

De verhaalbaarheid van kosten van juridische en technische bijstand na het arrest van het Hof van Cassatie van 2 september 2004

Bart DE TEMMERMAN
Houder van een bijzondere doctoraatsbeurs F.W.O.-Vlaanderen

Inleiding

1. In het spraakmakend arrest van 2 september 2004¹ aanvaardt het Hof van Cassatie de verhaalbaarheid van kosten van juridische en technische bijstand. In het bijzonder de verhaalbaarheid van de advocatenrekening (of, waarom niet, declaratie) geeft aanleiding tot heel wat discussie. De praktische gevolgen van de nieuwe oplossing, de vragen die het arrest openlaat en de traditionele afkeer van de balie voor elke beoordeling van het honorarium verklaren de commotie. Het arrest is echter ook belangrijk op het vlak van de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid in het algemeen. Het biedt tevens een mooie illustratie van de moeilijkheden en beperkingen van een rechterlijk beleid. Het is niet de bedoeling de hele problematiek van de verhaalbaarheid van kosten van juridische en technische bijstand (opnieuw) uiteen te zetten.² Ik poog wel de belangrijkste vragen onder de aandacht te brengen.

I. Het arrest van 2 september 2004

§1. De feiten, het arrest

2. Wegens talrijke gebreken aan hun woning stelden de eigenaars tegen de architect en de aannemer een aansprakelijkheidsvordering in. De vaststelling van de precieze oorzaak van een aantal gebreken was blijkbaar een moeilijke zaak. De gerechtsdeskundige hield rekening met twee mogelijke oorzaken. Dank zij

¹ Het arrest van 2 september 2004 werd ondertussen meermaal gepubliceerd en geannoteerd: *J.T.* 2004, 684 met noot B. DE CONINCK, "Répétibilité et responsabilité civile: un arrêt de principe"; *J.L.M.B.* 2004, 1320 met noot M. GOUDEN en D. PHILIPPE, "Les honoraires d'avocat et les frais d'expert constituent un élément du dommage"; *NjW* 2004, 953, noot RDC; *R.W.* 2004-05, concl. A. HENKES, met noot B. WILMS en K. CHRISTIAENS, "Erelonen en kosten van advocaten kunnen op een schadeverwekkende partij worden verhaald als onderdeel van door een slachtoffer geleden schade"; *Rev. not. b.* 2004, 471, met noot D. STERCKX, "Des frais et honoraires et de conseil technique comme élément du dommage"; *T.B.B.R.* 2004, 461; *R.G.A.R.* 2005, nr. 13.946, concl. A. HENKES; *RABG* 2005, 212, concl. A. HENKES, met noot N. CLIJMANS, "De verhaalbaarheid van het honorarium en de kosten van de advocaat". Zie ook de grondige commentaar door V. CALLEWAERT en B. DE CONINCK, "La répétibilité des frais et honoraires d'avocat après l'arrêt de la Cour de cassation du 2 septembre 2004: responsabilité et assurances", *R.G.A.R.* 2005; nr. 13.944 en door G. CLOSSET-MARCHAL en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, "La répétibilité des honoraires d'avocat à l'aune du droit judiciaire", *R.G.A.R.* 2005, nr. 13.945. Zie voorts H. LAMON, "The winner takes it all" en P. VAN ORSHOVEN, "The loser's standing small?", *De Juristenkrant* 2004, afl. 94, 8-9; F. GLANSDORFF, "La prise en charge des honoraires d'avocat: un important arrêt de la Cour de cassation", *Journ. Proc.* 2004, afl. 486, 4-5; F. GLANSDORFF, "Recommandations aux avocats à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation du 2 septembre 2004", *J.T.* 2004, 786.

² Zie voor een overzicht en bespreking van de literatuur en rechtspraak vóór het arrest van 2 september 2004 o.a. B. DE TEMMERMAN, "De verhaalbaarheid van kosten van juridische of technische bijstand" in *T.P.R.* 2003, 1013-1070.

het onderzoek van het ingenieursbureau waarop de eigenaars een beroep hadden gedaan, kon de gerechtsdeskundige uiteindelijk een andere oorzaak vaststellen. Ook op procedureel vlak was één en ander vrij moeizaam verlopen: een eerste aangestelde gerechtsdeskundige diende te worden vervangen; de eerste rechter had ook een plaatsopneming bevolen. Architect en aannemer werden uiteindelijk aansprakelijk gesteld. Het Hof van Beroep te Luik veroordeelde beiden in solidum tot betaling aan de eigenaars van een voorschot van één frank tot vergoeding van de schade bestaande in het bedrag aan kosten en ereloon van hun advocaat in zoverre dat de rechtsplegingsvergoeding te boven ging. Tevens kende het hof van beroep een vergoeding toe voor bepaalde kosten van bijstand die experts aan de eigenaars hadden geleverd.³

3. Tegen deze beslissing stelden de architect en de aannemer cassatieberoep in. Zij voerden aan dat, in de regel, het beroep dat het slachtoffer van een contractuele fout doet op een technisch of juridisch raadman alleen het bijstaan beoogt van het slachtoffer in de vordering tot herstel van de door die fout veroorzaakte schade; de erelonen van deze raadslieden zijn geen bestanddeel van die schade in de zin van de artikelen 1146 en 1153 B.W en kunnen bijgevolg niet aan de aansprakelijke worden aangerekend. Voorts voerden zij aan dat hoewel de rechter in feite en derhalve op onaantastbare wijze, binnen de perken van de conclusies van de partijen, het bestaan en de omvang van de schade beoordeelt en met name of in een bepaald geval de kosten van aanstelling van een deskundige en van een raadsman bestanddelen zijn van de schade, geen uitzondering op de vermelde regel kon worden gerechtvaardigd noch door de vaststelling dat zonder de fouten van de architect en de aannemer de opdrachtgevers geen beroep hadden hoeven te doen op raadslieden, noch door het feit dat de moeilijk te achterhalen oorzaak van de gebreken talrijke prestaties van de advocaat noodzakelijk had gemaakt, noch door het feit dat zonder de bijstand van de technische raadslieden de gerechtsdeskundige mogelijk niet de juiste oorzaak van de gebreken had kunnen vaststellen. Er was immers uitsluitend sprake van prestaties die betrekking hadden op de niet voor vergoeding vatbare bijstand van het slachtoffer in de verdediging van zijn belangen.

4. Het Hof van Cassatie verwerpt het cassatieberoep. Het antwoord van het Hof luidt in essentie als volgt: (1) Krachtens artikel 1149 B.W. moet de schuldenaar bij wanuitvoering van een contractuele verplichting volledig instaan voor het verlies van de schuldeiser en voor de winst die hij heeft moeten derven, behoudens de toepassing van de artikelen 1150 en 1151 B.W. (2) De aan de schuldeiser verschuldigde schadevergoeding moet met toepassing van artikel 1151 B.W. omvatten alleen hetgeen een noodzakelijk gevolg is van het niet uitvoeren van de overeenkomst. (3) Het honorarium en de kosten van een ad-

³ Voor de kosten van een verslag dat een vastgoedexpert had opgemaakt (7.020 BEF) werd geen vergoeding toegekend omdat een eenvoudige fotoreportage had volstaan. De kosten van het onderzoek door het ingenieursbureau (79.159 BEF) werden volledig vergoed omdat die kosten uitsluitend de vaststelling van de betwiste oorzaak van bepaalde gebreken betroffen. De kosten van een onderzoek door een ingenieur-architect (104.622 BEF) werden voor de helft vergoed omdat een deel van de prestaties van deze expert ook betrekking had op andere gebreken en die prestaties geen nut hadden voor de gerechtsdeskundige.

vocaat of van een technisch raadsman die de benadeelde van een contractuele fout heeft betaald, kunnen een verhaalbaar element van zijn schade vormen in zoverre zij dat noodzakelijk karakter vertonen.

Het Hof overweegt voorts dat het bestreden arrest, met de in het middel vermelde redenen, oordeelt dat de kosten en honoraria waarvoor het een vergoeding toekent, "*binnen de grenzen die het bepaalt, een concreet bestanddeel van hun schade vormen en dat zij noodzakelijk waren geworden door de wanuitvoering van de overeenkomst*". Aldus beslist het bestreden arrest naar recht dat architect en aannemer die schade moeten vergoeden.

§2. Een nieuwe oplossing

5. Het arrest geeft onbetwistbaar aan het vraagstuk van de verhaalbaarheid van kosten van juridische of technische bijstand een nieuwe oplossing.⁴

Wat het beroep op een *advocaat* betreft, wees voordien het Hof van Cassatie inzake *buitencontractuele aansprakelijkheid* de verhaalbaarheid van de daarvoor gemaakte kosten categorisch af. Volgens die rechtspraak heeft het beroep op een advocaat door het slachtoffer enkel tot doel het slachtoffer bij te staan in zijn eis tot herstel van de veroorzaakte schade; dat beroep is geen bestanddeel van die schade.⁵ Inzake *contractuele aansprakelijkheid* formuleerde het Hof in een alleenstaand gebleven arrest⁶ een andere regel: de rechter beoordeelt in feite en derhalve op onaantastbare wijze, binnen de perken van de conclusies van de partijen, het bestaan en de omvang van de schade en met name of in een bepaald geval de kosten van aanstelling van een deskundige en van een raadsman bestanddelen zijn van de schade. Het cassatieberoep tegen het arrest dat aan de benadeelde een vergoeding had toegekend, werd afgewezen. Men kan veronderstellen dat deze oplossing door de specifieke gegevens van de zaak was ingegeven.⁷

Wat het beroep op *technische raadslieden* betreft, heeft het Hof inzake *onteigening* de verhaalbaarheid van de kosten van bijstand door een technisch raadsman afgewezen op grond van de beoordeling dat de onteigeningswetgeving zelf in maatregelen voorziet die de rechten van de onteigende beschermt; het beroep op de medewerking van een technisch raadsman is bijgevolg een niet noodzakelijke maatregel waarvan de kosten niet aan de overheid kunnen worden toegerekend.⁸ Inzake *buitencontractuele aansprakelijkheid* formuleer-

⁴ Voor een uitvoeriger overzicht van de rechtspraak vóór het arrest van 2 september 2004 zie B. DE TEMMERMAN, *o.c.*, *T.P.R.* 2003, 1024-1032.

⁵ Cass. 11 april 1956, *Arr. Verbr.* 1956, 657 en *R.G.A.R.* 1956, nr. 5772, noot J. FONTEYNE; arrest *a quo*: Brussel 4 juli 1955, *R.G.A.R.* 1956, nr. 5658, noot J. FONTEYNE; Cass. 11 juni 1956, *Pas.* 1956, I, 1098; Cass. 18 juni 1964, *Pas.* 1964, I, 1121.

⁶ Cass. 28 april 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 1155 en *R.W.* 1986-87, 1907; arrest *a quo*: Gent 6 december 1984, *R.W.* 1986-87, 1922.

⁷ Zie meer uitgebreid B. DE TEMMERMAN, *o.c.*, *T.P.R.* 2003, p. 1025-1027, nr. 9.

⁸ Cass. 7 juni 1956, *Pas.* 1956, I, 1073; Cass. 30 april 1959, *Pas.* 1959, I, 885 en Cass. 14 juni 1990, *Arr. Cass.* 1990, 1304.

de het Hof recenter in twee arresten de regel – die aansluit op de regel inzake de niet-verhaalbaarheid van kosten van juridische bijstand – dat "*in de regel, het beroep dat het slachtoffer van een fout doet op een technisch raadsman, alleen het bijstaan beoogt van dat slachtoffer in de vordering tot herstel van de door die fout veroorzaakte schade*" en "*dat het geen bestanddeel van die schade is en niet voor vergoeding in aanmerking komt*".⁹ In die zaken ging het echter om kosten van vaststelling van het bestaan en omvang van (voertuig)schade. Het Hof aanvaardde daarentegen in een opgemerkt arrest van 28 februari 2002 de principiële verhaalbaarheid van die kosten: artikel 1382 B.W. sluit niet uit dat de vergoedingsplicht zich kan uitstrekken tot de kosten die de benadeelde partij dient te besteden met het oog op de vaststelling van de schade en de omvang ervan.¹⁰

Het middel dat de eisers aanvoerden in de besproken zaak, steunde aldus op een combinatie van de verschillende regels die het Hof tot nu toe had geformuleerd: de kosten van juridische of technische bijstand zijn geen bestanddeel van de door een fout veroorzaakte schade,¹¹ althans niet "in de regel".¹² Voor de beoordeling van het bestaan van een mogelijke uitzondering op de regel verwees het middel naar de feitelijke en derhalve onaantastbare beoordeling door de rechter¹³ maar het voerde tegelijkertijd aan dat de door het bestreden arrest vermelde omstandigheden geen uitzondering op de regel rechtvaardigen.

