

**DE WET VAN 2 AUGUSTUS 2002 INZAKE BETALINGSACHTERSTAND EN DE DISCRIMINATIE INZAKE DE VERHAALBAARHEID VAN ADVOCATENKOSTEN.**

**Matthias E. Storme**

buitengewoon hoogleraar KU Leuven, hoogleraar UA  
advocaat te Brussel

1. Op 7 augustus 2002 verscheen in het B.S. de wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties. Deze wet bevat semi-dwingende bepalingen inzake betalingstermijnen bij handelstransacties (begrip dat overigens een ruimere betekenis heeft dan in het gemeen Belgisch recht), en sancties bij wanbetaling. Zij houdt de omzetting in het Belgisch recht in van Richtlijn 2000/35/EG van 29 juni 2000 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties<sup>1</sup>.

2. Art. 6 betreffende de invorderingskosten.

Onze aandacht gaat op de eerste plaats naar art. 6 van deze wet, dat bepaalt dat (behoudens een afwijkend beding voor zover geldig) de schuldeiser, wanneer de schuldenaar niet betaalt binnen de overeengekomen betalingstermijn of, bij gebreke hieraan, binnen de betalingstermijn bepaald in artikel 4, behalve verwijlinterest ook :

*“onverminderd zijn recht op vergoeding van de gerechtskosten overeenkomstig de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek, recht (heeft) op een redelijke schadeloosstelling door de schuldenaar voor alle relevante invorderingskosten ontstaan door de betalingsachterstand. De toepassing van dit artikel sluit de toekenning aan de schuldeiser van de sommen die bepaald zijn in de artikelen 1018, eerste lid, 6°, en 1022 van het Gerechtelijk Wetboek uit. Deze invorderingskosten moeten voldoen aan de beginselen van transparantie en in verhouding staan tot de schuld in kwestie. De Koning stelt het maximumbedrag vast van deze redelijke schadeloosstelling voor invorderingskosten voor verschillende schuldniveaus.”*

Het wordt vrij algemeen aanvaard dat ook de kosten voor juridische bijstand bij de invordering van deze schulden, met name dus ook de kosten van de advocaat in beginsel “relevante invorderingskosten” zijn.

Voor zover daarover twijfel mocht rijzen, kan ik erop wijzen dat het inbegrepen zijn – d.i. terugvorderbaar zijn – van advocatenkosten duidelijk volgt uit :

- a) de bewoordingen zelf van de wet, die bepaalt dat toepassing van genoemd artikel de toekenning aan de schuldeiser van de rechtsplegingsvergoeding uitsluit, wat impliceert dat genoemd artikel in plaats van de forfaitaire rechtsplegingsvergoeding alle advocatenkosten toekent voor zover ze voldoen aan de criteria van transparantie en

---

<sup>1</sup> PB L. 200 van 8 augustus 2000.

evenredigheid (volgens de toelichting bij het wetsontwerp zou het anders om dubbele vergoeding van hetzelfde gaan)

- b) de parlementaire voorbereiding, meer bepaalde de toelichting in de artikelsgewijze bespreking bij art. 6<sup>2</sup>.
- c) de voorgeschiedenis van de richtlijn, onder meer blijktens:
  - de Mededeling van de Commissie van 9 juli 1997 – Verslag over betalingsachterstanden bij handelstransacties<sup>3</sup>, die spreekt over de schadeloosstelling voor juridische kosten en administratieve invorderingskosten, en in bijlage een overzicht bevat van het principe dat in elk van de landen geldt in verband met de schadeloosstelling voor invorderingskosten, waarbij men het heeft over “inningskosten”, “proceskosten” en “honoraria advocaat”.
  - De Toelichting bij het voorstel van Richtlijn (COM (1998) 126 def. van 25 maart 1998), die het heeft over de kosten voor rechtsbijstand (waarbij het voorstel zelf daarover vager was dan de uiteindelijke richtlijn)

Ik ben het dus niet eens met auteurs die menen dat deze bepaling restrictief moet worden uitgelegd en advocatenkosten slechts terugvorderbaar zijn “indien de tenuitvoerlegging van de schuldvordering in het gedrang zou komen”<sup>4</sup>. Weliswaar dient de rechter bij betwisting na te gaan of de kosten “veroorzaakt zijn door de betalingsachterstand, of ze relevant zijn, of ze transparant zijn en of ze in verhouding staan tot de omvang van de schuldvordering”, maar indien aan die voorwaarden voldaan is, is hij verplicht er schadeloosstelling voor toe te kennen.

