérêts de ce dernier qui n’a fait qu’user de son droit en résiliant le contrat*”.

<sup>44</sup>. T. DELAHAYE, *o.c.*, nr. 119, p. 145.

<sup>45</sup>. Vgl. met A. DE SCHOUTHEETE, *o.c.*, (537), 541 en meer in het bijzonder met diens vaststelling dat “[*d]ès lors que l’on érige le paiement de la juste indemnité en sanction de l’absence ou de l’insuffisance du préavis, cela signifie que celles – ci constituent un manquement, cause d’un dommage*”.

<sup>46</sup>. Zie T. DELAHAYE, *o.c.*, nr. 147, p. 164. Zie tevens G. BOGAERT en Y. VAN COUTER, *o.c.*, p. 211-212, nr. 19 en E. MONARD, *o.c.*, p. 147, nr. 3.

Rekening houdend met haar subsidiair karakter<sup>47</sup>, kan de billijke vergoeding de hoofdverbintenis tot het toekennen van een opzeggingstermijn immers enkel vervangen wanneer de concessiegever zijn hoofdverbintenis “slecht” uitvoert, doordat hij geen of een ontoereikende opzeggingstermijn geeft<sup>48</sup>. De keuze van de concessiegever is dus beperkt tot het goed of slecht uitvoeren van zijn hoofdverbintenis<sup>49</sup>.

De enige correcte gevolgtrekking hieruit is dat het niet geven van een opzeggingstermijn of het geven van een ontoereikende termijn, neerkomt op het begaan van een fout waarvan de schade wordt opgevangen door een door de Wet voorziene vergoeding, die beoogt “het verlies [te vergoeden] dat [de beëindigde partij], bij ontstentenis van een redelijke opzeggingstermijn, [lijdt]”<sup>50</sup>. Het betreft dus wel degelijk “een schadevergoeding die niets anders is en kan zijn dan de uitvoering in equivalent van de opzeggingstermijn die had moeten worden toegekend...”<sup>51</sup>. Het Hof van Cassatie had dit trouwens voordien ook reeds meer dan expliciet bevestigd met de stelling dat “de schuldvordering van [de beëindigde partij] geen numerieke geldsom tot voorwerp heeft maar wel een door de rechter te schatten vergoeding voor de door hem geleden schade en dat die schade volledig vergoed moet worden, [zodat het Hof van Beroep] door de gehele schade van de verweerders op billijke wijze te vergoeden [door middel van indexering ingevolgd de daling van de koopkracht

van de munt sinds de beëindiging van de concessieovereenkomst] [artikel 2 van de wet] helemaal niet schendt doch juist toepast”<sup>52</sup>. Dit puur schadevergoedend karakter van de billijke vergoeding strookt trouwens volkomen met het advies van de Raad van State ter zake: “(...) *La proposition de loi est muette au sujet de l’indemnité qui sera due lorsqu’il n’a pas été donné de préavis ou lorsque le préavis donné est insuffisant. À la rigueur une telle précision est superflue, l’observation d’une obligation légale étant sanctionnée par le paiement d’une indemnité due pour le dommage qui en résulte*”<sup>53</sup>.

Bijgevolg dient de bepaling van de billijke vergoeding in de zin van artikel 2 van de Wet ontegensprekelijk te gebeuren met toepassing van alle principes van het gemeen aansprakelijkheidsrecht<sup>54</sup>. Men heeft aldus steeds te maken met een waardeschuld, waarvan de waarde door de rechter moet worden begroot in zijn uitspraak<sup>55</sup>.

**12.** De regel bij het berekenen van elke schadevergoeding is dat zij “*én volledig, en juist passend*” moet zijn, wat dan weer neerkomt op vergoeding van “*geheel de schade, niets dan de schade*” waaruit ook “*geheel logisch [volgt] dat de vergoeding voor elk schadegeval afzonderlijk in concreto moet worden bepaald*”<sup>56</sup>. Een schadevergoeding heeft immers als enig doel het geheel of gedeeltelijk verlies van

47. T. DELAHAYE, o.c., nr. 143, p. 161; zie ook M. WILLEMART, *Les concessions de vente en Belgique*, Brussel, E. Story-Scientia, 1988, nr. 60: “...*le préavis est la règle et... l’indemnité n’est due qu’en remplacement de l’obligation contractuelle inexécutée ou insuffisamment exécutée de donner un préavis raisonnable*”. Zie in dezelfde zin I. VEROUSTRATE, o.c., nr. 36, en meer in het bijzonder voetnoot 75.

48. Kh. Brussel 21 april 1988, A.R. 7845/85, onuitg.: “... *le juge ne peut que condamner au paiement d’une indemnité l’auteur de la rupture si celui-ci n’a pas respecté l’obligation d’accorder un préavis suffisant; que l’obligation de payer l’indemnité est compensatoire de celle mal exécutée de donner un préavis raisonnable*” (eigen benadrukking). Vgl. met Cass. 6 april 1978, *J.T.* 1978, p. 618 en Cass. 28 juni 1979, *J.T.* 1979, p. 625. Zie tevens A. BENOÎT-MOURY en D. MATRAY, “Les concessions exclusives de vente. Préavis et indemnités de rupture”, *Ann. Fac. dr. Liège* 1980, p. 134: “*deux arrêts de Cour d’appel précisent que l’obligation de payer une indemnité est une obligation compensatoire de celle, inexécutée ou mal exécutée, de donner un préavis raisonnable. La Cour de cassation confirme cette théorie*” (zie in het bijzonder de daar aangehaalde rechtspraak).

49. Zie in die zin reeds G. BOGAERT en Y. VAN COUTER, o.c., p. 211, nr. 18.

50. Cass. 4 december 2003, onuitg. Vgl. met Cass. 24 april 1998, *T.B.H.* 1999, p. 256 met noot P. KILESTE, *Arr. Cass.* 1998, 466 en meer in het bijzonder met de overweging dat “*een redelijke opzeggingstermijn de regel is, en dat slechts bij ontstentenis van een dergelijke opzeggingstermijn een vergoeding moet worden toegekend voor het verlies van de voordelen van de opzegging en die vergoeding berekend moet worden op grond van die voordelen*”. Zie tevens reeds Cass. 19 januari 1984, *R.W.* 1984-85, (1363), 1367.