§3. Een nieuwe oplossing op grond van een bestaande regel

6. Het arrest van 2 september 2004 steunt de nieuwe oplossing op een toepassing van artikel 1151 B.W., een bepaling inzake contractuele aansprakelijkheid. Krachtens deze bepaling, die aansluit op de artikelen 1149 en 1150 B.W., "*(moet), zelfs ingeval het niet uitvoeren van de overeenkomst is veroorzaakt door opzet van de schuldenaar, (...) de schadevergoeding, wat betreft het verlies dat de schuldeiser heeft geleden en de winst die hij heeft moeten derven, alleen omvatten hetgeen een onmiddellijk en rechtstreeks gevolg is van het niet uitvoeren van de overeenkomst*". Het arrest van 2 september 2004 zegt over deze bepaling "*dat de aan de schuldeiser verschuldigde schadevergoeding alleen hetgeen een noodzakelijk gevolg is van het niet uitvoeren van de overeenkomst moet omvatten*". Op grond van die bepaling oordeelt het Hof dat het honorarium en de kosten van een advocaat of technisch raadsman een verhaalbaar element van de schade kunnen vormen "*in zoverre zij dat noodzakelijk karakter vertonen*".

⁹ Cass. 20 oktober 1994, *Arr. Cass.* 1994, 866; Cass. 5 mei 1999, *Arr. Cass.* 1999, 612.

¹⁰ Cass. 28 februari 2002, *R.W.* 2002-03, 19, *De Verz.* 2002, 701, noot P. GRAULUS, *N.J.W.* 2002, 351 en *R.G.A.R.* 2003, nr. 13.754, noot F. GLANSORFF.

¹¹ Zie de arresten vermeld in voetnoten 5 en 9.

¹² Deze slag om de arm werd ontleend aan de arresten vermeld in voetnoot 9.

¹³ Vgl. het arrest vermeld in voetnoot 6.

Een onderzoek van de rechtspraak over deze bepaling laat toe de draagwijdte van het besproken arrest nauwkeuriger te bepalen.¹⁴

7. In het arrest van 24 juni 1977¹⁵ omschrijft het Hof van Cassatie voor het eerst de draagwijdte van artikel 1151 B.W. Het Hof overweegt dat krachtens die bepaling *"de aan de schuldeiser verschuldigde schadevergoeding alleen moet omvatten hetgeen een onmiddellijk en rechtstreeks gevolg is, dit is een noodzakelijk gevolg, van het niet-uitvoeren van de overeenkomst"*. Het begrip *"onmiddellijk en rechtstreeks gevolg"* wordt aldus uitgelegd als *"noodzakelijk gevolg"*.

In die zaak over een verkeersongeval als gevolg van de gebrekkige staat van de weg, kwam het vereiste van *"noodzakelijk gevolg"* neer op een toepassing van de *conditio sine qua non*-test. De overheid had nagelaten de gebrekkige staat van de weg op een afdoende wijze te signaleren. De overheid stelde op haar beurt de aannemer aansprakelijk omdat hij had nagelaten binnen de contractueel bepaalde termijn de nodige herstellingswerken uit te voeren. Die op contractuele aansprakelijkheid gegronde vordering had de rechter afgewezen. Daartoe had hij erop gewezen dat indien de overheid zorgvuldig had gehandeld, het ongeval zich niet zou hebben voorgedaan *"zonder dat de aansprakelijkheid van de bestuurder van het voertuig zeer waarschijnlijk op zeer ernstige wijze in gedrang zou zijn gekomen"*¹⁶ en dat *"geen rechtstreeks oorzakelijk verband tussen de contractuele fout van (de aannemer) tegenover (de overheid) en het ongeval kan worden aangenomen"*. Het geschil werd bijgevolg beoordeeld op grond van causaliteit: was de niet-tijdige uitvoering van de herstellingswerken nog oorzaak van het ongeval (en van de aansprakelijkheid daarvoor die de overheid tegenover de slachtoffers opliep) als de overheid door een zorgvuldig signaleren van de gebrekkige staat van de weg het ongeval had kunnen voorkomen? Het Hof van Cassatie vernietigde het bestreden arrest: *"overwegende dat, nu uit voormelde beschouwingen van het arrest niet kan worden afgeleid dat zonder de contractuele fout van (de aannemer) het ongeval zich niettemin zou hebben voorgedaan, het arrest zijn beslissing niet wettelijk verantwoordt"*.

In die laatste overweging leest men duidelijk een toepassing van de *conditio sine qua non*-test. Op basis van dit arrest wijst de literatuur erop dat het in artikel 1151 B.W. neergelegde vereiste van *"onmiddellijk en rechtstreeks gevolg"*

¹⁴ Zie voor een overzicht van de bepalingen inzake contractuele aansprakelijkheid vooral L. CORNELIS, "Le sort imprévisible du dommage prévisible" (noot onder Cass. 11 april 1986), *R.C.J.B.* 1990, 81-105.

¹⁵ Cass. 24 juni 1977, *Arr.Cass.* 1977, 1101.

¹⁶ Deze overweging was naast de kwestie: de eventuele aansprakelijkheid van de bestuurder in de veronderstelling dat de overheid zorgvuldig had gehandeld kan de beoordeling van de causaliteit van de fout van de aannemer niet beïnvloeden. Niettemin gaat het Hof hierop in met de overweging *"dat het arrest zodoende niet vaststelt dat, indien (de overheid) voormelde maatregelen had genomen, het ongeval zich niet zou hebben voorgedaan, doch enkel dat in dit geval de aansprakelijkheid van de weggebruiker op zeer ernstige wijze in het gedrang zou zijn gekomen, hetgeen niet uitsluit dat (de overheid) niettemin tegenover de getroffen en gedeeltelijk aansprakelijk had kunnen worden verklaard"*.

volgens de rechtspraak van het Hof op een eenvoudige toepassing van de equivalentieeler neerkomt.¹⁷

8. Ook een arrest van 9 mei 1986 formuleert de regel "*dat, met toepassing van artikel 1151 van het Burgerlijk Wetboek, de aan de schuldeiser wegens de wanprestatie van de schuldenaar verschuldigde schadevergoeding alleen moet omvatten hetgeen een onmiddellijk en rechtstreeks gevolg is, dit is een noodzakelijk gevolg, van het niet uitvoeren van de overeenkomst*".¹⁸

Dit arrest heeft betrekking op een vordering tot vergoeding van het ereloon dat een contractpartij had betaald aan een architect die hem bij de afwikkeling van een geschil had bijgestaan.¹⁹ Het bestreden arrest had deze vordering afgewezen. Het middel tegen deze beslissing werd afgewezen op grond van de overweging "*dat het arrest met de in het onderdeel bekritiseerde redengeving te kennen geeft dat het door eiser aan zijn architect "louter om zijn belangen te verdedigen" betaalde ereloon geen schade betreft, die het onmiddellijk en rechtstreeks gevolg is van de wanprestatie van de verweersters, en op grond van die feitelijke en derhalve onaantastbare vaststelling wettig beslist dat de verweersters niet tot vergoeding van die uitgave gehouden zijn*".

Opvallend aan dit arrest is dat het geen melding maakt van de *conditio sine qua non*-test en daarvan ook geen toepassing maakt. Inderdaad, men kan niet heen om de vaststelling dat zonder de wanprestatie van de verkopers, de koper geen beroep had hoeven te doen op een architect. Tussen de wanprestatie en de bijstand door de architect bestaat bijgevolg een *conditio sine qua non*-verband.²⁰

Eveneens opmerkelijk is dat het Hof in dit arrest de beoordeling dat een uitgave "*geen schade betreft die het onmiddellijk en rechtstreeks gevolg is van de*

¹⁷ Zie o.a. W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2001, 119; I. DURANT en N. VERHEYDEN-JEANMART, "Les dommages et intérêts accordés au titre de la réparation d'un dommage contractuel" in M. FONTAINE en G. VINEY, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2001, p. 321-322, nrs. 20-21; P. WÉRY, "Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles" in P. WÉRY (ed.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Brugge, die keure, 2004, p. 317, nr. 27.

¹⁸ Cass. 9 mei 1986, *Arr. Cass.* 1986, 555.

¹⁹ De gegevens van de zaak blijken niet volledig uit het arrest. De partijen hadden een koopovereenkomst met betrekking een onroerend goed gesloten. Nadien ontstond tussen de partijen betwisting, wellicht over de staat van het onroerend goed. In elk geval bleek de koper een beroep te hebben gedaan op een architect om zijn belangen te verdedigen. Deze contractpartij vorderde niet alleen vergoeding van de kosten van bijstand door die architect maar ook vergoeding van de kosten van een niet opgenomen krediet en van schattingskosten met het oog op het verkrijgen van een hypothecaire lening. De rechter had de koopovereenkomst met toepassing van artikel 1184 B.W. ontbonden wegens de wanprestatie van beide partijen.

²⁰ Vgl. L. CORNELIS, o.c., *R.C.J.B.* 1990, p. 92-93, nr. 12 die het arrest niettemin tracht te zien als een toepassing van het vereiste van *conditio sine qua non*, al bekritiseert hij de beoordeling van de feitenrechter.

wanprestatie" aanmerkt als een "feitelijke en derhalve onaantastbare vaststelling". Het Hof waagt zich zelfs niet aan een beperkte toetsing: kon de rechter, op grond van de door hem (inderdaad op onaantastbare wijze) vastgestelde feiten, in rechte besluiten dat de uitgave geen onmiddellijk en rechtstreeks gevolg was van de wanprestatie?

9. Het arrest van 2 september 2004 sluit, wat de interpretatie van artikel 1151 B.W. betreft, op de arresten van 24 juni 1977 en 9 mei 1986 aan, al wordt de regel verkort geformuleerd. Dezelfde regel leidt in het besproken arrest echter tot een andere oplossing dan in het arrest van 9 mei 1986. Eveneens in tegenstelling tot dat laatste arrest, maakt het besproken arrest geen gewag van een feitelijke en dus onaantastbare (dit is niet in cassatie toetsbare) vaststelling van het "noodzakelijk" karakter van het gevolg. Indien de nieuwe oplossing in latere arresten zal worden bevestigd, valt af te wachten in welke mate het Hof van Cassatie erop zal toezien of de door de rechter vastgestelde feiten de gevolgen verantwoorden die de rechter daaruit in rechte afleidt.²¹

II. Onzekerheid over de draagwijdte van de nieuwe oplossing

§1. Het toepassingsgebied: niet alleen bij contractuele aansprakelijkheid (en wat bij toepassing van artikel 1153 B.W.?) maar ook bij buitencontractuele aansprakelijkheid en inzake onteigening?

10. Het arrest van 2 september 2004 aanvaardt op grond van *contractuele aansprakelijkheid* de verhaalbaarheid van kosten van bijstand door een advocaat. Geldt dezelfde oplossing ook voor de *gemeenrechtelijke buitencontractuele aansprakelijkheid* (artikelen 1382-1386 B.W.)?

Die vraag moet zonder twijfel bevestigend worden beantwoord.²² De oplossing van het besproken arrest steunt immers op een beoordeling van causaliteit. Het causaal verband tussen onrechtmatige daad en schade en het causaal verband tussen wanprestatie en schade worden op dezelfde wijze beoordeeld. Ook wanneer zou blijken dat het vereiste van "noodzakelijk gevolg" méér inhoudt dan het bestaan van een *conditio sine qua non*-verband (waarover hierna meer²³), rijst geen probleem. De buitencontractuele aansprakelijkheid stelt immers in elk geval geen hogere eisen aan de vergoedbaarheid van schade dan de contractuele aansprakelijkheid.

²¹ Leggen daarentegen er sterk de klemtoon op dat de rechter het noodzakelijk karakter op onaantastbare wijze beoordeelt: D. STERCKX, *o.c.*, *Rev. not. b.* 2004, p. 474, nr. 4; B. WILMS en K. CHRISTIAENS, *o.c. R.W.* 2004-05, p. 546, nr. 10.3; vgl. P. VAN ORSHOVEN, *o.c.*, *De Juristenkrant* 2004, afl. 94, p. 8.

²² In die zin ook o.a. B. DE CONINCK, *o.c.*, *J.T.* 2004, p. 685, nr. 4.

²³ *Infra*, III.B.

11. Dit alles geldt niet alleen voor vorderingen tot schadevergoeding die voor de *burgerlijke rechter* worden ingesteld. Ook voor de *strafrechter* kan met een burgerlijke vordering vergoeding voor kosten van juridische bijstand worden gevorderd.²⁴

De correctionele rechtbank te Ieper heeft nochtans hiertegen bezwaar geoperd. Deze rechtbank is van oordeel dat het vermoeden van onschuld en het recht niet gedwongen te worden tegen zichzelf te getuigen aan de verhaalbaarheid in de weg staan. Daartoe gaat de rechtbank ervan uit dat de veroordeling van de beklaagde tot vergoeding van de advocatenrekening van de burgerlijke partij een *pecuniaire sanctie* uitmaakt. De beklaagde zou deze sanctie alleen kunnen vermijden indien hij vooraf de schade van de burgerlijke partij vergoedt, wat zijn verdediging op strafrechtelijk vlak zou ondermijnen. De hele redenering staat of valt met het uitgangspunt dat de veroordeling tot vergoeding van de advocatenrekening een pecuniaire sanctie uitmaakt. Dat valt slechts te begrijpen wanneer, zoals de rechtbank doet, de verhaalbaarheid alleen wordt aanvaard voor zover niet de oorspronkelijke onrechtmatige daad maar alleen de foutieve weigering om spontaan de schade te vergoeden aan de grondslag ervan ligt.²⁵ In die benadering is een veroordeling van de beklaagde tot vergoeding van de advocatenrekening inderdaad voor kritiek vatbaar. De rechtbank begaat echter de vergissing de verhaalbaarheid van de advocatenrekening te steunen op een van de oorspronkelijke onrechtmatige daad (het misdrijf) te onderscheiden fout. Dat is in elk geval niet de benadering van het besproken arrest (waarover hierna meer²⁶).