Mocht er in het kader van een geding enige twijfel over bestaan dat de Richtlijn inderdaad de terugvordering van advocatenhonoraria binnen de genoemde grenzen inhoudt, zou daarover overigens een prejudiciële vraag moeten worden gesteld aan het Hof van Justitie van de EG.

### 3. Afwijking van de regel in andere gevallen

Er kan ook weinig twijfel over bestaan dat de regel van art. 6 afwijkt van het in België geldende gemeen recht inzake de terugvorderbaarheid van advocatenhonoraria en soortgelijke invorderingskosten.

Ondanks enkele dissidente uitspraken<sup>5</sup> is de rechtspraak nog steeds stevig zo gevestigd dat advocatenhonoraria en soortgelijke invorderingskosten niet terugvorderbaar zijn van de verliezende partij, of genuanceerder, van de partij die door zijn houding het proces heeft veroorzaakt, behoudens de rechtsplegingsvergoeding bepaald op grond van art. 1022 Ger.W.

---

<sup>2</sup> Stuk 1827-001 p. 11.

<sup>3</sup> Publicatieblad EG van 17 juli 1997, nr. C 216/10.

<sup>4</sup> V. SAGAERT & I. SAMOY, “De wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties. Een verwittigd wanbetaler is er twee waard ...”, *R.W.* 2002-2003, (321) 328 r.k.

<sup>5</sup> Bv. Hof Brussel 15 juni 1987, *RGAR* 1989, 11547 en 11557; Rb. Namen 17 mei 2002, *JLMB* 2002, 1042.

Dit volgt uit de klassieke rechtspraak van het Hof van cassatie<sup>6</sup>. Deze is (anders dan sommigen hebben gemeend) niét gewijzigd door het arrest van 28 februari 2002, dat het uitdrukkelijk enkel heeft over kosten voor de vaststelling van de schade en de omvang van de schade.

Zoals algemeen geweten is, is er in de meeste geschillen een groot verschil tussen de rechtsplegingsvergoeding en de werkelijke kosten van de rechtsbijstand door een advocaat.

Niet alleen zijn deze kosten niet terugvorderbaar krachtens het gemeen recht, zij kunnen ook niet door middel van een contractueel beding ten laste worden gelegd van de wederpartij. Dit volgt uit de bepaling en interpretatie van art. 1023 Ger.W. (verbod van verhogingsbedingen voor het geval van gerechtelijke invordering), zie uitdrukkelijk Cass. 7 april 1995<sup>7</sup>.

Daarmee blijft het Belgische recht duidelijk achter bij dat van alle buurlanden en omzeggens alle andere landen van de Europese Unie (Nederland, Duitsland, Engeland, Spanje, en nu ook Luxemburg, Frankrijk, Italië en Oostenrijk).

Aangezien tot voor de inwerkingtreding van de ~~Wet van~~ **Wet van 2002** de kosten voor juridische bijstand in beginsel niet terugvorderbaar waren van de tegenpartij, noch bij recuperatie van onbetaalde schulden, noch in andere gevallen (zie verder hieronder), rijst de vraag of een bijzondere regeling daaromtrent voor één bepaald soort geschillen, gerechtvaardigd is. Aangezien die bijzondere regeling er gekomen is door de omzetting van een Europese Richtlijn, luidt de vraag daarbij niet of de wetgever die regeling kan invoeren, maar wel of het gerechtvaardigd was die regeling te beperken tot die ene categorie.

#### 4. Nadere uitwerking van de door de Wet geschapen ongelijke behandeling.

Het recht op een redelijke schadeloosstelling door de schuldenaar voor alle de kosten van juridische bijstand wordt door de Wet van 2 augustus 2002 enkel ingevoerd voor de kosten die rijzen in geschillen:

- tot invordering van schulden wegens laattijdige betaling (betalingsachterstand)
- waarbij die schulden het gevolg zijn van een transactie tussen ondernemingen of tussen ondernemingen en aanbestedende overheden of aanbestedende diensten die leidt tot het leveren van goederen of het verrichten van diensten tegen vergoeding;
- en onder onderneming begrepen wordt “elke organisatie die handelt in het kader van haar zelfstandige economische of beroepsmatige activiteit, ook wanneer deze door slechts één persoon wordt uitgeoefend”.