51. Brussel 2 november 1990, in *Distributierecht (1987-1992)*, p. 200, geannoteerd. Zie tevens Antwerpen 4 februari 1987, A.R. 2359/83, onuitg. en Antwerpen, 13 november 1990, A.R. 760/87, onuitg., waar telkens expliciet de term schadevergoeding wordt gebruikt. Vgl. meer recent nog met Bergen 12 oktober 1998, A.R. 1997/690, onuitg. en Luik 17 maart 1998, *T.B.H.* 1999, (272), 276 en met Brussel 23 september 1999, *DAOR* 2000, 55 waar het hof, duidelijk het schadevergoedend karakter van de billijke vergoeding indachtig, besluit dat dergelijke vergoeding niet kan verschuldigd zijn wanneer de aanspraak makende partij “*dans sa propre présentation des faits de la cause, elle n’avait absolument rien à gagner d’une poursuite de ses relations contractuelles [...]*”. Zie zeer recent ook nog Brussel (9<sup>e</sup> Kamer), 6 mei 2004, A.R. 2003/1631, onuitg., r.o. 6.

52. Cass. 11 mei 1989, *R.W.* 1988-89, (327), 328-329. Relatief recent nog toegepast door Bergen 16 januari 1997, *T.B.H.* 1998, (243), 247 met de overweging dat “*la créance du concessionnaire ne porte pas sur une somme numérique mais sur une prestation à évaluer par le juge, destinée à réparer le préjudice qu’il a subi; que la réparation de ce préjudice doit être intégrale*”.

53. Proposition de loi sur les concessions de vente exclusive, avis de la section de législation du Conseil d’État, *Doc. parl. Sénat, Pasin.* 1961, p. 637. Vgl. trouwens met het “Rapport fait au nom des commissions réunies des classes moyennes et des affaires économiques”, *Doc. parl. Chambre*, nr. 344/6, *Pasin.* 1971, p. 625 en 627.

54. Zie in die zin reeds G. BOGAERT en Y. VAN COUTER, o.c., p. 216 e.v., nrs. 35 e.v. Zie tevens A. DE SCHOUTHEETE, o.c., p. 541-542. Zie in dezelfde zin nog E. MONARD, o.c., p. 151, nr. 8 al trekt deze auteur, ons inziens ten onrechte (zie *infra*), in twijfel dat het vinden van een nieuwe handelsactiviteit na de beëindiging van de concessieovereenkomst in verband kan staan met de door de beëindiging met een onredelijke opzeggingstermijn veroorzaakte schade.

55. Zie inzake aquiliaanse aansprakelijkheid reeds Cass. 26 februari 1931, *Pas.* 1931, I, 94 zoals bevestigd door Cass. 1 juni 1976, *Arr. Cass.* 1976, 1086 en Cass. 20 juni 1977, *Arr. Cass.* 1977, 1082. Vgl. inzake contractuele aansprakelijkheid met Cass. 27 juni 1974, *Arr. Cass.* 1974, 1222, zoals, en trouwens in de toepassingsfeer van art. 2 van de Wet, bevestigd door Cass. 11 mei 1989, *R.W.* 1988-89, (327), 328-329.

56. Zie D. SIMOENS, o.c., p. 22-23 met verwijzing naar Cass. 13 april 1995, *Arr. Cass.* 1995, 409; een arrest waaruit CORNELIS en VUILLARD volkomen terecht het volgende besluiten: “*Il est interdit de recourir à une appréciation forfaitaire et/ou abstraite de [la situation actuelle de la victime]*” (zie L. CORNELIS en Y. VUILLARD, “Le dommage”, in *Responsabilités – Traité théorique et pratique*, J.-L. FAGNART e.a. (ed.), Brussel, Kluwer, Dossier 10, 30 september 2000, p. 11, nr. 14). Zie in die zin ook reeds E. DIRIX, *Het begrip schade*, Antwerpen, Ced.Samsom, 1984, p. 28, nr. 23 en J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, I, *A.P.R.*, Gent, E. Story-Scientia, 1984, p. 270-271, nrs. 374-375.

een rechtmatig belang te compenseren<sup>57</sup>. Een schadevergoeding dient bijgevolg niet begroot te worden op het moment van het ontstaan van de schade maar wel naar het tijdstip toe dat dit van het effectieve herstel zo dicht mogelijk benadert<sup>58</sup>. Dit betekent in de praktijk dat de rechter moet begroten naar het tijdstip van zijn uitspraak toe, omdat dit moment normalerwijze het dichtst bij het effectieve schadeherstel ligt waardoor meteen de garantie wordt geboden dat de schade zo volledig mogelijk wordt vergoed<sup>59</sup>.

Het principe, dat een schade in haar bestanddelen zoveel mogelijk dient te worden vastgesteld naar het tijdstip van de uitspraak toe, geldt zowel voor de rechter in eerste aanleg als voor de rechter die in graad van beroep uitspraak doet<sup>60</sup>. Beide rechters zullen bijgevolg ook rekening moeten houden met alle latere gebeurtenissen die van aard zijn om de veroorzaakte schade te beïnvloeden<sup>61</sup>, zelfs al zijn die latere gebeurtenissen vreemd aan de fout<sup>62</sup>. De feitenrechter zal zich aldus samengevat steeds moeten plaatsen op het ogenblik van zijn uitspraak en “*dans l’appréciation (de l’existence) du dommage, [...] [prendre] en considération toutes les circonstances d’espèce, intervenues depuis [la faute] et*

*susceptibles d’avoir une incidence sur l’existence et l’importance du dommage*”<sup>63</sup>.

**13.** Het Hof van Cassatie is bijgevolg logischerwijze van oordeel dat “*de uit een blijvende [arbeids]ongeschiktheid voortvloeiende schade, in geval van overlijden van de benadeelde, niet meer mag worden geraamd op grond van de waarschijnlijke overlevingsduur maar berekend moet worden op grond van de datum van het overlijden, aangezien de toepassing van de waarschijnlijkheid alleen gerechtvaardigd is bij gebrek aan zekerheid [eigen benadrukking]*”<sup>64</sup>.

Of anders gesteld: wanneer de schadevergoeding *in concreto* kan worden begroot, mag men niet vasthouden aan de *in abstracto*-begroting maar moet men noch meer noch minder dan de werkelijk geleden schade vergoeden<sup>65</sup>. Bijgevolg zal men zonder schade ook geen recht op een schadevergoeding<sup>66</sup>, en dus evenmin op de billijke vergoeding in de zin van artikel 2 van de Wet, kunnen laten gelden<sup>67</sup>.