12. Uit het voorgaande vloeit eveneens voort dat het geen verschil maakt of de buitencontractuele aansprakelijkheid zijn grondslag vindt een *fout* dan wel in een feit dat aanleiding geeft tot *objectieve aansprakelijkheid*. De verhaalbaarheid van kosten van juridische bijstand vindt zijn rechtvaardiging niet in enige bestraffing van een *fout* maar uitsluitend in de vergoedende functie van het aansprakelijkheidsrecht. Indien het objectieve aansprakelijkheidsstelsel de schade aan de aansprakelijke toerekent op dezelfde (of een vergelijkbare) wijze als de contractuele aansprakelijkheid of de buitencontractuele foutaansprakelijkheid, ligt de verhaalbaarheid van kosten van juridische bijstand voor de hand.²⁷

Problemen kunnen wel ontstaan wanneer de buitencontractuele aansprakelijkheidsregeling een omschrijving of beperking van de vergoedbare schade inhoudt. Zo kan de vraag rijzen of de kosten van juridische bijstand deel uitmaken van de schade waarvoor op grond van foutloze burenhinder vergoeding

²⁴ In die zin ook F. GLANSORFF, *o.c.*, *J.T.* 2004, 786; V. CALLEWAERT en B. DE CONINCK, *o.c.*, *R.G.A.R.* 2005, nr. 13.944, p. 2*recto*, nr. 5. Zie b.v. Pol. Hoei 26 oktober 2004, *R.G.A.R.* 2005, nr. 13.947.

²⁵ De rechtbank verwijst naar P. VAN ORSHOVEN, *o.c.*, *De Juristenkrant* 2004, afl. 94, p. 8.

²⁶ *Infra*, nr. 0.

²⁷ In die zin ook V. CALLEWAERT en B. DE CONINCK, *o.c.*, *R.G.A.R.* 2005, nr. 13.944, p. 2*verso*, nr. 8; anders (hoewel aarzelend) F. GLANSORFF, *o.c.* *J.T.* 2004, p. 786, nr. 2, onder f; N. CLIJMANS, *o.c.*, *RABG* 2005, p. 232, nr. 6.

("compensatie") kan worden verkregen. De kosten van juridische bijstand maken in elk geval geen deel uit van het verstoorde evenwicht tussen twee erven. Of dit argument volstaat om de verhaalbaarheid te weigeren, moet worden betwijfeld.²⁸ Net zoals vergoeding kan worden verkregen voor de nadelige financiële gevolgen die de burenhinder veroorzaakte,²⁹ moeten ook kosten van juridische bijstand kunnen worden verhaald.³⁰

Ook voor artikel 29bis W.A.M. kan de vraag rijzen of de kosten van juridische bijstand onder het toepassingsgebied van deze schadevergoedingsregeling vallen. Deze regeling is van toepassing op schade "*voortvloeiend uit lichamelijke letsels of het overlijden*"; "*stoffelijke schade*" is uit het toepassingsgebied ervan uitgesloten. Deze vraag werd al gesteld voor andere schadebestanddelen die geen betrekking op lichamelijke schade in de strikte zin van het woord maar evenmin "stoffelijke schade" (in de zin van schade aan zaken) uitmaken zoals administratiekosten of begrafeniskosten.³¹ Er kan worden aangenomen dat, net zoals voor die laatste kosten, ook de kosten van juridische bijstand deel uitmaken van de schade die voortvloeit uit lichamelijke letsels of het overlijden.³²

Indien de rechtspraak de verhaalbaarheid van kosten van juridische bijstand krachtens het contractuele en gemeenrechtelijke buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht bevestigt en voor zover de wetgever aan die verhaalbaarheid geen eigen grondslag zou geven, verdient het in elk geval de voorkeur dat deze kosten ook krachtens andere aansprakelijkheidsregels verhaalbaar zijn, zonder dat technische bijzonderheden van die aansprakelijkheidsregel een hinderpaal zouden vormen.

13. Kan de schuldeiser van een *geldschuld in de zin van artikel 1153 B.W.* eveneens aanspraak maken op de vergoeding van kosten van juridische bijstand? Die vraag is van belang voor zover de wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties niet van toepassing is; artikel 6 van die wet voorziet immers in een redelijke schade-loosstelling voor relevante invorderingskosten.³³ Artikel 1153 bepaalt daarentegen dat inzake verbintenissen die alleen betrekking hebben op het betalen

28 Hierbij kan worden opgemerkt dat de omschrijving van de op grond van burenhinder vergoedbare schade blijkbaar niet tot veel discussie aanleiding geeft; zie b.v. S. STIJNS en H. VUYE, *Burenhinder* in R. DILLEMANS en W. VAN GERVEN (ed.), *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 493-521.

29 B.v. Brussel 8 november 1998, *J.L.M.B.* 1999, 637: vergoeding voor de nettowinstderving van een winkelhouder als gevolg van openbare werken.

30 Vgl. V. CALLEWAERT en B. DE CONINCK, *o.c.*, *R.G.A.R.* 2005, nr. 13.944, p. 2*verso*, nr. 9 die op dit vlak geen probleem bespeuren.

31 Zie o.a. B. DUBUISSON, "Questions divers: l'application de la loi dans le temps et dans l'espace, le préjudice par répercussion, la situation du conducteur" in P. JADOUL en B. DUBUISSON (ed.), *L'indemnisation des usagers faibles de la route, Les Dossiers du Journal des Tribunaux*, 35, Brussel, Larcier, 2002, p. 155, nr. 13; J. BOGAERT, *Tien jaar praktijk artikel 29bis. De regeling ten voordele van zwakke weggebruikers*, Mechelen, Wolters Kluwer België, 2004, p. 88-89, nr. 71.

32 V. CALLEWAERT en B. DE CONINCK, *o.c.*, *R.G.A.R.* 2005, nr. 13.944, p. 3*recto*, nr. 9.

33 Zie hierover o.a. B. DE TEMMERMAN, *o.c.*, *T.P.R.* 2003, p. 1061-1069, nrs. 33-35.

van een bepaalde geldsom, de schadevergoeding wegens vertraging in de uitvoering *nooit in iets anders bestaat dan in de wettelijke interest*, behoudens de bij de wet gestelde uitzonderingen.³⁴

De draagwijdte van artikel 1153 B.W. is omstreden. De meeste auteurs menen dat, tenzij de partijen anders overeengekomen zijn, artikel 1153, eerste lid, B.W. zich verzet tegen de toekenning van enige bijkomende schadevergoeding.³⁵ Dit strookt met de bedoeling van de wetgever die elke discussie over de omvang van de gederfde winst en het verleden verlies als gevolg van de niet-tijdige betaling van een geldsom wou vermijden.³⁶ Omdat de schade die voortvloeit uit niet-tijdige betaling moeilijk concreet kan worden aangetoond, heeft hij het bedrag van de schade vastgelegd, zonder dat de schuldeiser enig verlies hoeft te bewijzen (artikel 1153, tweede lid, B.W.) maar ook zonder dat de schuldeiser mag bewijzen dat hij méér schade heeft geleden. In een andere interpretatie beperkt de toepassing van artikel 1153, eerste lid, B.W. zich tot renteschade, dit is de schade die voortvloeit uit de derving van het genot van de geldsom. Op kosten van invordering van de schuld zou deze bepaling niet van toepassing zijn.³⁷ Deze laatste interpretatie heeft als nadeel dat het aan artikel 1153, eerste lid, B.W. zijn bestaansreden ontnemt. Indien een uitzondering wordt gemaakt voor de kosten van invordering van de schuld, waarom zou die uitzondering dan ook niet gelden voor andere schade die geen renteschade is?³⁸

Uiteraard is het weinig bevredigend dat krachtens het gemeenrechtelijke schadevergoedingsrecht de schuldeiser van een geldsom, in tegenstelling tot andere contractuele schuldeisers, geen aanspraak kan maken op vergoeding van kosten van juridische bijstand. Volgens V. CALLEWAERT en B. DE CONINCK lijdt het geen twijfel dat het Arbitragehof zo een onderscheid niet zou dulden.³⁹

34 Voor zo een uitzondering, zie artikel 1153, vierde lid, B.W. (opzet van de schuldeenaar).

35 B. DE TEMMERMAN, "Interest bij schadevergoeding uit wanprestatie en onrechtmatige daad. Een stand van zaken, tevens aanleiding tot een kritische beschouwing over de grondslagen van het Belgische schadevergoedingsrecht", *T.P.R.* 1999, p. 1305-1306, nr. 1306 en p. 1313-1314, nr. 23. Zie ook in die zin naar aanleiding van het besproken arrest M. GOUDEN en D. PHILIPPE, *o.c.*, *J.L.M.B.* 2004, 1330 en F. GLANSDORFF, *o.c.* *J.T.* 2004, p. 786, nr. 2, onder c.

36 Zie b.v. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XVI, Brussel, Bruylant, 1878, p. 365367, nr. 306.

37 I. MOREAU-MARGRÈVE, "Pour un certain pouvoir de révision des clauses pénales", *J.T.* 1976, 640-641 (die wel terecht erop wijst dat tijdens de voorbereiding van de *Code civil* alleen over renteschade werd gesproken, maar volstaat die vaststelling?) in C. BIQUET-MATHIEU, "Aspects de la réparation du dommage en matière contractuelle" in X (ed.), *Les obligations contractuelles*, Brussel, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, 466 en voetnoot 17; in die zin ook V. CALLEWAERT en B. DE CONINCK, *o.c.*, *R.G.A.R.* 2005, nr. 13.944, p. 3recto-4verso, nr. 12.

38 Bijvoorbeeld: door niet-tijdige betaling van een grote schuld krijgt de schuldeiser die van de bank geen krediet meer kan verkrijgen, onoverkomelijke betalingsmoeilijkheden zodat een faillissement niet meer kan worden vermeden. F. LAURENT (geciteerd in voetnoot 36) geeft een analoog voorbeeld.

39 V. CALLEWAERT en B. DE CONINCK, *o.c.*, *R.G.A.R.* 2005, nr. 13.944, p. 3verso, nr. 12.

Deze conclusie lijkt te snel getrokken. Het probleem rijst vooral indien de partijen niet kunnen bedingen dat kosten van juridische bijstand verhaalbaar zijn (waarover hierna meer⁴⁰). Is dat wel mogelijk, dan lijkt de wettelijke regeling die voor geldschulden de schade op een vast bedrag fixeert zonder de contractvrijheid van partijen uit te sluiten (ook niet wat de kosten van juridische bijstand betreft), een evenwichtig stelsel waarin verschillende belangen met elkaar worden verzoend.

14. Het opheffen van de ban over de verhaalbaarheid van kosten van juridische bijstand krachtens contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid doet ervoor pleiten dat ook inzake *onteigening* kosten van juridische bijstand verhaalbaar zijn. Bij de omschrijving van de vergoedbare schade bij onteigening doet het Hof van Cassatie immers ook een beroep op het vereiste van een oorzakelijk verband dat, zoals in het gemene recht, "uiteraard noodzakelijk" moet zijn.⁴¹ Het valt bijgevolg niet in te zien waarom de nieuwe oplossing niet ook inzake onteigening zou gelden.

15. Ten slotte moet de oplossing niet beperkt blijven tot kosten van juridische of technische bijstand *voor het voeren van een geding*. Ook *buitengerechtelijke* kosten van juridische bijstand moeten vergoedbaar zijn wanneer zij voldoen aan de door het besproken arrest gestelde voorwaarden.⁴² Vanuit rechtsvergelijkend oogpunt ligt deze oplossing voor de hand.⁴³ Of verzekeraars bij onderhandelingen over de vergoeding van letselschade zonder meer een bedrag voor kosten van juridische bijstand zullen willen toekennen – wat in Nederland staande praktijk is⁴⁴ – is echter zeer de vraag. Het arrest van 2 september 2004 zal in elk geval op dit punt zijn belang behouden ook indien de wetgever in een specifieke regeling voor de verhaalbaarheid van kosten voor het voeren van een geding zou voorzien. De verhaalbaarheid van de buitengerechtelijke kosten steunt immers niet op de procesrechtelijke rechtsverhouding tussen partijen (waarover hierna meer⁴⁵).

16. Conclusie: de oplossing van het besproken arrest beperkt zich niet tot de contractuele aansprakelijkheid. De oplossing geldt ook voor het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht en het onteigeningsrecht. Bijzondere aspecten van de aansprakelijkheidsregeling – bijvoorbeeld, wat betreft contractuele aansprakelijkheid, de fixatie van de schadevergoeding door artikel 1153 B.W. en, wat betreft buitencontractuele aansprakelijkheid, de omschrijving van de vergoedbare schade krachtens foutloze burenhinder – zouden aan die verhaalbaar-

⁴⁰ *Infra*, III.D.

⁴¹ *Supra* voetnoot 8.

⁴² In die zin ook V. CALLEWAERT en B. DE CONINCK, *o.c.*, *R.G.A.R.* 2005, nr. 13.944, p. 1*verso*, nr. 4; meer terughoudend D. STERCKX, *o.c.*, *Rev. not. b.* 2004, p. 474, nr. 4.