(Zie art. 2 van de wet voor de definities)

Met nadere woorden : de kosten voor juridische bijstand kunnen niet worden teruggevorderd (behoudens de rechtsplegingsvergoeding):

---

<sup>6</sup> Cass. 11 april 1956, Pas I, 841 = *RW* 1956-57, 1355; Cass 11 juni 1956, *Pas. I*, 1098 = *RW* 1956-57, 1935; Cass. 18 juni 1964, *Pas. I*, 1121. Het arrest van Cass. 28 april 1986, *RW* 1986-87, 1907, handelde over een heel andere vraag en is dus niet relevant in deze.

<sup>7</sup> *RW* 1995-96, 188 noot A. van OEVELEN = *Rec. Cass.* 1996, 16 noot K. BROECKX.

- wanneer de schuldenaar geen onderneming (m.i.v. een zelfstandige) is, of
- wanneer de schuldeiser geen onderneming (m.i.v. een zelfstandige) is, of
- wanneer de schuldvordering niet de betaling van goederen of diensten betreft, maar een ander soort schuld (bv. inbegrepen een schadevergoeding wegens gebrekkige levering van goederen of diensten).

Ervan uitgaande dat de kosten voor juridische bijstand in alle andere gevallen in beginsel nog steeds niet terugvorderbaar zijn van de tegenpartij (behoudens de rechtsplegingsvergoeding), en zelfs niet bij bijzonder beding ten laste kunnen worden gelegd van de schuldenaar, organiseert de bepaling van art. 6 van de Wet van 2 augustus 2002 *juncto* de definities van art. 2, leden 1 tot 3 van die wet een ongelijke behandeling van :

- enerzijds de schuldeisers die zelf onderneming zijn en kosten oplopen wegens wanbetaling door een andere onderneming van goederen of diensten,
- en anderzijds de schuldeisers van alle andere soorten schulden, alsmede de schuldeisers die geen ondernemingen zijn of wiens schuldenaar geen onderneming is, of de partijen met andere aanspraken dan schuldvorderingen (zakelijke rechten, rechten uit personen- en familierecht, rechten uit het publiekrecht enz.).

Ten aanzien van de kosten voor juridische bijstand, die in het ene geval binnen redelijke grenzen terugvorderbaar zijn en in de andere gevallen niet (enkel de rechtsplegingsvergoeding), gaat het om vergelijkbare categorieën van personen.

Er is dus zonder twijfel een ongelijke behandeling. Deze wordt nog manifester als men ook andere bepalingen van de wet voor ogen houdt. De richtlijn sluit niet uit dat het nationale recht bovenop de relevante invorderingskosten bijkomend voor andere schade nog een schadevergoeding kan toekennen, voor zover die niet reeds in de interest is begrepen (zie overweging 17 van de richtlijn). Het gaat daarbij op de eerste plaats om de kosten voor de inspanningen die de schuldeiser zélf levert. In Duitsland gaat men er algemeen van uit dat die kosten kunnen worden geschat op zeker 2 % op jaarbasis<sup>8</sup>, en dat een deel van de moratoire interest dan ook in die zin kan worden opgevat. De Richtlijn en wet bepalen een veel hogere meer-interest, nl. 7 %. Dit versterkt enkel maar de discriminatie tussen de transacties die onder de wet / richtlijn vallen en degene die er niet onder vallen. Met andere woorden; schuldeisers die uit het toepassingsgebied worden gesloten vallen zijn dubbel benadeeld, wat een aansporing moet zijn om minstens één van de 2 vormen van benadeling op te heffen.

Opdat een dergelijk onderscheid niet in strijd zou komen met art. 10 en 11 van de Grondwet, moet er dan ook een objectieve rechtvaardiging zijn voor dit onderscheid en moet dit onderscheid bovendien de evenredigheidstoets doorstaan.