Zoniet dreigt een rechterlijke beslissing precies “*onbillijk*” te worden “[aangezien] met bepaalde omstandigheden van de zaak geen rekening is gehouden, [aangezien] men slechts

<sup>57.</sup> Zie de definitie van “schade” als “belangenkrenking” reeds in Cass. 16 januari 1939, *Pas.* 1939, I, 25. Sindsdien gestadig bevestigd in o.m. Cass. 4 maart 1975, *Arr. Cass.* 1975, p. 753. Eigenlijk doet het er weinig toe of er sprake is van een “belangenkrenking” dan wel van de schending van een subjectief recht; tot het bestaan van een schade moet immers worden besloten “*pour autant que l’on puisse constater in concreto l’existence d’une différence négative entre la situation actuelle de la victime (au moment où le juge doit se prononcer sur l’obligation de la réparation) et celle qui aurait été la sienne en l’absence du fait dommageable [...]*” (zie L. CORNELIS en Y. VUILLARD, *o.c.*, p. 6, nr. 6).

<sup>58.</sup> De schade is inderdaad niet noodzakelijk definitief in haar omvang bij haar ontstaan. Schade en schadeloosstelling zijn immers dynamische gegevens “*waarmee rekening moet worden gehouden – wat niet gebeurt als men de benadeelde terugbrengt naar zijn toestand vóór de tussenkomst van de onrechtmatige daad*” (zie D. SIMOENS, *o.c.*, p. 21).

<sup>59.</sup> Dit principe werd reeds vastgelegd door Cass. 27 juni 1974, *Arr. Cass.* 1974, 1, p. 1128 (inzake contractuele schade) en door Cass. 19 maart 1980, *R.W.* 1980-81, p. 2322 (inzake extracontractuele schade). Zie tevens Cass. 20 september 1979, *Arr. Cass.* 1979-80, p. 73 en *R.C.J.B.* 1982 met noot F. MAUSSON; meer recent nog bevestigd door Cass. 30 januari 2004 (JC041U1\_1), [www.juridat.be](http://www.juridat.be) (inzake contractuele schade), Cass. 2 mei 2001 (RC01521\_2), [www.juridat.be](http://www.juridat.be) en Cass. 13 september 2000, *Arr. Cass.* 2000, p. 1346-1350 (inzake extracontractuele schade).

<sup>60.</sup> De devolutive kracht van het hoger beroep verplicht de appèlrechter immers om kennis te nemen van de omstandigheden die zich na de uitspraak van het beroepen vonnis hebben voorgedaan en die door een van de partijen worden aangevoerd (Cass. 7 februari 1987, *Arr. Cass.* 1985-86, 793). Zie tevens D. SIMOENS, *o.c.*, p. 73 en meer in het bijzonder de uitvoerige cassatierechtspraak waarnaar deze auteur verwijst in voetnoot 25.

<sup>61.</sup> Zie conclusie van de advocaat-generaal J. Spreutels voorafgaand aan Cass. 13 september 2000, *Arr. Cass.* 2000, p. 1351, nr. 9. Zie tevens Cass. 2 mei 2001, [http://www.juridat.be/cgi\\_juris](http://www.juridat.be/cgi_juris), nr. RC01521\_2. Vgl. met Cass. 16 mei 2003, *DAOR* 2003/65, p. 33.

<sup>62.</sup> Zie opnieuw conclusie van de advocaat-generaal J. Spreutels voorafgaand aan Cass. 13 september 2000, *Arr. Cass.* 2000, p. 1351, nr. 9 en Cass. 2 mei 2001, [http://www.juridat.be/cgi\\_juris](http://www.juridat.be/cgi_juris), nr. RC01521\_2. Zie tevens Cass. 27 januari 1994, *R.W.* 1995-96, 149, [http://www.juridat.be/cgi\\_juris](http://www.juridat.be/cgi_juris), nr. RC941R2\_1 en Cass. 14 december 1993, [http://www.juridat.be/cgi\\_juris](http://www.juridat.be/cgi_juris), nr. RC93CE2\_1.

<sup>63.</sup> Zie L. CORNELIS en Y. VUILLARD, *o.c.*, p. 10, nr. 13.

<sup>64.</sup> Cass. 2 mei 2001, [http://www.juridat.be/cgi\\_juris](http://www.juridat.be/cgi_juris), nr. RC01521\_2. Vgl. met Cass. 14 december 1993, *R.W.* 1995-96, 337.

<sup>65.</sup> Zie Cass. 27 januari 1994, *R.W.* 1995-96, p. 149-150 met de niet mis te verstane overweging dat “*de vergoeding van de door een fout [...] veroorzaakte schade enkel tot gevolg heeft dat de schadelijder zich weer in de toestand bevindt waarin hij zich zonder die fout [...] zou bevonden hebben [eigen benadrukking]*”.

<sup>66.</sup> Art. 1382 B.W. staat inderdaad niet toe “*dat de schadeloosstelling de schade zou overtreffen, aangezien hierdoor ten voordele van het slachtoffer een vermogensverschuiving zonder oorzaak zou plaatshebben*” (zie D. SIMOENS, *o.c.*, p. 22). Hetzelfde principe geldt voor art. 1149 B.W. inzake contractuele aansprakelijkheid waar “[i]l est admis en effet que [...] les dommages et intérêts dus au créancier sont [...] égaux à la perte qu’il a faite et au gain dont il a été privé et qu’ils doivent permettre de replacer le patrimoine du créancier dans la même situation que si la perte résultant de l’inexécution n’avait pas eu lieu. Le principe est donc bien celui de la réparation intégrale et in concreto du dommage” (zie B. DUBUISSON, “Questions choisies en droit de la responsabilité contractuelle”, in *La théorie générale des obligations*, Luik, Formation Permanente CUP, 1998, (95), 130 en de daar in voetnoot 148 aangehaalde rechtspraak). Bijgevolg wordt, zowel in het contractueel als het extracontractueel aansprakelijkheidsrecht, “[l]e principe de la réparation intégrale [...] également appelé principe de l’adéquation entre le dommage et la réparation” waardoor “[...] seul le préjudice réellement subi détermine l’étendue de la réparation” en “[l]a victime a droit à la réparation de tout son dommage mais rien que de son dommage” (zie N. SIMAR, “Le régime légal de l’évaluation du dommage”, in *Responsabilités – Traité théorique et pratique*, J-L. FAGNART e.a. (ed.), Brussel, Kluwer, Livre 50, 1 februari 1999, p. 21).