⁴³ *Infra* voetnoot 92.

⁴⁴ Zie hierover S.D. LINDENBERGH, J.M. TROMP, M.F.H.M. VAN HAASTERT, F. TH. KREMER en W.S. DE VRIES, *Buitengerechtelijke kosten. Vijf visies op de redelijkheid*, Den Haag, Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars (i.s.m. Kluwer Juridische Uitgevers, Deventer), 2000, 605 p. en mijn recensie van dit boek in *T.P.R.* 2002, 2069-2072.

⁴⁵ *Infra* 0-0.

heid afbreuk kunnen doen. Deze vaststelling draagt ertoe bij te twijfelen aan de adequaatheid van de regels van (contractuele of buitencontractuele) aansprakelijkheid als grondslag voor de verhaalbaarheid.

§2. De toepassingsvoorwaarde: het vereiste van "noodzakelijk gevolg". Volstaat *conditio sine qua non*?

17. Uit de verwantschap van het besproken arrest met de arresten van 24 juni 1977 en 9 mei 1986⁴⁶ volgt dat het vereiste dat schade, om verhaalbaar te zijn, een "noodzakelijk gevolg" van de wanprestatie moet zijn, geen innovatie is. Hoe moet dit vereiste worden beoordeeld?

Zoals de arresten van 24 juni 1977 en 9 mei 1986 aantonen, kan het vereiste op twee verschillende wijzen worden begrepen. Het arrest van 24 juni 1977 hecht aan het vereiste van "onmiddellijk en rechtstreeks gevolg" geen andere betekenis dan het bestaan van een verband van *conditio sine qua non* tussen wanprestatie en schade. Het arrest van 9 mei 1986 kan daarentegen niet op grond van de *conditio sine qua non*-test worden verantwoord: ook al is de wanprestatie een *conditio sine qua non* voor de uitgave (het honorarium en de kosten van de architect), toch is die uitgave geen "onmiddellijk en rechtstreeks" of "noodzakelijk" gevolg van de wanprestatie. Tussen de gevolgen van de wanprestatie waarvoor die laatste een *conditio sine qua non* is, kan bijgevolg nog een onderscheid worden gemaakt tussen *gevolgen die noodzakelijk zijn* en *gevolgen die niet noodzakelijk zijn*.

Een eerste en belangrijke vraag is bijgevolg: volstaat voor de verhaalbaarheid de aanwezigheid van een *conditio sine qua non*-verband of is méér vereist? Indien genoeg wordt genomen met het bestaan van een *conditio sine qua non*-verband, is elke advocatenrekening een noodzakelijk gevolg van de wanprestatie. Immers, zonder wanprestatie zou de benadeelde contractpartij geen beroep op een advocaat hebben moeten doen. Indien het vereiste van "noodzakelijk gevolg" méér vergt dan een *conditio sine qua non*-verband, is niet per definitie elke advocatenrekening verhaalbaar. Maar op grond van welke gegevens moet in dat geval het noodzakelijk karakter worden beoordeeld?

18. Het bestreden arrest bevat beide benaderingen. Het hof van beroep wees enerzijds erop dat "il est évident que si le dommage à réparer ne s'était pas produit, les défendeurs n'auraient pas dû, comme en l'espèce, recourir à l'assistance d'un avocat pour obtenir réparation du dommage". Anderzijds wees het hof van beroep ook op de bijzondere gegevens van de zaak waaruit de noodzaak van het beroep op de advocaat werd afgeleid: "face aux désordres constatés à leur immeuble et à la nature difficilement décelable de ceux-ci, ils n'auraient pu se passer du concours d'un avocat chargé d'assurer la défense de leurs intérêts en justice et plus spécialement dans le cadre de l'expertise judiciaire et ce aux fins d'obtenir la juste réparation de leur dommage". Deze complexiteit van de zaak op technisch vlak was voor het hof klaarblijkelijk van groot be-

⁴⁶ *Supra* nrs. 0-0.

lang. Om te motiveren waarom de rechtsplegingsvergoeding niet als vergoeding voor de kosten van juridische bijstand volstond, wees het hof in het bijzonder op de prestaties die de advocaat in het kader van het deskundigenonderzoek had geleverd.⁴⁷ Ook de begroting van de schadevergoeding werd eveneens in het teken gesteld van die complexiteit op technisch vlak in het kader van het deskundigenonderzoek.⁴⁸ Zo krijgt men de indruk dat het hof van beroep de oplossing sterk door de bijzondere gegevens van de zaak heeft laten bepalen.

Het Hof van Cassatie laat zelf in het ongewisse welke overweging van het hof van beroep de oplossing op doorslaggevende wijze rechtvaardigt. Het Hof beperkt immers zich ertoe te overwegen dat het bestreden arrest met de in het middel weergegeven redenen – dit is met beide hierboven geciteerde overwegingen – oordeelt dat de kosten en het honorarium van de advocaat door de wanuitvoering noodzakelijk waren geworden.

19. Het belang van de vraag hoe de *conditio sine qua non*-test en het vereiste van "noodzakelijk karakter" zich tot elkaar verhouden, blijkt ook uit een commentaar van B. DE CONINCK. Deze auteur wijst terecht erop dat het Hof van Cassatie de oplossing situeert op het vlak van causaliteit en dat causaliteit traditioneel op grond van het vereiste van *conditio sine qua non* wordt beoordeeld. Voor de bijstand door advocaten ziet hij weinig problemen: "*Il nous apparaît que ce caractère de nécessité est presque toujours rencontré, dès lors qu'une procédure est introduite*".⁴⁹ Wat de bijstand door technische raadslieden betreft, is hij echter veel meer terughoudend: "*la nécessité du recours à un conseil technique ne s'établira probablement pas avec la même évidence que celle d'un avocat*".⁵⁰ Nochtans leidt een eenvoudige toepassing van de *conditio sine qua non*-test in beide gevallen tot hetzelfde besluit: zonder wanprestatie had de benadeelde contractpartij noch op een advocaat noch op een technisch raadsman een beroep moeten doen. Ook deze auteur lijkt dus (in elk geval impliciet) ervan uit te gaan dat de *conditio sine qua non*-test niet volstaat om het noodzakelijk karakter van de juridische of technische bijstand te beoordelen.

20. Met de *conditio sine qua non*-test wordt achterhaald of een bepaald feit (de voorwaarde) oorzaak is van een ander feit (het gevolg): zou een feit (het gevolg) zich ook zonder een ander feit (de voorwaarde) hebben voorgedaan? Vanuit dat oogpunt is elke oorzakelijke voorwaarde noodzakelijk: zonder die voorwaarde zou het gevolg niet of niet op dezelfde wijze zijn ingetreden.⁵¹

⁴⁷ Het bestreden arrest vermeldde het gemotiveerde verzoekschrift tot vervanging van de deskundige, de plaatsopneming met de eerste rechter, het bestuderen van de documenten van de technische raadslieden en de redactie van nota's (*notes de faits directoires*).

⁴⁸ Het bestreden arrest overweegt dat de begroting van het ereloon "redelijk" moet zijn en beoordeeld '*suivant la complexité de la cause sur le plan technique dans le cadre de l'expertise judiciaire*'.

⁴⁹ B. DE CONINCK, o.c., J.T. 2004, p. 685, nr. 1.

⁵⁰ B. DE CONINCK, o.c., J.T. 2004, p. 685, nr. 2.

⁵¹ Vanuit dit oogpunt wordt erop gewezen dat voor de toepassing van de equivalentie – die de beoordeling van causaliteit beperkt tot het *conditio sine qua non*-vereiste – de eis dat de oorzaak een "noodzakelijk" karakter zou hebben, geen

Met een beoordeling van het noodzakelijk karakter van het *gevolg* heeft deze *conditio sine qua non*-test niets uit te staan.⁵² Nochtans past het arrest van 24 juni 1977 die test toe om te toetsen of er sprake is van een "noodzakelijk gevolg".

Indien men toch op grond van de *conditio sine qua non*-test de vergoedbare schade wil bepalen, kan men slechts tot de volgende omschrijving komen: schadelijke gevolgen die niet zouden zijn ingetreden wanneer de wanprestatie achterwege was gebleven, zijn vergoedbaar. Het is echter overbodig en misleidend die gevolgen als "noodzakelijk" aan te merken. Overbodig omdat in deze benadering *alle* gevolgen van de wanprestatie die zonder die wanprestatie niet zouden zijn ingetreden, "noodzakelijk" zijn. Misleidend omdat een gevolg dat zonder wanprestatie niet zou zijn ingetreden, daarom nog niet "noodzakelijk" is in de gewone betekenis van het woord.

De toepassing van de *conditio sine qua non*-test komt welbeschouwd neer op een toepassing van de *Differenzhypothese*: om te bepalen waarin de schade bestaat, moeten twee toestanden worden vergeleken: de toestand zoals die bestaat na wanprestatie en de toestand die zonder wanprestatie zou hebben bestaan. De gevolgen die zonder wanprestatie niet zouden zijn ingetreden,⁵³ maken het verschil tussen beide toestanden uit. Ook vanuit dit oogpunt blijkt dat van enige "noodzakelijkheid" in de werkelijke zin van het woord geen sprake is.

21. Dat de plaats van het vereiste van "noodzakelijkheid" in het contractuele aansprakelijkheidsarrest niet duidelijk is gedefinieerd, blijkt overigens ook uit de bewoordingen van het besproken arrest. Wanneer in de ene overweging de noodzakelijkheid een kenmerk uitmaakt van de band tussen wanprestatie en schade ("*noodzakelijk gevolg*"), wordt in de daaropvolgende overweging het kenmerk gekoppeld aan de schadebestanddelen zelf: het *honorarium en de kosten* moeten een noodzakelijk karakter vertonen.

Het vereiste van noodzakelijkheid heeft overigens een onzekere ontstaansgeschiedenis.⁵⁴ Wanneer men H. DE PAGE erop naleest, blijkt dat het vereiste van "noodzakelijkheid" werd gezien als een omschrijving van de zekerheid van het causaal verband. "Gevolgen" die causaal dermate ver verwijderd zijn dat zij zich ook zouden kunnen hebben voorgedaan indien de wanprestatie niet was

strengere eis inhoudt. Zie M. VAN QUICKENBORNE, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid*, p. 17, nr. 18; de "noodzakelijkheid" deed dan ook dienst als veiligheidsventiel wanneer de equivalentieoer onder al te grote druk kwam te staan; zie M. VAN QUICKENBORNE, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid*, p. 226-233, nrs. 396-405.

52 Vgl. H. BOCKEN en I. BOONE, "Causaliteit in het Belgische recht", *T.P.R.* 2002, p. 1648, nr. 25.

53 Met inbegrip van de gevolgen die bij een goede uitvoering van de overeenkomst zouden zijn ontstaan maar die door de wanprestatie zijn uitgebleven

54 Zie L. CORNELIS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1990, p. 90-95, nrs. 10-15. Voor een bespreking van artikel 1151 B.W. vanuit het oogpunt van de causaliteitsleer, zie M. VAN QUICKENBORNE, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid. Een methodologische en positief-rechtelijke analyse*, Brussel, Elsevier-Sequoia, p. 217-225, nrs. 379-392.

begaan, zijn in die benadering niet "noodzakelijk": "*Les termes "suite immédiate et directe" ne sont donc pas heureux. Il vaut mieux dire "suite nécessaire" de l'inexécution, à quelque degré d'ailleurs ("indirecte" ou "médiante") qu'elle se trouve. Dès que, dans la chaîne de la relation causale, il y a lien nécessaire, certain, – peu importe le degré, – le dommage est sujet à réparation; il ne l'est plus lorsque ce caractère de certitude vient à s'estomper, à disparaître*".⁵⁵

Duidelijk is dat het vereiste van "noodzakelijkheid" in het arrest van 2 september 2004 met die benadering niets uit te staan heeft. Hoe kan dat vereiste dan toch op zinvolle manier in ons aansprakelijkheidsrecht worden ingepast?

22. Het Belgische aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht kent niet, in tegenstelling tot het Duitse en Nederlandse recht, het onderscheid tussen oorzakelijkheid als vereiste voor de *vestiging van aansprakelijkheid* en oorzakelijkheid als vereiste voor het bepalen van de *omvang van aansprakelijkheid*.⁵⁶ Nochtans kent ook het Belgische schadevergoedingsrecht toepassingen van dat onderscheid. De theorie van de verbreking van het oorzakelijk verband tussen fout en schade is hiervan een duidelijk voorbeeld: deze theorie had tot doel te bepalen binnen welke grenzen gevolgen aan de aansprakelijke konden worden toegerekend.⁵⁷ Omdat de dubbele rol van causaliteit niet wordt onderkend, worden oplossingen dikwijls in het keurslijf van de *conditio sine qua non*-test geperst, ook al stoken zij daarmee niet. Het gebruik van de *conditio sine qua non*-test om de verhaalbaarheid van kosten van juridische of technische bijstand te beoordelen biedt hiervan een mooie illustratie.