##### 5. Geen rechtvaardiging in de voorbereidende Werken.

In de parlementaire voorbereiding van de Wet van 2 augustus 2002 wordt geen enkele uitdrukkelijk rechtvaardiging gegeven voor het gemaakte onderscheid. De memorie van toelichting bespreekt de vraag op geen enkele wijze. Tijdens de bespreking heeft blijkens het

---

<sup>8</sup> HABERSACK, *Münchener Kommentar* (3<sup>e</sup>), VerbrKrg § 11 Rn. 9.

verslag-Lano<sup>9</sup>, p. 16, volksvertegenwoordiger G. Bourgeois gewag gemaakt van mogelijke grondwettige bezwaren. Niemand heeft op dit bezwaar geantwoord, en het werd evenmin ontkend.

#### 6. Een rechtvaardiging is niet te vinden in de (voorrang van de) Richtlijn.

a. De enige rechtvaardiging die men impliciet kan vinden in de parlementaire voorbereiding is daarin te vinden, dat deze wet de omzetting beoogt van een Europese Richtlijn (art. 1 van de wet zegt onder meer “*Zij brengt de beginselen ten uitvoer van de richtlijn 2000/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 juni 2000 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties*”), waarvan het toepassingsgebied op dezelfde wijze is beperkt. Immers, genoemde RL 2000/35/EG is krachtens art. 1 ervan “*van toepassing op alle betalingen tot vergoeding van handelstransacties*”, waarbij “*handelstransacties*” in art. 2 gedefinieerd wordt als “*transactie tussen ondernemingen of tussen ondernemingen en overheidsinstanties die leiden tot het leveren van goederen of het verrichten van diensten tegen vergoeding*”, “*overheidsinstantie*” gedefinieerd wordt als “*elke aanbestedende instantie of entiteit, zoals omschreven in de Richtlijnen 92/50/EEG(9), 93/36/EEG(10), 93/37/EEG(11) en ook 93/38/EEG(12) betreffende overheidsopdrachten*”, en “*onderneming*” gedefinieerd wordt als “*elke organisatie die handelt in het kader van haar zelfstandige economische of beroepsmatige activiteit, ook wanneer deze door slechts één persoon wordt uitgeoefend*”.

b. De rechtvaardiging voor de beperking van het toepassingsgebied van deze richtlijn door de Europese wetgever anderzijds is duidelijk gelegen in de beperking van de bevoegdheden van de Europese Gemeenschap door de competentiegronden opgesomd in het EG-Verdrag. Artikel 5 van het EG-Verdrag bepaalt immers duidelijk :

*“De Gemeenschap handelt binnen de grenzen van de haar door dit Verdrag verleende bevoegdheden en toegewezen doelstellingen.*

*Op gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen, treedt de Gemeenschap, overeenkomstig het subsidiariteitsbeginsel, slechts op indien en voorzover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt en derhalve vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Gemeenschap kunnen worden verwezenlijkt.*

*Het optreden van de Gemeenschap gaat niet verder dan wat nodig is om de doelstellingen van dit Verdrag te verwezenlijken.”*

In casu was de Richtlijn gegrond op art. 95 EG-Verdrag, d.i. de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de instelling en de werking van de interne markt betreffen. In overeenstemming daarmee bepalen de overwegingen van de richtlijn dat zij wordt vastgesteld omdat het uiteenlopen van de regels van de lidstaten “*De handelstransacties tussen lidstaten (...) aanzienlijk beperkt. Dit is strijdig met artikel 14 van het Verdrag, aangezien ondernemers overal op de interne markt onder zodanige*

---

<sup>9</sup> Stukken Kamer 2001-2002, nr. 1827-005.

*omstandigheden zaken moeten kunnen doen dat grensoverschrijdende transacties geen grotere risico's meebrengen dan binnenlandse transacties. Wanneer voor binnenlandse en grensoverschrijdende transacties wezenlijk verschillende regels van toepassing zijn, is er sprake van concurrentievervalsing”.*

Art. 95 EG-Verdrag vormt inderdaad geen grondslag voor de invoering van gelijkaardige regels voor andere rechtsverhoudingen dan die tussen ondernemingen (inbegrepen aanbestedende overheden), wat het beperkte toepassingsgebied van de Richtlijn verklaart. Dat behoort dan ook tot de bevoegdheid van de lidstaten, en de Richtlijn belet de lidstaten op geen enkele manier om diezelfde regels ook toe te passen in andere aangelegenheden dan handelstransacties.

c. Kan het beperkte toepassingsgebied van de Richtlijn, gegeven de rechtvaardiging daarvan (bevoegdheidsbeperking), tevens een rechtvaardiging vormen van de in het Belgische recht door de Wet van 2 augustus 2002 ingevoerde ongelijke behandeling van schuldeisers ?