<sup>67.</sup> Zie T. DELAHAYE, *o.c.*, nr. 147 met de terechte stelling dat “*L’indemnité de résiliation doit couvrir tous dommages résultant de l’inobservation du délai de préavis et doit donc être équivalente à tous les avantages du préavis qui n’a pas été donné en sorte que la résiliation qui ne lèse pas le cocontractant ne donne pas lieu à indemnité*” (eigen benadrukking). Vgl. met de conclusie van advocaat-generaal D. Thijs voorafgaand aan Cass. 16 mei 2003, [www.cass.be](http://www.cass.be) (RC035G1\_1) overwegend dat “[d]e toekenning van de billijke vergoeding [immers] veronderstelt [...] dat de concessiehouder schade lijdt door de beëindiging van de concessie zonder betekening van een opzeggingstermijn [...]”.

oog heeft voor de belangen van één van de partijen en [aanzien] men tot oplossingen is gekomen die op basis van

maatschappelijke en dus ook economische noodwendigheden als onrechtvaardig worden ervaren”<sup>68</sup>.

### III. DE SCHADEBEGROTING BIJ TOEPASSING VAN ARTIKEL 2 VAN DE WET

14. Rekening houdend met wat voorafgaat, is het op vandaag nog steeds correct te stellen dat “(l) *indemnité de résiliation doit couvrir tous dommages résultant de l’observation du délai de préavis et doit donc être équivalente à tous les avantages du préavis qui n’a pas été donné [...]*”<sup>69</sup>. Of anders verwoord, dat “[l]a *juste indemnité doit procurer, sous la forme d’un équivalent pécuniaire, les mêmes avantages que ceux que l’autre partie aurait retirés d’un préavis raisonnable*”<sup>70</sup>.

15. De “*avantages*” verbonden aan het niet-toegekende deel van de redelijke opzeggingstermijn komen dan weer samengevat neer op de waarschijnlijk te verwachten omzet, die zou hebben toegelaten de tijdens die periode niet-indrukbare kosten te dragen en desgevallend nog een nettowinst te genereren<sup>71</sup>. Deze verwachte omzet kan vanzelfsprekend moeilijk anders dan *in abstracto* worden bepaald aan de hand van een projectie van tijdens een reeds voorbijge referentieperiode gerealiseerde omzet<sup>72</sup>.

16. Bij de toepassing van artikel 2 van de Wet is het niettemin geenszins denkbeeldig dat bepaalde gebeurtenissen of omstandigheden de schade na haar ontstaan, maar nog voor de uitspraak, in haar omvang zullen beïnvloeden. Tussen het ogenblik van het ontstaan van de schade (d.i. het moment van de beëindiging van de concessieovereenkomst zonder redelijke opzeggingstermijn) en het vonnis of de einduitspraak in beroep kan er immers een ruime tijdsspanne verlopen.

De toepasselijkheid van het gemeen aansprakelijkheidsrecht en het puur schadevergoedend karakter van de billijke ver-

goeding duidelijk indachtig, besliste het Hof van Cassatie inmiddels dat niets “*er aan in de weg [staat] dat bij de begroting van de vervangende opzeggingsvergoeding de rechter rekening houdt met alle gegevens waarover hij op het ogenblik van zijn uitspraak beschikt [...]*”, waaronder bijvoorbeeld “[...] *de resultaten door de concessiehouder behaald tijdens het jaar waarin de concessie is opgezegd, hierin begrepen de periode van de gegeven opzeggingsstermijn [...]*”<sup>73</sup>.

In het verlengde daarvan en aangezien met toepassing van het gemeen aansprakelijkheidsrecht nooit meer dan de veroorzaakte schade mag worden vergoed<sup>74</sup>, moet de rechter bij het begroten van de door de fout (d.i. het geven van een ontoereikende opzeggingstermijn) veroorzaakte schade (d.i. het verlies aan omzet tijdens de niet in acht genomen periode van de redelijke opzeggingstermijn) rekening houden met na die fout ingetreden gebeurtenissen (bv. het concreet drukken van de kosten en/of het vinden van een nieuwe handelsactiviteit door de beëindigde partij)<sup>75</sup>. Desgevallend mogen die gebeurtenissen weliswaar niet vreemd zijn aan de fout en/of de schade, en moeten ze dus minstens de veroorzaakte schade beïnvloeden<sup>76</sup>.

Het vinden en starten van een nieuwe handelsactiviteit voor het einde van de door de feitenrechter bepaalde redelijke opzeggingstermijn zal de schade in hoofde van de concessiehouder minstens gedeeltelijk compenseren<sup>77</sup> aangezien dit feit de concessiehouder toelaat om zijn inkomstenverlies en zijn niet-indrukbare kosten minstens gedeeltelijk op te vangen<sup>78</sup>. In dezelfde zin zal de rechter bijvoorbeeld rekening

<sup>68</sup>. K. DAELE, *o.c.*, p. 223, nr. 3.

<sup>69</sup>. T. DELAHAYE, *o.c.*, p. 164, nr. 147. Vgl. met Cass. 11 mei 1989, *R.W.* 1989-90, 327 en zeer recent nog met Brussel (9<sup>e</sup> Kamer), 6 mei 2004, A.R. 2003/1631, onuitg., r.o. 6.

<sup>70</sup>. A. DE SCHOUTHEETE, *o.c.*, p. 539.

<sup>71</sup>. Zie bijvoorbeeld Brussel (9<sup>e</sup> Kamer), 21 maart 2003, A.R. n<sup>o</sup> 2002/AR/886, onuitg.

<sup>72</sup>. Zie dienaangaande o.m. P. MAEYAERT, “De beëindiging van een concessie van alleenverkoop van onbepaalde duur overeenkomstig de Wet van 27 juli 1961 in het licht van de recente rechtspraak (1997-2000)”, in X, *Handels- en verzekeringsrecht*, Brugge, die Keure, 2002, (91), 94, nr. 10. Tot nu toe werd meestal de laatste drie jaar voorafgaand aan de kennisgeving van de opzegging als referentieperiode genomen.