Steeds wanneer een advocaat of deskundige juridische of technische bijstand verleent aan de benadeelde van een wanprestatie, zijn de uitgaven voor die bijstand een gevolg van de wanprestatie. De *conditio sine qua non*-test laat geen andere conclusie toe. Hoe wordt dan de verhaalbaarheid beoordeeld wanneer een benadeelde op onredelijke wijze op die bijstand een beroep doet? De benadeelde stelt bijvoorbeeld twee advocaten aan terwijl het geschil dat helemaal niet vereist. Traditioneel wijst men in zo een geval op de fout die de benadeelde heeft begaan door niet aan de schadebeperkingsverplichting te voldoen. Op grond van een mechanische beoordeling van causaliteit leidt dit tot de conclusie dat de benadeelde zelf een deel van de schade moet dragen. In ons voorbeeld kan de benadeelde dan nog steeds een deel van de kosten van aanstelling van de tweede advocaat verhalen omdat de wanprestatie nog steeds een *conditio sine qua non* van de aanstelling van de tweede advocaat is. Die oplossing is echter niet aantrekkelijk. Het valt moeilijk te rechtvaardigen waarom de aansprakelijke zelfs maar een deel van de kosten en het honorarium van de tweede advocaat zou moeten dragen. In vergelijkbare gevallen van tekortkoming aan de schadebeperkingsplicht wordt de verhaalbaarheid van de extra schade vol-

⁵⁵ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*. III, Brussel, Bruylant, 1967, p. 143, nr. 110.

⁵⁶ Zie o.a. J.H. NIEUWENHUIS, "Eurocausaliteit. Agenda voor het Europese debat over toerekening van schade", *T.P.R.* 2002, p. 1700-1703, nrs. 6-8 en p. 1705, nr. 11.

⁵⁷ Zie al in die zin M. VAN QUICKENBORNE, "De onderbreking van het oorzakelijk verband door een juridische oorzaak", *R.W.* 1979-80, k. 1355-1356, nr. 33.

ledig geweigerd.⁵⁸ Als die oplossing expliciet in causale termen wordt verwoord, wordt gezegd dat de beslissing van de benadeelde het causaal verband tussen de wanprestatie en die extra schade verbroken heeft. Zo een verbreking van causaal verband valt niet te verzoenen met de gangbare opvatting over de equivalentieleer.⁵⁹ Zou het echter niet de voorkeur verdienen, in plaats van handenwringend vast te stellen dat de oplossing niet strookt een strikt opgevatte equivalentieleer, het toepassingsgebied van die causaliteitstheorie te beperken tot het vraagstuk van de *vestiging van aansprakelijkheid*? Men bevrijdt zich dan van het criterium van *conditio sine qua non* om de *omvang van aansprakelijkheid* te bepalen.⁶⁰ Indien door het arrest van 2 september 2004 deze opvatting ingang zou vinden, is dit arrest voor het (buiten)contractuele aansprakelijkheidsrecht van blijvend belang.

⁵⁸ Vgl. Cass. 3 mei 1957, *Arr. Verbr.* 1957, 734, ook inzake contractuele aansprakelijkheid en artikel 1151 B.W. (al wijst het Hof op de onaantastbare beoordeling in feite door de feitenrechter): de verhuurder kan geen vergoeding verkrijgen voor gebruiksderiving na een zekere termijn na beëindiging van het huurcontract wanneer hij niet zelf de huurschade herstelt, ook al blijft de huurder in gebreke deze schade te herstellen: de inertie van de eigenaars om het onroerend goed opnieuw in goede staat te stellen is niet het "rechtstreekse gevolg" van de slechte staat van het onroerend goed (en dus geen rechtstreeks gevolg van de wanprestatie van de huurders). Bij een mechanische toepassing van het vereiste van *conditio sine qua non* levert deze beslissing eens te meer problemen op; vgl. L. CORNELIS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1990, p. 91, nr. 11.

⁵⁹ Illustratief is ook de rechtspraak van het Hof van Cassatie met betrekking tot de vraag of de nalatigheid van het slachtoffer bij het instellen of voortzetten van een rechtspleging tot het verkrijgen van schadevergoeding aan het slachtoffer het recht op compensatoire interest ontnemt. In een arrest van 1989 oordeelde het Hof dat de beslissing die erop neerkomt dat de toekenning van compensatoire interest niet wordt uitgesloten, zelfs indien de laattijdigheid te wijten is aan de nalatigheid van de getroffene, het begrip oorzakelijk verband tussen schuld en schade miskent (Cass. 17 mei 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 1094). In een arrest van 1996 bevestigt het Hof deze oplossing, met de precisering, enerzijds, dat het slachtoffer geen recht heeft op compensatoire interest ter vergoeding van de aan zijn eigen schuld of nalatigheid te wijten vertraging, ook al heeft de aansprakelijke derde ten gevolge van die vertraging geen schade geleden en, anderzijds, dat de beslissing die in dat geval de toekenning van compensatoire interest niet uitsluit, het begrip oorzakelijk verband tussen de door de derde aansprakelijke begane fout en de door het slachtoffer geleden schade miskent (Cass. 18 september 1996, *Arr. Cass.* 1996, 769). Die oplossing impliceert dat er tussen de bijkomende schade die het slachtoffer ingevolge de vertraging in de vergoeding van de schade lijdt en de initiële fout van de derde geen causaal verband bestaat. Die schade staat met andere woorden in een exclusief causaal verband met de eigen nalatigheid van het slachtoffer. In dat opzicht rijst bijgevolg niet meer de vraag naar een verdeling van aansprakelijkheid wegens samenlopende fouten aangezien de schade slechts op één fout, met name die van het slachtoffer, teruggaat. De opvatting dat de initiële fout van de derde niet oorzakelijk is voor (een deel van) de schade, houdt wel een afwijking in op een strikt opgevatte equivalentieleer. Die beoordeling komt immers hierop neer dat wordt aanvaard dat de fout van het slachtoffer het causaal verband tussen de initiële fout van de derde en (een deel van) de schade verbreekt.

⁶⁰ Zie overigens M. GOUDEN en D. PHILIPPE, *o.c.*, *J.L.M.B.* 2004, 1330 die betwijfelen of het vereiste van causaliteit wel toelaat het bestaan en de omvang van de vergoedbare schade te bepalen.

23. In die laatste benadering kan de vraag of de kosten van aanstelling van een advocaat of een technisch raadsman een "noodzakelijk" gevolg zijn van de wanprestatie, op niet-mechanische wijze worden beoordeeld.

Ook dan mag nog ervan worden uitgegaan dat de kosten van aanstelling van een advocaat in de regel een vergoedbaar schadebestanddeel uitmaken. De bijstand door een advocaat is immers steeds redelijkerwijze nodig en doorgaans strikt onontbeerlijk.⁶¹ Men kan van een rechtzoekende niet vereisen dat hij persoonlijk alle proceshandelingen stelt. Het is niet nodig, zoals het bestreden arrest deed, te wijzen op bijzondere omstandigheden die de verhaalbaarheid zouden moeten rechtvaardigen. De kosten van aanstelling van een advocaat lijken slechts niet vergoedbaar in gevallen waarin het niet redelijk was het geschil zelf aan de rechter voor te leggen, bijvoorbeeld omdat de schuldenaar een volkomen aanvaardbaar regelingsvoorstel had geformuleerd.⁶²

Niettemin blijkt uit de recentste gepubliceerde rechtspraak dat de rechters de verhaalbaarheid van de kosten van juridische bijstand blijven verantwoorden op grond van de juridische complexiteit van de zaak.⁶³ Toont die benadering niet aan dat nog te veel de noodzaak wordt gevoeld om een (vermeende) uitzondering op een (vermeende) principiële niet-verhaalbaarheid te rechtvaardigen?

De bijstand door een technisch raadsman lijkt, in vergelijking met de bijstand door een advocaat, minder onontbeerlijk. Maar betekent dit dat die bijstand doorgaans niet "noodzakelijk" is in de zin van het arrest van 2 september 2004? Het zou de voorkeur verdienen "noodzakelijk" te begrijpen in de zin van "wat redelijkerwijze nodig" is. Indien het redelijk is dat de benadeelde zich door een technisch raadsman laat bijstaan om zijn belangen te vrijwaren, zijn de kosten van die bijstand vergoedbaar. Zo opgevat is de bijstand van een technisch raadsman die het gerechtelijk deskundigenonderzoek volgt, doorgaans "noodzakelijk". Het is immers zeer gebruikelijk op zo een raadsman een beroep te doen; daaruit kan worden afgeleid dat voor een benadeelde die bijstand doorgaans redelijkerwijze nodig is om zijn belangen te vrijwaren. Door "noodzakelijkheid" te begrijpen als "redelijkheid", zou het Belgische recht

⁶¹ In die zin ook F. GLANSDORFF, *o.c.*, *Journ. Proc.* 2004, afl. 486, 5; V. CALLEWAERT en B. DE CONINCK, *o.c.*, *R.G.A.R.* 2005, nr. 13.944, p. 1*verso*, nr. 4.

⁶² Zie voor een (veel) te restrictieve benadering Rb. Nijvel 16 november 2004, *R.G.A.R.* 2005, nr. 13.948: de rechtsplegingsvergoeding maakt in principe een afdoende vergoeding uit voor de kosten van verdediging, rekening houdende met "*des possibilités concrètes de la victime de pouvoir présenter sa demande en justice avec l'assistance d'un avocat pour les actes matériels et du rôle du juge qui doit appliquer le droit aux demandes dont il est saisi*"; alleen wanneer de complexiteit van de zaak intellectuele arbeid van een advocaat vereist om de belangen van het slachtoffer te vrijwaren, zou een aanvullende vergoeding mogelijk zijn.

⁶³ Op de complexiteit van de zaak werd ook gewezen door Kh. Turnhout 27 september 2004, *R.W.* 2004-05, 551 en Pol. Hoei 26 oktober 2004, *R.G.A.R.* 2005, nr. 13.947 (dat ook wijst op de moeilijkheid voor de benadeelde om zich in het Frans uit te drukken). Men kan vermoeden dat rechters steeds zullen overwegen dat de hen voorgelegde zaak "complex" is!

aansluiten op het Duitse en Nederlandse recht.⁶⁴ Deze rechtsstelsels laten in vergelijkbare gevallen de vergoedbaarheid van uitgaven waartoe de benadeelde beslist, afhangen van een redelijkheidstoets: was het voor de benadeelde redelijk deze uitgaven te maken en is het bedrag van die uitgaven redelijk?⁶⁵

Het Hof van Cassatie heeft deze benadering overigens toegepast bij de beoordeling van de verhaalbaarheid van kosten van technische bijstand inzake ont-eigening. Het Hof heeft de verhaalbaarheid van die kosten niet afgewezen op grond van een categorische afwijzing van de principiële verhaalbaarheid van die kosten maar op grond van een beoordeling van de noodzakelijkheid van die kosten. Zo oordeelde het Hof dat *"het beroep op de medewerking van een technisch adviseur een maatregel is die de verweerders zelf nuttig achten, buiten de maatregelen waarin de wet voorziet; dat zij door hun toedoen de uit de onteigening voortvloeiende schade niet ten laste van de onteigenende overheid kunnen verzwaren"*.⁶⁶ Die laatste beoordeling is misschien voor kritiek vatbaar⁶⁷ maar de gevolgde redenering is in elk geval correct.

De voorgestelde redelijkheidstoets is gemeenschappelijk aan het contractuele en het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Ook vanuit dit oogpunt zou het geen goede zaak zijn dat de verhaalbaarheid van kosten van juridische of technische bijstand zou steunen op een wettelijke bepaling waarvan de draag-wijde tot contractuele aansprakelijkheid zou worden beperkt.

24. Conclusie: de draagwijdte van de nieuwe oplossing hangt af van de vraag of het "noodzakelijk" karakter van de kosten van bijstand wordt bepaald op basis van het vereiste van *"conditio sine qua non"* dan wel of de "noodzakelijkheid" een autonome inhoud heeft. In het eerste geval zijn de kosten van aanstelling van een advocaat (vrijwel) steeds een noodzakelijk gevolg (vrijwel steeds, omdat ook in die benadering soms wordt aanvaard dat kosten die de benadeelde maakt met tekortkoming aan de schadebeperkingsplicht niet verhaalbaar zijn). In het tweede geval kan het karakter van "noodzakelijkheid" vrijer worden beoordeeld. De vraag rijst dan hoe strikt die noodzakelijkheid wordt opgevat. Ik geef er de voorkeur aan het vereiste van "noodzakelijkheid" niet op te sluiten in mechanische opvattingen over causaliteit. Ook mag het niet strikt worden opgevat; het lijkt me aangewezen "noodzakelijkheid" te begrijpen als "wat redelijkerwijze nodig" is.

⁶⁴ Zie B. DE TEMMERMAN, *o.c.*, *T.P.R.* 2003, p. 1044-1045, nr. 20, p. 1046-1047, nr. 22 en p. 1054-1055, nr. 27.

⁶⁵ Dit criterium wordt toegepast door Kh. Turnhout 27 september 2004, *R.W.* 2004-05, 551.

⁶⁶ Laatst in die zin Cass. 14 juni 1990, *Arr. Cass.* 1990, 1304; *supra* voetnoot 8.

⁶⁷ Zie hierover M. NIHOUL, "La répétabilité des honoraires du conseil en matière d'expropriation: vers une indemnité de défense en marge du droit commun", *J.T.* 1996, p. 407, nr. 18.