Het Arbitragehof heeft in zijn arrest van 20 september 2001<sup>10</sup> een gedeeltelijk vergelijkbaar geval beoordeeld. Het arrest betrof de grondwettigheid van art. 110 bis van de wet van 22 maart 1993, in zoverre het de depositobescherming waarin het voorziet beperkt tot bancaire vorderingen uitgedrukt in een munt van de EU. De EG Richtlijn liet de lidstaten de keuze de depositobescherming daartoe te beperken dan wel uit te breiden tot vorderingen in andere munten. Het Arbitragehof heeft in die zaak beslist:

- dat zijn bevoegdheid niet wordt aangetast doordat het gaat om een wettelijke bepaling die is toegelaten door een EG richtlijn;
- dat wanneer de uitsluiting volgens de richtlijn “facultatief” is, de wijze waarop de wetgever al dan niet gebruik maakt van die mogelijkheid kan worden getoetst aan art. 10 en 11 van de Grondwet;
- en dat *in casu* het onderscheid verantwoord was omdat de maatregel geen onevenredige gevolgen deed ontstaan.

*Mutatis mutandis* moet het tweede streepje ook gelden voor deze zaak. De Europese wetgever heeft zich immers in het geheel niet uitgesproken over het recht op een redelijke schadeloosstelling voor kosten van juridische bijstand of andere invorderingskosten in andere geschillen dan de daarin gedefinieerde “handelstransacties”. Het beperken van deze schadeloosstelling tot handelstransacties zoals gedefinieerd in de richtlijn is dus een beslissing van de Belgische wetgever en van deze alleen, waarvoor de Richtlijn op zichzelf geen verantwoording kan vormen.

d. Het feit dat een bepaalde regel enkel binnen de aangegeven grenzen wordt opgelegd door een EG Richtlijn, is dan ook geen rechtvaardiging voor een discriminatie en ontslaat de nationale wetgever niet van eerbiediging van het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel. De Grondwet verplicht de wetgever er m.a.w. toe om een regel die wordt ingevoerd krachtens een Richtlijn uit te breiden naar niet door de Richtlijn bestreken gevallen indien de beperking tot door de Richtlijn bestreken gevallen ene ongerechtvaardigd onderscheid zou scheppen.

---

<sup>10</sup> nr. 110/2001, *RW* 2002-2003, p. 213.

In meerdere andere Europese lidstaten hebben de hoogste gerechtshoven zich al moeten uitspreken over vorderingen die in essentie de toepassing vorderden van Europeesrechtelijke regel in gevallen van zuiver intern recht.

Zo is in meerdere landen de regel die door het Hof van Justitie was opgelegd in het arrest-*Factortame-I* (mogelijkheid om in kort geding een wet op te schorten wegens strijd met Europees recht)<sup>11</sup> uitgebreid naar soortgelijke niet door het Europees recht bestreken gevallen. Een voorbeeld daarvan is de doorwerking van het arrest-*Factortame-I* in het inwendige Spaanse en Engelse recht betreffende het kort geding tegen de overheid, en de doorwerking van gemeenschapsrechtelijke regels inzake kort geding tegen de overheid in aanbestedingszaken in het interne Franse recht betreffende een dergelijk kort geding. Zie het arrest van het Britse House of Lords uit 1993 inzake *M. v. Home Office*<sup>12</sup>, en dat van het Spaanse Tribunal Supremo van 20-12-1990<sup>13</sup>. In het House of Lords verklaarde Lord Woolf dienaangaande met de Engelse zin voor understatement:

*“It would be most regrettable if an approach which is inconsistent with that which exists in community law should be allowed to persist if this is not strictly necessary”*<sup>14</sup>.

Ook op andere vlakken, meer bepaald in het bestuursrecht, komt dit reeds tot uiting, onder meer met toepassingen van het vertrouwensbeginsel<sup>15</sup>.