<sup>73</sup>. Cass. 16 mei 2003, *o.c.*, p. 33. Het Hof verbindt het rekening houden met de resultaten van na de kennisgeving van de opzegging aan de voorwaarde dat “[...] *niet blijkt dat de resultaten na de opzegging werden beïnvloed door de opzegging*”. Het zou immers onbillijk zijn om rekening te houden met resultaten die geen verband houden met, en dus niet representatief zijn voor, de als gevolg van de fout verloren voordelen. Enkele dagen voordien besliste het Hof van Beroep te Brussel in dezelfde zin reeds dat “*bij het bepalen van de hypothetische winst gedurende de laatste 3 maanden [d.i. de ontbrekende duur van de redelijk geachte opzeggingstermijn], met de evolutie van de winst tijdens het gepresteerde gedeelte van de opzeggingstermijn rekening gehouden kan en mag worden*” (zie Brussel 7 mei 2003, *T.B.H.* 2004, 582).

<sup>74</sup>. Zie *supra* onder randnummer [13], meer in het bijzonder de tekst en referenties die horen bij voetnoot [64].

<sup>75</sup>. Zie *supra* onder randnummer [12], meer in het bijzonder de tekst die hoort bij de voetnoten [58] en [59]. Vgl. met A. DE SCHOUTHEETE, *o.c.*, p. 542-544.

<sup>76</sup>. *Ibid.*

<sup>77</sup>. Op voorwaarde natuurlijk dat de nieuwe concessie niet deficitair is.

<sup>78</sup>. Zie tevens A. DE SCHOUTHEETE, *o.c.*, p. 542 die ter zake zeer pertinent opmerkt dat “*[d]ans la logique du droit commun, s’il apparaît alors que le dommage subi par le concessionnaire est résorbé, une indemnisation sur la base de l’article 2 perdrait sa justification*”. Een schadevergoeding zal haar rechtvaardiging nochtans niet verliezen wanneer de beëindigde partij de lotto wint nadat haar recht op schadevergoeding is ontstaan. Er bestaat immers geen enkel oorzakelijk verband tussen het winnen van de lotto (in tegenstelling tot het zoeken en het vinden van een nieuwe handelsactiviteit of het uitbreiden van een bestaande handelsactiviteit) en het beëindigen van een concessierelatie.



moeten houden met de eventuele gevolgen van de invereffeningstelling van de beëindigde partij “*sur la permanence des frais incompressibles pendant toute la période couverte par l’indemnité de préavis [...] Dès lors, il convient d’examiner chacun des postes de frais incompressibles sur lesquels les parties sont en désaccord et de vérifier s’ils peuvent constituer, in concreto, un élément du dommage*”<sup>79</sup>.

De positieve invloed op de schade van deze *a posteriori*-gebeurtenissen (d.i. de semi-brutowinst gegenereerd door de nieuwe handelsactiviteit of de kostendrukking ingevolge de invereffeningstelling), die niet vreemd zijn aan de fout en/of de schade<sup>80</sup>, moet dan ook logischerwijze worden toegerekend op (d.i. in mindering gebracht van) de *in abstracto* bepaalde billijke vergoeding<sup>81</sup>. Zoniet zou de rechter immers een billijke vergoeding toekennen die de werkelijk geleden schade overtreft. Dit zou dan ook neerkomen op een ongeachtvaardigde verrijking in hoofde van de concessiehouder die niet te rijmen valt (i) met een van de basisprincipes van het Belgisch gemeen aansprakelijkheidsrecht<sup>82</sup>, (ii) met de in artikel 2 van de Wet ingeschreven billijkheid<sup>83</sup> en (iii) met de verplicht restrictieve interpretatie van dit wetsartikel<sup>84</sup>. Het kan ten slotte nooit de bedoeling van de wetgever zijn

geweest om de beëindigende partij te benadelen of te straffen voor de uitoefening van de in haar hoofde bestaande absolute, en op zichzelf niet voor schadevergoeding vatbare vrijheid om te allen tijde eenzijdig een einde te stellen aan een voor onbepaalde duur gesloten concessiecontract<sup>85</sup>.

17. Om dezelfde redenen lijkt het ons meteen ook niet gerechtvaardigd om onder het mom van “*de meest praktische oplossing [lees, gemakkelijksoplossing]*” bij de begroting van de billijke vergoeding abstractie te willen maken van het vinden van een nieuwe handelsactiviteit voor het einde van de door de feitenrechter bepaalde redelijke opzeggingstermijn<sup>86</sup>. Dit is *a fortiori* moeilijk te rechtvaardigen wanneer (i) men steun meent te vinden in een arrest van het Hof van Cassatie dat bij nader onderzoek helemaal geen bevestiging inhoudt van de vroegere cassatierechtspraak van de “*hertrouwde weduwen*”<sup>87</sup> en wanneer (ii) men anderzijds weet dat de betrokken rechtspraak al vele jaren onder zeer zware druk staat van de meest gezaghebbende doctrine<sup>88</sup> en van de lagere rechtspraak<sup>89</sup>.

De betrokken cassatierechtspraak is ons inziens hoe dan ook onverzoenbaar met het recent nog bevestigde standpunt van

<sup>79</sup>. Brussel (9<sup>o</sup> Kamer), 6 mei 2004, A.R. 2003/1631, onuitg., r.o. 6, p. 7 en 8.

<sup>80</sup>. Dit noodzakelijk oorzakelijk verband zal bijvoorbeeld afwezig zijn wanneer een nieuwe, bijkomende automobielconcessieovereenkomst reeds werd afgesloten vóór de kennisgeving van de beëindiging van een bestaande automobielconcessieovereenkomst en de nieuwe overeenkomst in werking treedt tijdens de *in abstracto* bepaalde redelijke opzeggingstermijn. De door de nieuwe overeenkomst gegenereerde semi-brutowinst zal niet kunnen worden toegerekend op de *in abstracto* bepaalde billijke vergoeding aangezien ze totaal vreemd is aan de beëindiging van de concessierelatie.

<sup>81</sup>. Vergelijk tevens met de toerekening van het overlevingspensioen dat aan de weduwe toekomt ingevolge het overlijden van haar echtgenoot op de schadevergoeding door de veroorzaker van het ongeval verschuldigd (zie in het bijzonder Gent 30 oktober 1987, *R.W.* 1989-90, 194).

<sup>82</sup>. Zie *supra* onder randnummer [13], meer in het bijzonder de tekst en referenties die horen bij de voetnoten [63] en [64]. Om die reden kan de stelling van het Hof van Beroep te Brussel “[...] dat latere feiten of gebeurtenissen de opzeggingsvergoeding niet mogen verminderen [...] wanneer de concessiegever helemaal geen opzeggingstermijn heeft toegekend” dan weer niet worden gevolgd (zie Brussel 7 mei 2003, *T.B.H.* 2004, 582).