§3. De begroting van de schadevergoeding: concreet of *ex aequo et bono*?

25. De kosten van juridische of technische bijstand zijn uit hun aard vatbaar voor een concrete begroting. Het volstaat voor de benadeelde de declaratie van zijn advocaat of technisch raadsman voor te leggen.

Terwijl voor de kosten van een technisch raadsman geen bijzondere problemen rijzen, blijkt dat een concrete begroting van de kosten van juridische bijstand niet voor de hand ligt. Advocaten zijn immers al van oudsher zeer gevoelig wanneer het bedrag van hun declaratie ter sprake komt. De vrees van de advocatuur dat een regeling van het verhaal van de kosten van juridische bijstand een weerslag zou hebben op de begroting van het honorarium, lag aan de basis van het verzet van de wetgever tegen zo een regeling die de Koninklijk Commissaris voor de Gerechtelijke Hervorming had voorgesteld.⁶⁸ Is het diezelfde vrees die thans balies ertoe aanzet hun leden aan te bevelen hetzij alleen een voorschot op het bedrag aan kosten en honorarium, hetzij een *ex aequo et bono* bepaald bedrag te vorderen? Of zijn het daadwerkelijk het beroepsgeheim, zijn onafhankelijkheid en de kiesheid die hij aan de dag moet leggen, die verbieden dat een advocaat het bedrag van zijn eigen declaratie opneemt in de vordering tot schadevergoeding?⁶⁹

Volgens vaststaande rechtspraak van het Hof van Cassatie is een begroting *ex aequo et bono* slechts gerechtvaardigd wanneer de rechter de redenen aangeeft waarom de door de getroffen voorgestelde berekeningswijze niet kan worden aangenomen en tevens vaststelt dat het niet mogelijk is de schade op een andere wijze dan *ex aequo et bono* te ramen.⁷⁰ Het Hof leidde hieruit af dat de rechter de schade niet *ex aequo et bono* mag begroten wanneer de benadeelde weigert de gegevens bij te brengen waarover hij beschikt en waardoor hetzij het bedrag van de schade juist kan worden vastgesteld, hetzij het *ex aequo et bono* te ramen bedrag zo nauwkeurig mogelijk kan worden bepaald.⁷¹ Vanuit het oogpunt van het schadevergoedingsrecht rijst bijgevolg de vraag of de plichtenleer van de advocaat een voldoende reden vormt om de mogelijkheid van concrete begroting van de schade uit te sluiten.

⁶⁸ B. DE TEMMERMAN, *o.c.*, *T.P.R.* 2003, p. 1017-1018, nr. 4.

⁶⁹ Zie in die zin de aanbeveling van de Franse Orde van advocaten bij de Balie te Brussel, gepubliceerd in *J.T.* 2004, 825. Een soortgelijke aanbeveling werd aangenomen door de Orde van advocaten bij de balie te Nijvel; zie V. CALLEWAERT en B. DE CONINCK, *o.c.*, *R.G.A.R.* 2005, nr. 13.944, p. 7*verso*, voetnoot 55; deze laatste aanbeveling bepaalt uitdrukkelijk dat de advocaat niet zelf mag pleiten over betwistingen over zijn declaratie, zelf niet in het kader van het verhaal van de kosten van juridische bijstand. Zie over het standpunt van de Franse Orde van advocaten bij de Balie te Brussel in verband met de verhaalbaarheid van kosten van juridische bijstand vóór het arrest van 2 september 2004 J. LAFFINEUR, "La répétibilité des frais et honoraires d'avocat: douze (bonnes) raisons de légiférer", *D.C.C.R.* 2003, afl. 61, 23-25.

⁷⁰ Zie o.a. Cass. 23 oktober 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 180; Cass. 30 maart 1994, *Arr. Cass.* 1994, 340; Cass. A.R. P.00.0595.N, 27 november 2001, www.cass.be.

⁷¹ Cass. 8 februari 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 675; *R.W.* 1979-80, 969.

Over wat die plichtenleer gebiedt, bestaat geen eensgezindheid.⁷² G. CLOSSET-MARCHAL en J.-F. VAN DROOGHENBROECK zijn in elk geval van oordeel dat het beroepsgeheim de weigering om de declaratie voor te leggen niet kan rechtvaardigen.⁷³ Stafhouder F. GLANSDORFF lijkt evenmin enig bezwaar te zien: "*Si le client choisit de demander le remboursement des honoraires de son conseil, il accepte nécessairement que le montant des honoraires soit discuté et, par conséquent, que l'état d'honoraires de son conseil soit versé aux débats*".⁷⁴

26. De (over-)gevoeligheden van de balie blijken ook uit de traditionele opvatting dat de rechter zich zou moeten onthouden van elke rechtstreekse beoordeling van de declaratie. Het recht van de advocaat om vrij het bedrag van zijn declaratie te bepalen, staat hierbij centraal. Om die rechtstreekse beoordeling van de declaratie te vermijden, wordt voorgehouden dat de schade niet bestaat in het bedrag van de concreet gedane uitgaven maar wel in het normale, redelijke bedrag dat een benadeelde toelaat, rekening houdende met de gegevens van de zaak, zich van de bijstand door een advocaat te verzekeren.⁷⁵ Op die wijze wordt de schade op abstracte wijze begroot, onafhankelijk van de concreet gemaakte uitgaven.⁷⁶ Zo een benadering is verdedigbaar wanneer er goede redenen zijn om van de concrete omstandigheden abstractie te maken. Is dit hier het geval? De enige reden lijkt te zijn dat de advocatuur ten allen prijze wil vermijden dat de cliënt in de toekenning van een lagere vergoeding dan de declaratie het bewijs zou zien dat zijn advocaat teveel heeft gedeclareerd.

Het lijkt twijfelachtig of de voorgestelde werkwijze kan bijdragen tot een ontwikkeling van de rechtspraak op dit punt. Hoe kan de magistratuur op zinvolle wijze betwistingen over het bedrag van de kosten van juridische bijstand beslechten indien haar elke informatie over kosten en honoraria wordt onthouden?⁷⁷ De voorgestelde werkwijze zal in elk geval wel tot gevolg hebben dat de toegekende vergoeding in de regel slechts deels de gemaakte kosten dekt. Dit is dan een gewenst gevolg ervan; zo hoeft een advocaat niet uit te leggen waarom de vergoeding slechts een deel van de declaratie dekt. Maar weegt de opluchting van de advocaat, omdat hij zich niet geremd moet voelen om méér aan te rekenen dan het bedrag dat de rechter toekent, op tegen het belang van de benadeelde op vergoeding van zijn schade? En is het recht gebaat met een

⁷² Vgl. Kh. Turnhout 27 september 2004, *R.W.* 2004-05, 551 (de declaratie werd voorgelegd) en Rb. Nijvel 16 november 2004, *R.G.A.R.* 2005, nr. 13.948 (het beroepsgeheim staat de voorlegging van de declaratie in de weg).

⁷³ G. CLOSSET-MARCHAL en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *o.c.*, *R.G.A.R.* 2005, nr. 13.945, p. 5 *verso-6verso*, nrs. 23-26; zie ook V. CALLEWAERT en B. DE CONINCK, *o.c.*, *R.G.A.R.* 2005, nr. 13.944, p. 7 *recto-verso*, nr. 23.

⁷⁴ F. GLANSDORFF, *o.c. J.T.* 2004, p. 786, nr. 7.

⁷⁵ In die zin V. CALLEWAERT en B. DE CONINCK, *o.c.*, *R.G.A.R.* 2005, nr. 13.944, p. 7 *verso-8verso*, nrs. 24-25. Deze auteurs bekritisieren dan ook de uitspraken waarin de rechter de declaratie rechtstreeks beoordeelt. Voor een toepassing van die benadering, zie Rb. Nijvel 16 november 2004, *R.G.A.R.* 2005, nr. 13.948.

⁷⁶ Zie hierover E. DIRIX, "Abstracte en concrete schade", *R.W.* 2000-01, 1329.

⁷⁷ Zie hierover ook H. LAMON, *Een advocaat in de spiegel. Beschouwingen over balie en advocatuur*, Brugge, die keure, 2004, p. 135, nr. 111.

bewust nagestreefde kloof tussen theorie (volledige schadevergoeding) en praktijk (gedeelteijke, forfaitaire vergoeding)?

De begroting van kosten van juridische bijstand is in elk geval thans geen eenvoudige zaak bij gebrek aan algemeen aanvaarde criteria. Op de advocatuur rust de verantwoordelijkheid bij te dragen tot de nodige transparantie op het vlak van kosten en honoraria. Alleen op die wijze kan de rechtspraak criteria ontwikkelen ter beoordeling van de kosten van juridische bijstand. Zonder die openheid lijkt de advocatuur haar geloofwaardigheid in het gedrang te brengen: de weigering mee te werken aan het verhaal van kosten van juridische bijstand kan slechts het wantrouwen tegenover declaraties voeden.

27. De gevoeligheden op dit vlak lijken te wortelen in een traditie die België met Frankrijk deelt. Weerstand tegen een tarifiering van het honorarium, de vrees dat de verhaalbaarheid van de kosten van juridische bijstand zou leiden tot een onrechtstreekse tarifiering en de aversie tegen een beoordeling door de rechter van de declaratie hebben ook in Frankrijk het debat over de verhaalbaarheid van kosten van juridische bijstand gekleurd.⁷⁸ Daartegenover staat het Duitse systeem dat, eveneens in het kader van het procesrecht, voorziet in een zeer gedetailleerde regeling van de kosten en honoraria van de advocaat.⁷⁹ Ook in Nederland wordt de redelijkheid van *buitengerechtelijke*⁸⁰ kosten van juridische bijstand in alle openheid beoordeeld.⁸¹ Is het werkelijk ondenkbaar dat ook in België dezelfde transparantie wordt nagestreefd?

28. Conclusie: hoewel geen doorslaggevende bezwaren lijken te bestaan tegen een exacte begroting van de kosten van juridische bijstand, valt te vrezen dat de traditionele afkeer van de advocatuur tegen elke beoordeling van declaraties leidt tot een veralgemening van de begroting *ex aequo et bono*.

⁷⁸ Zie B. DE TEMMERMAN, *o.c.*, T.P.R. 2003, p. 1039-1040, nr. 18 met verwijzing naar P. BRUN en L. CLERC-RENAUD, "Frais irrépétibles" in *Répertoire de procédure civile*, Parijs, Dalloz, 2000, nr. 7; M. DEFOSSEZ, "Frais irrépétibles" in *Juris-classeur de procédure civile*, Parijs, Editions du Juris-Classeur, 1996, nrs. 1-2. Vandaar ook de omslachtige bewoordingen van artikel 700 *Nouveau Code de procédure civile*: terwijl luidens de oorspronkelijke bepaling de rechter een vergoeding kon toekennen voor "*honoraires et tous autres frais*" werd na kritiek van de advocatuur de terminologie gewijzigd: de rechter kon voortaan een vergoeding toekennen voor "*sommes exposées par elle (une partie) et non comprises dans les dépens*"!

⁷⁹ Deze materie wordt geregeld door enkele bepalingen van *Bundesrechtsanwaltsordnung* van 1 augustus 1959 en, tot voor kort, de *Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte* (BRAGeB) van 26 juli 1957. Deze laatste werd vervangen, met ingang van 1 juli 2004, door de *Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte* van 5 mei 2004 (te raadplegen op www.juris.de).

⁸⁰ De verhaalbaarheid van *gerechtelijke* kosten van juridische bijstand wordt geregeld door de Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. In dat kader werkt de praktijk met een niet-bindend forfaitair tarief, zie B. DE TEMMERMAN, *o.c.* T.P.R. 2003, p. 1040-1042, nr. 19.

⁸¹ Zie hierover S.D. LINDENBERGH, J.M. TROMP, M.F.H.M. VAN HAASTERT, F. TH. KREMER en W.S. DE VRIES, *Buitengerechtelijke kosten. Vijf visies op de redelijkheid* (*supra* voetnoot 44).

§4. Is de verhaalbaarheid van de kosten van juridische bijstand vatbaar voor een contractuele regeling?

29. De regels van het contractueel en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht waarop de verhaalbaarheid van de kosten van juridische bijstand steunt, zijn van aanvullend recht. Vanuit dat oogpunt bestaat geen bezwaar tegen een contractuele regeling van het verhaal van die kosten. Artikel 1023 Ger.W. dreigt evenwel roet in het eten te gooien. Krachtens deze bepaling wordt immers *"ieder beding tot verhoging van de schuldvordering ingeval deze in rechte zou worden geëist, (...) als niet geschreven beschouwd."*

Artikel 1023 Ger.W. staat in elk geval niet eraan in de weg dat de partijen de verhaalbaarheid van kosten van juridische bijstand *uitsluiten*. Maar kunnen de partijen ook de toepassingsvoorwaarden voor het verhaal van die kosten wijzigen? Zo zouden zij betwistingen over het "noodzakelijk karakter" van de kosten kunnen voorkomen. En kunnen zij het verhaalbaar bedrag vooraf vastleggen?