De rechtsleer spreekt hierbij ook van het homogeniteitsbeginsel als specifieke vorm van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel: de lidstaten moeten ervoor zorgen dat de omzetting van Europees recht de homogeniteit van regels tussen door het gemeenschapsrecht bestreken gevallen en daar niet door bespreken gevallen niet aantast<sup>16</sup>.

Het Hof van Justitie is niet ongevoelig voor het probleem, aangezien het aanvaardt te antwoorden op prejudiciële vragen over de uitleg van Europese regels ook als het geschil *in concreto* buiten het toepassingsgebied van de Europese regels ligt, wanneer de nationale rechtsorde omwille van coherentie en non-discriminatie wenst dat dezelfde regels ook in andere vergelijkbare gevallen worden toegepast<sup>17</sup>.

---

<sup>11</sup> HJEG 19 juni 1990, C-231/89, The Queen t. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. e.a.

<sup>12</sup> 3 WLR 433, 3 *ALLER* 537, *Public Law* 1993, 519.

<sup>13</sup> *Rep. de jurisprudencia* 1990, 10412.

<sup>14</sup> In [1993] 3 All E.R. p. 564). Zie verder W. van GERVEN, “In het verleden ligt de toekomst van een Europees ius commune”, *RW* 1995-96, 1430; -, “Bridging the gap between community and national laws : towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies ?”, *CMLR* 1995, 679 v.; BARAV, “Omnipotent Courts”, in *Essays in honour of H.G. Schermers*, II, 265 v.; B. LE BAUT-FERRARESE, *R. Dalloz* 1998, Chron. (307) 310; A. TIZZANO, “L’influence du droit communautaire sur le droit administratif italien”, *AJDA* 1996, n° spécial, p. 129 v.

<sup>15</sup> Zie R. CARANTA, “Learning from our Neighbours : Public Law remedies Homogenization from Bottom Up”, *Maastricht Journal* 1997, 220 v.

<sup>16</sup> Zie in het bijzonder de voetnoot 14 genoemde bijdragen van W. van GERVEN.

<sup>17</sup> Zie bv. de arresten HJEG 17-7-1997, C-28/95, *Leur-Bloem t. Inspecteur Belastingdienst*, en HJEG 26-11-1996, C-130/95, *Giloy* Zie meer algemeen, i.h.b. over de homogeniserende uitbreiding door de lidstatelijke wetgever en de gevolgen daarvan G. BRANDNER, *Die überschießende Umsetzung von Richtlinien*, Lang Frankfurt a.M. 2003.

## 7. Rechtvaardiging van de niet-terugvorderbaarheid is geen rechtvaardiging meer van de discriminatie.

Er kunnen een aantal redenen zijn die de gemeenrechtelijke regel op zichzelf misschien kunnen rechtvaardigen. Maar sinds de Wet van 2 augustus 2002 gaat het niet meer om de vraag of zonder de nieuwe wet de traditionele regel op zichzelf strijdig is met de Grondwet, dan wel binnen de marge valt die de wetgever redelijkerwijze kan hanteren, maar wel of die traditionele regel nog in stand kan worden gehouden voor de gevallen die buiten het toepassingsgebied van de wet vallen, wanneer de ongelijke behandeling met de gevallen die daarbinnen vallen zo manifest is.

Gezien die rechtvaardiging ontbreekt, is de wet strijdig met art. 10 en 11 van de Grondwet.

## 8. Strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel in samenhang met andere grondrechten.

Bovendien gaat het om een schending van art. 10 en 11 Grondwet en het gelijkaardige art. 14 EVRM in samenhang met art. 6 (en eventueel 13) EVRM. Een ongelijke behandeling is namelijk nog moeilijker te rechtvaardigen wanneer de ongelijke behandeling de uitoefening treft van een grondrecht. Daarbij moet meer bepaald gedacht worden aan art. 6 EVRM, dat het recht op effectieve toegang tot de rechter omvat in geschillen over “burgerlijke” rechten en verplichtingen.

Volgens de rechtspraak van het EHRM garandeert art. 6 EVRM de concrete en reële mogelijkheid van toegang tot de rechter (en niet enkel het abstracte principe). Dit omvat onder meer het recht op bijstand door een advocaat.