<sup>83</sup>. Zie *supra* onder randnummer [10] in het bijzonder de tekst en referenties die horen bij voetnoot [27] en [28]. Vgl. met A. DE SCHOUTHEETE, *o.c.*, p. 541 die opnieuw zeer pertinent opmerkt dat “[o]n discerne mal au demeurant comment on pourrait concilier une approche purement forfaitaire de l’évaluation du dommage, arrêtée au jour de la rupture, avec la volonté du législateur que le juge statue en équité”. Vgl. met Brussel 25 februari 2003, onuitg., A.R. nr. 2000/A.R./854 waar, rekening houdend met “de corrigerende rol die de billijkheid moet spelen” de semi-brutowinst, gerealiseerd op de verkoop van de producten van de concessiegever tijdens de niet-gerespecteerde duur van de redelijk geachte opzeggingstermijn, werd toegerekend op de vervangende opzeggingsvergoeding.

<sup>84</sup>. Zie *supra* onder randnummer [9] meer in het bijzonder de tekst en referenties die horen bij voetnoot [25].

<sup>85</sup>. Zoals *supra* onder randnummer [7] reeds aangetoond, is het immers eigen aan de wederkerige contracten voor onbepaalde duur, dat iedere partij te allen tijde uit de contractuele relatie kan stappen. Dit recht de relatie eenzijdig op te zeggen is het noodzakelijk gevolg van het openbare orde rakend verbod in het Belgisch recht om zich “eeuwig” te verbinden (principe gebaseerd op art. 1780 B.W. en met als toepassingsgevallen de artt. 1794, 1869 en 2004 B.W. en art. 37 van de Wet van 3 juli 1978 op de arbeidsovereenkomsten). Zie onder meer T. DELAHAYE, *o.c.*, nrs. 100 en 101 en de noot van J.-M. NELISSEN GRADE, onder Cass. 6 november 1987, *B.R.H.*, p. 188 met de daardaar aangehaalde rechtspraak.

<sup>86</sup>. Zie E. MONARD, *o.c.*, p. 152.

<sup>87</sup>. *Ibid.*, p. 149 met verwijzing naar Cass. 28 maart 1990, *J.T.* 1990, 452 waarbij het Hof van Cassatie een arrest van het Hof van Beroep te Brussel verbrak omdat het hof van beroep had geweigerd de toegekende schadevergoeding te indexeren “pour le seul motif qu’il n’est pas exclu que les époux se seraient à nouveau séparés” en het Hof van Cassatie hierbij logischerwijs overwoog “que, dans l’évaluation du préjudice causé par une infraction, le juge ne peut tenir compte d’événements postérieurs étrangers à la faute ou au dommage lui-même et qui auraient amélioré ou aggravé la situation de la partie lésée, ni de simples conjectures telles que l’éventualité d’un remariage ou d’une séparation [eigen benadrukking]”. Dit cassatiestandpunt heeft aldus weinig te maken met de vraag naar de invloed van het nieuwe huwelijk van de langstlevende echtgenoot op de ingevolge het overlijden van de echtgenoot geleden schade waarop het Hof van Cassatie minstens tot in de jaren tachtig negatief heeft geantwoord.

<sup>88</sup>. Zie L. SCHUERMANS, A. VAN OEVELEN, C. PERSYN, P. ERNST en J.-L. SCHUERMANS, “Overzicht van rechtspraak – Onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling (1983-1992)”, *T.P.R.* 1994, p. 1161, nr. 34.6. Zie tevens R.O. DALCQ en F. GLANSDORFF, “Examen de jurisprudence (1973 à 1979) – La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle”, *R.C.J.B.* 1980, p. 125-126, nr. 112 en R.O. DALCQ en F. GLANSDORFF, “Examen de jurisprudence (1980 à 1986) – La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle”, *R.C.J.B.* 1988, p. 436-437, nr. 111. Zie recenter ook nog D. SIMOENS, *o.c.*, p. 76-77 die ter zake heel terecht opmerkt dat “het cassatiestandpunt in strijd [lijkt te zijn] met het [...] vooropgestelde zuinigheids criterium bij het aanwenden van de schaarse vergoedingsmiddelen” en L. CORNELIS en Y. VUILLARD, *o.c.*, p.10 die al even terecht opmerken dat “[s]i le remariage est intervenu, il [ne] s’agit plus d’une simple éventualité et le juge du fond doit, au contraire, prendre cet événement postérieur en considération comme un fait juridique dans la détermination des différentes espèces du dommage de l’époux survivant”. Vgl. nog met M. LAMBERT, noot onder Luik 25 mei 1993, *De Verz.* 1993, (623), 627 en met N. SIMAR, “L’évaluation judiciaire des indemnités”, in *Responsabilités – Traité théorique et pratique*, J.-L. FAGNART e.a. (ed.), Brussel, Kluwer, Dossier 51, 1 februari 1999, p. 16.

<sup>89</sup>. Zie Gent 18 september 1986, *De Verz.* 1987, 320. Zie tevens Luik 25 mei 1993, *De Verz.* 1993, 623 en Rb. Brugge 4 oktober 1995, *De Verz.* 1997, 142.

het Hof van Cassatie dat wel rekening moet worden gehouden met de invloed van een overlijden op de schade, ook al staat dat overlijden volkomen los van de fout<sup>90</sup>. Ter zake moet men zich dan ook de vraag stellen “*of ons hoogste burgerlijke rechtscollege nog lang zijn (uit 1948 daterende) standpunt ten gunste van hertrouwde weduwen zal blijven handhaven*”<sup>91</sup>.

Kortom, het lijkt ons, hierbij mede rekening houdend met het in artikel 2 van de Wet uitdrukkelijk ingeschreven billijkheidsprincipe, nog steeds geenszins vatbaar voor redelijke betwisting dat het vinden van een nieuwe handelsactiviteit zijn stempel drukt op de uiteindelijk door de beëindigde partij geleden schade en dus onmogelijk “vreemd” kan zijn aan de omvang van deze schade, tenminste als het vinden van die nieuwe handelsactiviteit in oorzakelijk verband staat met de aan de orde zijnde beëindiging<sup>92</sup>.