Vanuit juridisch-technisch oogpunt kan men zich afvragen welke bedingen vallen onder de omschrijving *"beding tot verhoging van de schuldvordering ingeval deze in rechte zou worden geëist"*. De Koninklijk Commissaris voor de Gerechtelijke Hervorming had wellicht vooral het klassieke verhogingsbeding voor ogen krachtens hetwelk de schuldenaar van een geldsom een bijkomend bedrag verschuldigd is indien de schuldvordering gerechtelijk wordt geïnd.⁸² Het zou echter onjuist zijn het toepassingsgebied van artikel 1023 Ger.W. tot die bedingen te beperken. Niet alleen is die interpretatie in strijd met de rechtspraak van het Hof van Cassatie.⁸³ Vooral geeft zo een benadering aanleiding tot een niet gerechtvaardigd onderscheid tussen geldschulden en andere schuldvorderingen.

De juiste draagwijdte van deze bepaling blijkt veeleer uit de oorspronkelijke bedoeling van de Koninklijk Commissaris en uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie vóór de invoering van het Gerechtelijk Wetboek. In het oorspronkelijke voorstel van de Koninklijk Commissaris voorzag artikel 1022 Ger.W. in de mogelijkheid voor de rechter om een in de gerechtskosten begrepen vergoeding voor de "lasten van verdediging" toe te kennen. Rekening houdende met die mogelijkheid bestond geen nood aan een beding om die kosten verhaalbaar te maken.⁸⁴ Bedingen in die zin hadden overigens aanleiding gegeven tot misbruiken die de Koninklijk Commissaris wou voorkómen. Het Hof van Cassatie had die bedingen aan banden gelegd met de regel dat een *"algemeen en onbeperkt beding, waardoor elke betwisting, door de schuldenaar, van het ogenblik*

⁸² Zie C. VAN REEPINGHEN, *Verslag over de Gerechtelijke Hervorming*, Brussel, Belgisch Staatsblad, 1964, I, 394-395.

⁸³ Zie Cass. 7 april 1995, *Arr. Cass.* 1995, 390. Het Hof overwoog in algemene bewoordingen dat artikel 1023 Ger.W. *"eraan in de weg staat dat de partijen overeenkomen dat het bedrag van de schuldvordering wordt verhoogd met het ereloon dat aan een advocaat verschuldigd is voor het voeren van een rechtspleging ter invordering van het verschuldigde bedrag"*.

⁸⁴ B. DE TEMMERMAN, *o.c.*, *T.P.R.* 2003, p. 1016-1017, nr. 3 en p. 1020-1021, nr. 7.

*af dat zij aanleiding geeft tot een rechtsvordering, het verschuldigd zijn van de verhoging met zich brengt, zonder enig onderscheid naar gelang dit verweer van de schuldenaar al dan niet redelijk en aannemelijk is, in strijd is met het recht van eenieder om zich in rechte te verdedigen, recht dat de openbare orde aanbelangt".*⁸⁵ Hoewel ter verantwoording van artikel 1023 Ger.W. naar die rechtspraak werd verwezen, moet worden onderstreept dat deze bepaling verder gaat dan die rechtspraak: *elk beding* tot verhoging van de schuldvordering in geval van gerechtelijke invordering wordt als niet geschreven beschouwd. Belangrijk in elk geval is dat in 1967 de verhaalbaarheid van kosten van juridische bijstand op zichzelf niet in strijd met het recht van verdediging werd geacht, noch door de wetgever die in zijn voorontwerp juist daarin voorzag,⁸⁶ noch door de rechtspraak voor zover het beding niet "algemeen en onbeperkt" was.

Nu is de grondslag van artikel 1023 Ger.W. – het recht van verdediging – een eerbiedwaardig grondrecht maar niettemin bewees de rechtspraak aan die bepaling niet veel meer dan een lippendienst. Met een Belgische flair werd het verbod van artikel 1023 Ger.W. omzeild door geen probleem te maken van verhogingsbedingen die de verhoging koppelden niet aan de gerechtelijke invordering maar aan de wanprestatie zelf. Bovendien werd, om elke verdenking uit te sluiten, het bedrag van de verhoging verantwoord door gewag te maken van kosten van minnelijke invordering, administratie enzovoort. Dat hierdoor het recht van verdediging in de praktijk evenzeer in het gedrang werd gebracht en dan nog wel in een vroeger stadium, werd onderkend maar vermocht niet die louter formele lezing van artikel 1023 Ger.W. te beletten.⁸⁷

30. Al deze gegevens samen laten niet het besluit toe dat de verhaalbaarheid van kosten van juridische bijstand voor het voeren van een geding in strijd zou zijn met artikel 1023 Ger.W. of met het recht van verdediging dat aan die bepaling ten grondslag ligt. Zeker bestaat geen enkel bezwaar tegen enige *wettelijke bepaling* die in die verhaalbaarheid voorziet. Artikel 1023 Ger.W. of het recht van verdediging werden alleen aangevoerd tegen een *contractuele regeling* van deze verhaalbaarheid. Met artikel 1023 Ger.W. of het recht van verdediging is de oplossing van het arrest van 2 september 2004, dat aan *de rechter* toelaat schadevergoeding voor kosten van verdediging toe te kennen, evenmin in strijd

De bewoordingen van artikel 1023 Ger.W. en het recht van verdediging waarop die bepaling steunt, gebieden wel dat *niet de partijen zelf* het verschuldigde bedrag kunnen bepalen. Die contractvrijheid zou snel tot misbruik aanleiding kunnen geven. Vanuit dat oogpunt is ook een contractuele regeling van de toepassingsvoorwaarden van de verhaalbaarheid verdacht. Maar partijen kunnen m.i. wel het principe van de verhaalbaarheid van kosten van juridische bijstand

⁸⁵ Cass. 29 september 1967, *Arr. Cass.* 1968, 141; Cass. 23 januari 1969, *Arr. Cass.* 1969, 498.

⁸⁶ Zoals gezegd, verzette de wetgever zich weliswaar later tegen dergelijke verhaalbaarheid maar niet omwille van het recht van verdediging.

⁸⁷ Zie hierover B. DE TEMMERMAN, *o.c.*, *T.P.R.* 2003, p. 1021-1022, nr. 7 en verwijzingen aldaar.

op grond van contractuele aansprakelijkheid in hun contract opnemen.⁸⁸ Hieraan bestaat vooral nood voor geldschulden aangezien de verhaalbaarheid van die kosten niet op artikel 1153 B.W. kan steunen. Voor zover de rechter het laatste woord behoudt bij de toepassing van dat beding, komt het recht van verdediging niet méér in het gedrang dan in de gevallen waarin de verhaalbaarheid rechtstreeks op de wettelijke bepalingen inzake contractuele of buitencontractuele regel steunt. Deze interpretatie wijkt af van de gebruikelijke interpretatie en brengt mee dat de oplossing van het arrest van het Hof van Cassatie van 7 april 1995 vervalst.⁸⁹ De restrictieve opvattingen die tot nu toe werden gehuldigd, lijken mij echter niet langer houdbaar in het licht van de uitdijende verhaalbaarheid van kosten van juridische bijstand (eerst de wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties, nu het arrest van 2 september 2004).⁹⁰

Degenen die deze benadering al te gedurfd vinden, kunnen wellicht wel vrouwen hebben in een clausule van de volgende strekking: *"In afwijking van artikel 1153 van het Burgerlijk Wetboek komen de partijen overeen dat de schuldeiser krachtens de artikelen 1149-1151 van het Burgerlijk Wetboek recht heeft op volledige vergoeding van het verlies dat hij heeft geleden en van de winst die heeft moeten derven als gevolg van de niet-tijdige betaling. Deze volledige vergoeding omvat onder meer en in elk geval de renteschade, bepaald op x % interest op het verschuldigde bedrag, alsook de kosten van buitengerechtelijke invordering, bepaald op x % van het verschuldigde bedrag"*. Partijen komen aldus overeen dat de begroting van schade wegens vertraging in de betaling van de geldsom onderworpen is aan de algemene bepalingen inzake contractuele aansprakelijkheid zodat, indien gerechtelijke invordering onafwendbaar is gebleken, de kosten daarvan kunnen worden verhaald.

31. Conclusie: hoewel in de traditionele interpretatie artikel 1023 Ger.W. zich verzet tegen elke contractuele regeling van de verhaalbaarheid van kosten van juridische bijstand voor het voeren van een geding, kan worden verdedigd dat partijen het principe van de verhaalbaarheid van kosten van juridische bijstand op grond van contractuele aansprakelijkheid in hun contract kunnen opnemen. Dit zou met name een oplossing bieden voor aan de toepassing van artikel 1153 B.W. onderworpen geldschulden.

⁸⁸ F. GLANSDORFF (*o.c.*, J.T. 2004, p. 786, nr. 2, onder c.) maakt evenmin gewag van enig probleem bij het aanvullen van artikel 1153 B.W. met een beding dat in de verhaalbaarheid van kosten van juridische bijstand voorziet.

⁸⁹ *Supra* voetnoot 83.

⁹⁰ Vgl. V. CALLEWAERT en B. DE CONINCK, *o.c.*, R.G.A.R. 2005, nr. 13.944, p. 4*recto*, nr. 13 en p. 4*recto*-*verso*, nr. 15: *"L'article 1023 du Code judiciaire reste donc d'actualité, mais il apparaît quelque peu en décalage par rapport à la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation"*.

III. Beperkingen en nadelen verbonden aan de grondslag van de verhaalbaarheid van kosten van juridische bijstand

§1. Algemeen: de beperkte grondslag leent zich niet tot een veralgemeende toepassing van het principe van de verhaalbaarheid van kosten van juridische bijstand

32. De verhaalbaarheid van de kosten van juridische bijstand vindt zijn grondslag in regels van contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid of van bepaalde andere vergoedingsstelsels (bijvoorbeeld onteigening). De verhaalbaarheid van kosten van juridische bijstand vindt bijgevolg slechts in die gevallen toepassing. Voor andere categorieën van geschillen zoals geschillen in familiezaken, arbeidsrechtelijke en socialezekerheidsgeschillen, fiscale geschillen, ... bestaat, althans op het eerste gezicht, geen grondslag waarop de verhaalbaarheid van kosten van juridische bijstand kan worden gesteund.⁹¹

De daaruit voortvloeiende ongelijke behandeling van gedingpartijen is onwenselijk. Dit onvolkomen resultaat is onvermijdelijk: het recht waarin de grondslag voor de verhaalbaarheid wordt gezocht, betreft alleen de *materieelrechtelijke rechtsverhouding* tussen partijen. Deze grondslag blijft vreemd aan de *procesrechtelijke rechtsverhouding* tussen partijen. Nochtans kan men van oordeel zijn dat de verhaalbaarheid van de kosten van *juridische bijstand voor het voeren van een geding* behoort te worden geregeld binnen die procesrechtelijke rechtsverhouding. Slechts voor zover een partij een beroep doet op juridische bijstand buiten elk proces om, namelijk voor de *buitengerechtelijke afhandeling* van een geschil, kan de materieelrechtelijke rechtsverhouding toe-reikend worden geacht.⁹²

Zo wordt in onze buurlanden de verhaalbaarheid van de kosten van juridische bijstand voor het voeren van een geding geregeld door *regels van procesrecht*.⁹³ De Nederlandse wetgever gaf voor de noodzaak van een eigen rege-

91 Voor de kosten van technische bijstand is het probleem minder prangend omdat vooral in aansprakelijkheidsgeschillen op die technische bijstand een beroep wordt gedaan. Niettemin wordt ook voor andere materies een beroep gedaan op de bijstand van een technisch raadsman (bijvoorbeeld de bijstand van een raadgevend geneesheer in socialezekerheidsgeschillen). Een procesrechtelijke regeling van de verhaalbaarheid van de kosten van bijstand door een technisch raadsman zou dus ook tal van problemen oplossen. Zo heeft in Frankrijk artikel 700 van de *Nouveau Code de procédure civile* eveneens op die kosten betrekking (zie B. DE TEMMERMAN, *o.c.*, *T.P.R.* 2003, p. 1039, nr. 18).

92 Dit is de oplossing naar Duits en Nederlands recht. Beide rechtssystemen regelen de verhaalbaarheid van de kosten van juridische bijstand voor het voeren van een geding door bepalingen van procesrecht; de verhaalbaarheid van buitengerechtelijke kosten van juridische bijstand wordt daarentegen geregeld door het schadevergoedingsrecht. Zie hierover B. DE TEMMERMAN, *o.c.*, *T.P.R.* 2003, p. 1042-1044, nr. 19 en p. 1046-1047, nr. 22.