Het is niet duidelijk of het EHRM zover wil gaan dat de niet-terugvorderbaarheid in het algemeen strijdig zou worden geoordeeld met art. 6 EVRM. Maar ten aanzien van de Wet van 2 augustus 2002 moet niet aangetoond worden dat de bestaande gemeenrechtelijke regel op zichzelf in strijd is met art. 6 (en 13 EVRM), maar volstaat het dat aangetoond wordt dat de toegang tot de rechter en de rechtsbescherming op een discriminerende manier wordt aangepakt.

Overigens is de kans groot dat de gemeenrechtelijke regel ook in strijd is met art. 6 EVRM op zichzelf. Het Comité van Ministers van de Raad van Europa heeft reeds in zijn Aanbeveling nr. (81) 7 van 14 mei 1981 uit art. 6 afgeleid, in punt 14 van die Aanbeveling, dat behoudens bijzondere omstandigheden, de winnende partij in beginsel van de verliezende partij terugbetaling moet krijgen van de redelijk gemaakte kosten en uitgaven, inbegrepen de advocatenhonoraria.

Het traditionele tegenargument dat de terugvorderbaarheid van erelonen juist het recht van verdediging en dus de toegang tot de rechter bemoeilijkt, is in die zin onjuist dat de terugvorderbaarheid de toegang bemoeilijkt voor die partijen die uiteindelijk ongelijk blijken

te hebben, maar integendeel de toegang vergemakkelijkt voor die partijen die uiteindelijk gelijk blijken te hebben.<sup>18</sup>

## 9. Besluit.

De hierboven vastgestelde discriminatie door de rechtspraak laten vaststellen en verhelpen, is anderzijds nog niet zo evident. Immers, art. 6 van de wet is immers niet discriminerend op zichzelf. Art. 6 is maar discriminerend door de beperking van het toepassingsgebied die te vinden is in art. 2 nr. 1 en art. 3 lid 1. Of nog juister : art. 2 nr. 1 en art. 3 lid 1 van de wet zijn discriminerend in zoverre ze het toepassingsgebied beperken van de invoering van de terugvorderbaarheid van erelonen in art. 6. Men zou ook kunnen oordelen dat de discriminatie zijn oorsprong vindt:

- in art. 1023 Ger.W., wat betreft de discriminatie inzake de mogelijkheid de honoraria bij contractueel beding ten laste te leggen van de schuldenaar,
- of, wat de discriminatie voor het overige betreft, in een lacune in de wetgeving (bv. in art. 1017 Ger.W. bij de opsomming van de gerechtskosten), dan wel - voor de materie van de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid - de interpretatie die de rechtspraak (i.h.b. het Hof van cassatie) geeft aan art. 1382 c.q. 1150 B.W. (buitencontractuele c.q. contractuele aansprakelijkheid). Wat het laatste betreft, kan men ook stellen dat het mogelijk is een niet-discriminerende en dus grondwetsconforme interpretatie te geven aan enerzijds art. 2 nr.1 en art 3 lid 1 van de wet van 2 augustus 2002 - namelijk dat daaruit niet *a contrario* volgt dat art. 6 van die wet in andere materies niet geldt maar deze bepalingen in tegendeel zo worden uitgelegd dat die beperking enkel geldt voor de andere bepalingen van de wet en zeker niet voor art. 6 - en aan anderzijds art. 1017 Ger.W. en/of art. 1150 en 1382 B.W., grondwetsconforme interpretatie die de heersende interpretatie van het Hof van Cassatie als ongrondwettig terzijde schuift.

Allicht kan erop gewezen worden dat bij gebreke van dergelijke grondwetsconforme interpretatie de discriminatie blijft bestaan ten gevolge van een nalaten van de Belgische Staat en dat deze daarvoor aansprakelijk kan worden gesteld. Met andere woorden, eenieder die een geding wint en de door hem betaalde advocatenkosten door de beperkingen van de Wet van 2 augustus 2002 niet kan ten laste leggen van de verliezende partij, zou deze kunnen terugvorderen van de Belgische Staat. Dat zou misschien wel eens de beste stimulans kunnen zijn om ons recht in deze eindelijk aan te passen ...

---

<sup>18</sup> Zie voor de discussie recent nog S. VELU, “La non-répétibilité des frais et honoraires de conseils est-elle compatible avec les exigences du droit de l'accès à un tribunal”, in *Liber amicorum Lucien Simont*, 221 v.