**18.** Ten slotte willen we ook nogmaals wijzen op het verschil met het ontslagrecht, waar de rechter bij het bepalen van de opzeggingstermijn of bij de begroting van de corresponderende opzeggingsvergoeding in principe geen rekening houdt met het feit dat de werknemer nog tijdens de betwiste opzeggingstermijn een al dan niet gelijkwaardige job heeft gevonden<sup>93</sup>. De reden van deze divergentie moet gezocht worden in het *forfaitaire karakter* van de opzeggingstermijn of van de opzeggervangende vergoeding in het ontslagrecht<sup>94</sup>. In de verhouding werkgever/werknemer heeft de

wetgever de in acht te nemen termijn en bijgevolg ook de eventueel corresponderende vergoeding inderdaad in de Wet op de Arbeidsovereenkomsten vastgelegd<sup>95</sup>.

**19.** Op grond van wat voorafgaat, en mede rekening houdend met het cassatiearrest van 16 mei 2003, weten we ons dan ook bevestigd en gesterkt in onze stelling dat wanneer de rechter op het ogenblik van zijn uitspraak vaststelt dat de beëindigde partij inmiddels een nieuwe handelsactiviteit heeft gevonden (of zijn bestaande handelsactiviteiten heeft kunnen uitbreiden), hij de billijke vergoeding zoveel als mogelijk *in concreto* zal moeten begroten. Deze maximale *in concreto*-begroting impliceert de verplichte toerekening van de dank zij de nieuwe handelsactiviteit (of uitbreiding van de bestaande handelsactiviteiten) tijdens de redelijke opzeggingstermijn gerealiseerde semi-nettowinst<sup>96</sup> op de initieel *in abstracto* bepaalde billijke vergoeding, tenminste als het vinden van die nieuwe handelsactiviteit in oorzakelijk verband staat met de aan de orde zijnde beëindiging<sup>97</sup>. Zoniet riskeert de rechter zijn uitspraak niet naar recht (lees *in casu* naar billijkheid) in de zin van artikel 2 van de Wet te verantwoorden<sup>98</sup>. Wanneer de rechter meer vergoedt dan de schade die ingevolge de fout werd veroorzaakt, krijgt de billijke vergoeding immers een sanctionerend karakter en veroorzaakt hij *de facto* een ongerechtvaardigde verrijking in hoofde van de beëindigde partij, wat dan weer neerkomt op een negatie van de rechtmatige belangen van de beëindigende partij<sup>99</sup>.

<sup>90</sup>. Zie *supra* onder randnummer [13], en meer bepaald de tekst bij en de referenties opgenomen in voetnoot [62]. Vgl. ook met Cass. 15 december 1981, R.W. 1982-83, 1241.

<sup>91</sup>. Zie D. SIMOENS, *o.c.*, p. 76.

<sup>92</sup>. Zie in die zin reeds G. BOGAERT en Y. VAN COUTER, *o.c.*, p. 223, nr. 61. Vgl. met DE SCHOUTHEETE, *o.c.*, 541-542 die het oorzakelijk verband niet eens noodzakelijk lijkt te vinden: “[*Il se fait de retrouver une concession permet au concessionnaire de renouer avec une source de profit [...] cette circonstance lui permet surtout de juguler son damnum emergens, ses frais incompressibles. Il semble dès lors difficile de considérer la conclusion d’une nouvelle concession comme étant un événement postérieur étranger au dommage. Et même s’il fallait considérer ce lien comme discutabile, l’équité, à l’aune de laquelle la loi du 27 juillet 1961 impose au juge de se prononcer, nous semble commander à celui-ci d’y avoir égard*”.

<sup>93</sup>. Het Hof van Cassatie heeft inderdaad uitdrukkelijk gesteld dat de opzeggingstermijn moet worden vastgesteld op het ogenblik van de kennisgeving van de opzegging en dat feiten die zich na datum van de opzegging hebben voorgedaan hierbij niet in aanmerking worden genomen (zie T. CLAEYS, “Préavis: la formule 2004”, *J.T.T.* 2004, (57), 61, nr. 6.1 met verwijzing naar Cass. 17 september 1975, *Pas.* 1978, I, p. 70 en naar Cass. 3 februari 1986, *J.T.T.* 1987, p. 58).

<sup>94</sup>. Vgl. met art. 18 van de Wet van 13 april 1995 betreffende de handelsagentuurovereenkomst, *B.S.* 2 juni 1995. Voor een bespreking zie Y. VAN COUTER, S. DE BOECK en M. PERTEGÁS SENDER, “Commentaar bij art. 18-19 Wet 13 april 1995”, in *Handels- en Economisch recht – Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, 2001, p. 89 e.v.

<sup>95</sup>. Zie art. 37 en artt. 59, 82, 83, 84, 115 *juncto* art. 39 van de Arbeidsovereenkomstenwet (Wet van 3 juli 1978, *B.S.* 22 augustus 1978). Alleen bij de beëindiging van een “hogere”bediendencontract is er meer negociatieruimte voor de partijen of eventueel een grotere appreciatiebevoegdheid voor de rechter, al blijven zowel de partijen als de rechter gebonden aan de door de wetgever gestelde minimumtermijnen (zie art. 82, § 3, van de Arbeidsovereenkomstenwet), wat erop wijst dat ook in dit geval de opzeggingstermijn en de ermee corresponderende opzeggingsvergoeding hun forfaitair karakter niet verliezen. Bovendien moet worden opgemerkt dat in tegenstelling tot art. 2 van de Wet, art. 82, § 3, van de Arbeidsovereenkomstenwet geen enkele verwijzing bevat naar een rechterlijke “uitspraak naar billijkheid” zodat elk argument “naar analogie” hoe dan ook niet kan overtuigen (in die zin ook A. de Schoutheete, *o.c.*, p. 540, nr. 9).

<sup>96</sup>. Onder semi-nettowinst wordt verstaan de nettowinst (rubriek 70/64 van de resultatenrekening), vermeerderd met de niet-indrukbare kosten (zie P. KILESTE en P. HOLLANDER, *o.c.*, *T.B.H.* 2003, p. 436, nr. 87; zie tevens M. CALUWAERTS, *o.c.*, p. 455, nr. 23).

<sup>97</sup>. Zie in die zin reeds G. BOGAERT en Y. VAN COUTER, *o.c.*, p. 226, nr. 74.

<sup>98</sup>. Vgl. met A. DE SCHOUTHEETE, *o.c.*, (537), 542 volkomen terecht besluitend “*que la quantification du préavis ‘raisonnable’ [...] doit en dernière analyse s’effectuer in concreto, en tenant compte de l’ensemble des circonstances propres à l’espèce, en ce compris les événements postérieurs à la rupture et qui sont en rapport avec la faute ou le dommage. Cette approche, que l’on peut éventuellement qualifier ‘d’indemnitaire’ [...] justifie que l’appréciation des parties, puis celle du juge, cerne la réalité au plus près*”.

<sup>99</sup>. Vgl. in die zin reeds met G. BOGAERT en Y. VAN COUTER, *o.c.*, p. 226, nr. 75. *Contra* nochtans D. MERTENS, “De billijke vergoeding van de concessiehouder – De invloed van feiten na de feiten”, noot onder Cass. 16 mei 2003, *DAOR* 2003/65, 35 e.v. en meer in het bijzonder de argumentatie onder randnummer 5, al moet meteen worden opgemerkt dat de stelling van deze auteur ons inziens enkel kan worden gehandhaafd wanneer men bereid is abstractie te maken van de inmiddels gevestigde cassatierechtspraak dat de verbintenis tot het betalen van een billijke vergoeding “*geen autonome contractuele verbintenis is, maar een verbintenis die in de plaats treedt van de niet nagekomen contractuele verbintenis een opzeggingstermijn in acht te nemen*”.

## IV. BESLUIT

20. Rekening houdend met de principes van toepassing op de beëindiging van overeenkomsten van onbepaalde duur, met de (schadevergoedende) aard van de billijke vergoeding en met de principes van het gemeen aansprakelijkheidsrecht, dient ons inziens te worden besloten dat de rechter bij de bepaling van de redelijke opzeggingstermijn en bij de begroting van de eventuele billijke vergoeding niet alleen *kan* maar ook *moet* rekening houden met alle gegevens waarover hij op het ogenblik van zijn uitspraak beschikt (bijvoorbeeld met het vinden van een nieuwe handelsactiviteit of met het uitbreiden van de bestaande handelsactiviteit), tenminste voor zover deze gegevens in oorzakelijk verband staan met de beëindiging en de schade beïnvloeden<sup>100</sup>.

Alleen dan zal hij ons inziens zijn uitspraak naar recht (lees *in casu* naar billijkheid in de zin van artikel 2 van de Wet) verantwoorden en zal hij zich ervoor behoeden te “*juger selon les inclinaisons du cœur plutôt que de la raison*”<sup>101</sup>.

21. En nochtans...

Op 4 december 2003 verwierp het Hof van Cassatie het cassatiemiddel tegen het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 30 april 2001 dat de billijke vergoeding *in abstracto* had bepaald op basis van een referentieperiode van drie jaar voorafgaand aan de beëindiging zonder na te gaan welke kosten de concessiehouder werkelijk (nog) had gedragen tijdens de door het hof van beroep bepaalde ontbrekende opzeggingstermijn<sup>102</sup>.

Het Hof van Cassatie vertrekt hierbij van de overweging dat de concessiegever overeenkomstig artikel 2 van de Wet een redelijke opzeggingstermijn moet geven “*dan wel een vergoeding moet betalen die het verlies vergoedt dat [de concessiehouder], bij ontstentenis van een redelijke opzeggingstermijn, zou lijden*”<sup>103</sup>. Ondanks deze overweging besluit het Hof dat het middel naar recht faalt aangezien “*(...) de verplichting tot betaling van dergelijke opzeggingsvergoeding geen autonome contractuele verbintenis is, maar een verbintenis die in de plaats treedt van de niet nagekomen contractuele verbintenis een opzeggingstermijn in acht te nemen*” en omdat “*(...), wanneer een partij de concessie beëindigt met een ontoereikende opzeggingstermijn, de rechter, ingeval van betwisting, die partij enkel kan veroordelen tot de betaling van een vergoeding ter compensatie van die ontoereikende opzeggingstermijn*”<sup>104</sup>.

Maar waarom faalt het cassatiemiddel tegen het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 30 april 2001 dan naar recht? En hoe valt dit besluit te rijmen met het cassatiearrest van 16 mei 2003 en met de hiervoor uiteengezette principes<sup>105</sup>?

22. We mogen hopen dat het Hof van Cassatie spoedig een tweede kans krijgt om bij de schadebegroting op grond van artikel 2 van de Wet eindelijk ondubbelzinnig de weg te wijzen naar de “rationele” billijkheid en om zo eens en voor goed een einde te maken aan de ter zake bestaande controverse.

<sup>100</sup>. Immers, “[c]ontrairement à la matière de la responsabilité pénale, la responsabilité civile au sens large est dominée par l'idée de réparation; aucun élément de répression n'intervenant pour faire varier l'étendue de cette réparation” (zie N. SIMAR, “Le régime légal de l'évaluation du dommage”, in J.-L. FAGNART e.a. (ed.), *Responsabilités – Traité théorique et pratique*, Brussel, Kluwer, Livre 50, 1 februari 1999, p. 22, nr. 39).

<sup>101</sup>. T. DELAHAYE, o.c., p. 142. Voor een recente correcte toepassing van deze principes, zie Brussel (9° Kamer), 6 mei 2004, A.R. 2003/1631, r.o. 6, p. 7 en 8.

<sup>102</sup>. Cass. 4 december 2003, *T.B.H.* 2005, 21, zoals verbeterd door Cass. 19 februari 2004, A.R. nr. C.04.0018.N, niet gepubliceerd. De verbetering betreft de overweging “*Dat, wanneer de ene partij de concessie beëindigt met een ontoereikende opzeggingstermijn, de rechter in geval van betwisting, de andere partij enkel kan veroordelen tot de betaling van een vergoeding ter compensatie van die ontoereikende opzeggingstermijn*” die moet gelezen worden “*Dat, wanneer een partij de concessie beëindigt met een ontoereikende opzeggingstermijn, de rechter, in geval van betwisting, die partij enkel kan veroordelen tot de betaling van een vergoeding ter compensatie van die ontoereikende opzeggingstermijn*”.

<sup>103</sup>. *Ibid.*

<sup>104</sup>. *Ibid.*

<sup>105</sup>. De betrokken cassatiearresten zijn ons inziens eenvoudigweg onverzoenbaar. Het past hierbij nog op te merken dat het openbaar ministerie, anders dan bij het arrest van 16 mei 2003, bij het arrest van 4 december 2003 geen schriftelijke conclusie heeft genomen.