93 B. DE TEMMERMAN, *o.c.*, *T.P.R.* 2003, p. 1039-1047, nrs. 18-22.

ling voor proceskosten de volgende lezenswaardige verantwoording: "(...) de toekenning van proceskosten (mag) niet gelijkgesteld (...) worden met de toekenning van schadevergoeding (...). Dat de verliezende partij in de proceskosten pleegt te worden veroordeeld, vindt immers niet zijn grond in een verplichting tot schadevergoeding,⁹⁴ maar in andere overwegingen die zich aldus laten samenvatten, dat het verbod van eigenrichting en de daarmee samenhangende, vrijwel onbeperkte vrijheid een ander in rechte te betrekken en zich in rechte tegen eens anders aanspraken te verdedigen, kan meebrengen dat het gerechtvaardigd is de kosten van het geding, voor zover zij niet ten laste van de overheid blijven, over partijen te verdelen op een wijze waarbij aan overwegingen van procesrisico en procesbeleid mede betekenis wordt toegekend, onder meer om te voorkomen dat de voormelde vrijheid door de vrees voor een veroordeling tot omvangrijke proceskosten in gevaar zou worden gebracht. (...) Dit kan verklaren waarom de proceskosten waarin de verliezende partij veelal wordt veroordeeld vaak geen volledige vergoeding opleveren van hetgeen de winnende partij aan het proces ten koste heeft gelegd. In verband daarmee pleegt men te zeggen dat niet alle proceskosten 'liquidabel' zijn. Een volledige vergoedingsplicht is wel denkbaar, doch alleen in 'buitengewone omstandigheden' (...) Daarbij dient te worden gedacht aan misbruik van procesrecht en onrechtmatige daad."⁹⁵ Het aansprakelijkheidsrecht biedt geen plaats voor deze overwegingen. Nog los van het beperkte toepassingsgebied, biedt het aansprakelijkheidsrecht dan ook niet de meest aangewezen grondslag voor de verhaalbaarheid van kosten van juridische bijstand voor het voeren van een geding.

Om die reden heb ik vroeger de opvatting verdedigd dat de verhaalbaarheid van kosten van juridische bijstand voor het voeren van een geding, wat een procesrechtelijke aangelegenheid is, behoort te worden geregeld door het Gerechtelijk Wetboek en dat zo een regeling (alsook, thans, de regeling die het verhaal beperkt tot de rechtsplegingsvergoeding) aan de verhaalbaarheid van die kosten op grond van andere regels (zoals regels van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid) in de weg staat.⁹⁶ Het Hof van Cassatie heeft in het arrest van 2 september 2004 evenwel de verhaalbaarheid van kosten van juridische bijstand resoluut op de materieelrechtelijke rechtsverhouding laten steunen.

33. De door P. VAN ORSHOVEN voorgestane restrictieve interpretatie van het arrest van 2 september 2004 strookt dan ook niet met het arrest. Volgens deze auteur wordt het optreden in rechte niet veroorzaakt door de wanprestatie (of onrechtmatige daad) maar door de weigering spontaan te betalen. Die weigering is niet noodzakelijk foutief. Dat is slechts het geval wanneer die weigering

⁹⁴ In die zin overigens ook A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Faculté de Droit de Liège, 1987, p. 584, nr. 922.

⁹⁵ *Parlementaire Geschiedenis, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering e.a.*, Deventer, Kluwer, 1992, p. 36-37, ook opgenomen in S.D. LINDENBERGH, J.M. TROMP, M.F.H.M. VAN HAASTERT, F.TH. KREMER en W.S. DE VRIES, *Buitengerechtelijke kosten*. Met "onrechtmatige daad" wordt in dit citaat bedoeld een met de zorgvuldigheidsnorm strijdige wijze van procederen.

⁹⁶ B. DE TEMMERMAN, o.c., *T.P.R.* 2003, p. 1056-1058, nrs. 28-29.

kennelijk onredelijk is.⁹⁷ Deze auteur pleit aldus ervoor de verhaalbaarheid van kosten van juridische bijstand te beoordelen binnen de *procesrechtelijke rechtsverhouding* tussen partijen: hebben de partijen zich bij het stellen van hun eis of bij het voeren van hun verweer niet onredelijk gedragen? Dit standpunt is zeker verdedigbaar maar vindt echter geen steun in het besproken arrest.

34. Het arrest brengt mee dat voor de proceskosten, met inbegrip van de kosten van juridische bijstand voor het voeren van een geding, twee verschillende rechtsverhoudingen, namelijk de materieelrechtelijke en procesrechtelijke rechtsverhouding, samenlopen. Dit doet een aantal vragen rijzen.

Theoretisch bekeken kan men zich afvragen of de veroordeling tot de gerechtskosten niet alleen kan steunen op artikel 1017 Ger.W. maar ook op de aansprakelijkheidsregel zélf.

Van groot praktisch belang is de vraag in welke mate overwegingen die krachtens artikel 1017 Ger.W. rechtvaardigen dat de kosten deels ten laste van de schuldeiser worden gelegd (omdat hij met betrekking tot een geschilpunt in het ongelijk wordt gesteld) ook kunnen worden betrokken op de vergoeding van kosten van juridische bijstand krachtens het aansprakelijkheidsrecht. Het vereiste van "noodzakelijk gevolg" laat ongetwijfeld zo een oplossing toe.⁹⁸ Het voelt echter kunstmatig aan dat één en dezelfde vraag voor beide rechtsverhoudingen moet worden beantwoord.

Beide rechtsverhoudingen komen eveneens aan de oppervlakte wanneer de vraag rijst of de rechtsplegingsvergoeding niet in mindering moet worden gebracht van de schadevergoeding die voor kosten van juridische bijstand wordt toegekend. Auteurs wijzen op de noodzaak daartoe.⁹⁹ De wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties bracht al dezelfde oplossing mee.¹⁰⁰

35. Wanneer de wetgever zich zou wagen aan een door alle auteurs gewenste regeling van de verhaalbaarheid van kosten van juridische bijstand, zal hij aandacht moeten besteden aan de vraag of naast die wettelijke regeling nog plaats is voor de toepassing van andere aansprakelijkheids- of vergoedingsregels. In voorkomend geval zal hij duidelijk moeten maken dat deze regeling de

⁹⁷ P. VAN ORSHOVEN, *o.c.*, *De Juristenkrant* 2004, afl. 94, 8; P. VAN ORSHOVEN e.a., "Recente ontwikkelingen in het gerechtelijk recht" in X (ed.), *Recht in beweging. 11de VRG-Alumnidag 2004*, p. 505-507, nrs. 2-4. Zie hierover ook B. DE TEMMERMAN, *o.c.*, *T.P.R.* 2003, p. 1056-1057, nr. 28.

⁹⁸ Vgl. G. CLOSSET-MARCHAL en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *o.c.*, *R.G.A.R.* 2005, nr. 13.945, p. *Trecto*, nr. 30.

⁹⁹ V. CALLEWAERT en B. DE CONINCK, *o.c.*, *R.G.A.R.* 2005, nr. 13.944, p. *8recto*, nr. 26; G. CLOSSET-MARCHAL en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *o.c.*, *R.G.A.R.* 2005, nr. 13.945, p. *Trecto-verso*, nr. 31. Voor een toepassing: Kh. Turnhout 27 september 2004, *R.W.* 2004-05, 551.

¹⁰⁰ Zie B. DE TEMMERMAN, *o.c.*, *T.P.R.* 2003, p. 1061, nr. 33.

toepassing van elk ander stelsel uitsluit.¹⁰¹ Alleen op die wijze wordt een gelijke behandeling van alle procespartijen gewaarborgd. Laat de wetgever dit na, zou het slachtoffer van een wanprestatie of onrechtmatige daad volgens het arrest van 2 september 2004 zich nog steeds kunnen beroepen op de regels van contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid om aan die regeling te ontsnappen.

§2. Andere nadelen

36. Geen soelaas voor de aansprakelijke. Alleen de benadeelde van de wanprestatie of de onrechtmatige daad kan de verhaalbaarheid op de *materieel-rechtelijke rechtsverhouding* steunen.¹⁰² De verweerder, de aansprakelijke, kan daarentegen in die rechtsverhouding geen aanspraak maken op enige vergoeding van zijn kosten van juridische bijstand, ook niet wanneer de vordering wordt afgewezen of wanneer de deels ten onrechte gestelde vordering tot een verzwarend van zijn kosten van verdediging zou hebben geleid. Zijn aanspraak op vergoeding van schade kan slechts steunen op regels betreffende hun *procesrechtelijke rechtsverhouding*. Zo kan hij slechts op vergoeding aanspraak maken voor zover de procesvoering door de eiser de perken van de normale uitoefening van het recht door een bedachtzaam en zorgvuldig persoon om in rechte op te treden, kennelijk te buiten gaat.¹⁰³

37. Het risico voor een uitdijend aansprakelijkheidsrecht in procesrechtelijke verhoudingen. Tot nu toe zijn bepaalde rechtstakken gespaard gebleven van een systematisch beroep op artikel 1382 B.W. De noodzaak van, onder andere, een buitencontractuele grondslag om kosten van juridische bijstand te kunnen verhalen, doet vrezen dat pleiters vaker de schending van een wettelijke verplichting en dus een onrechtmatige daad zullen aanvoeren. Bijvoorbeeld in het familierecht is denkbaar dat de echtgenoot die op grond van bepaalde feiten de echtscheiding verkrijgt, een onrechtmatige daad aanvoert, of nog, het niet-weerlegde schuldvermoeden bij echtscheiding op grond van feitelijke scheiding van meer dan twee jaar als grondslag voor de verhaalbaarheid aanvoert.¹⁰⁴ Het familie- en aansprakelijkheidsrecht zijn tot nu toe grotendeels gespaard gebleven van dergelijke benaderingen. Het zou de voorkeur verdienen

¹⁰¹ Dit brengt ook mee dat de kosten voor het voeren van een geding moeten worden uitgesloten uit de redelijke schadeloosstelling voor relevante invorderingskosten krachtens de wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties. Door te voorzien in een algemene regeling voor de kosten van juridische bijstand, voldoet de wetgever eveneens aan de verplichtingen die de Europese Richtlijn hem oplegt. Vgl. de regeling in Duitsland en Nederland; zie de verwijzingen bij B. DE TEMMERMAN, *o.c.*, *T.P.R.* 2003, p. 1065, voetnoot 191.

¹⁰² In die zin ook F. GLANSDORFF, *o.c.* *J.T.* 2004, p. 786, nr. 2, onder f.

¹⁰³ G. CLOSSET-MARCHAL en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *o.c.*, *R.G.A.R.* 2005, nr. 13.945, p. 2*verso*; Cass. 31 oktober 2003, A.R. C.02.0602.F, www.cass.be.

¹⁰⁴ V. CALLEWAERT en B. DE CONINCK, *o.c.*, *R.G.A.R.* 2005, nr. 13.944, p. 2*recto*, nr. 6. Deze auteurs geven ook nog het minder controversiële voorbeeld van de werknemer die het slachtoffer is van een met misbruik van ontslagrecht gegeven ontslag.

het familierecht buiten het domein van het aansprakelijkheidsrecht te houden.¹⁰⁵ Verplichtingen tussen echtgenoten worden krachtens het familierecht gesanctioneerd. Ik zou ervoor pleiten op die grond de toepassing van het aansprakelijkheidsrecht uit te sluiten. Aanvaardt men niettemin de toepasselijkheid van het aansprakelijkheidsrecht, zal evenmin aan gewone vorderingen tot vergoeding van (bijvoorbeeld morele) schade kunnen worden ontsnapt.

IV. Enkele afsluitende kanttekeningen

38. Het arrest van 2 september 2004 introduceert in het Belgische recht een regel waarvoor steeds meer auteurs hadden gepleit; het maakt een einde aan de principiële niet-verhaalbaarheid waartegen steeds meer feitenrechters hadden gerebelleerd. En toch: in de eerste (gepubliceerde) rechtspraak na dat arrest wordt gezocht naar mogelijkheden om die verhaalbaarheid aan banden te leggen;¹⁰⁶ de advocatuur is duidelijk niet onverdeeld gelukkig met de nieuwe regel; auteurs wijzen op de talrijke vragen die het arrest doet rijzen. Iedereen stelt zijn hoop op de wetgever die orde op zaken moet stellen.

De rechtsvormende taak van het Hof van Cassatie kan niet worden ontkend. Het besproken arrest is hiervan onmiskenbaar een illustratie. Het toont echter ook duidelijk de beperkingen daarvan aan.¹⁰⁷ Het Hof, getrouw aan zijn opvatting dat het alleen recht spreekt binnen de grenzen van het middel, heeft zich ertoe beperkt de verhaalbaarheid van kosten van juridische kosten toe te staan en één toepassingsvereiste te verwoorden ("noodzakelijk karakter"). De exploratie van de verhaalbaarheid van kosten van juridische bijstand wordt voor het overige aan de rechtspraak overgelaten. Het gebruikelijke vangnet van de conclusie van het openbaar ministerie,¹⁰⁸ waarin de oplossing omstandiger kan worden toegelicht, heeft in deze zaak niet gewerkt: het openbaar ministerie concludeerde in andere zin. Duidelijk is dat deze introductie in het Belgische recht van de verhaalbaarheid van kosten van juridische bijstand voor (veel) extra werk zal zorgen.

39. Draagt de verhaalbaarheid van kosten van juridische bijstand bij tot een versterking van de toegang tot de rechter? Velen zijn daarvan overtuigd; wei-

¹⁰⁵ Zie hierover in het algemeen (en anders) B. WEYTS, "Familiebanden, aansprakelijkheid en verzekeringen", *R.W.* 2004-05, 81-91, in het bijzonder p. 83, nr. 10. Opgemerkt kan worden dat de door deze auteur geciteerde toepassingen van de regel dat overspel een onrechtmatige daad uitmaakt op grond waarvan schadevergoeding kan worden verkregen, dateren uit de jaren tachtig toen overspel nog strafrechtelijk werd gesanctioneerd.

¹⁰⁶ Zie de zeer terughoudende benadering in Rb. Nijvel 16 november 2004, *R.G.A.R.* 2005, nr. 13.948 en het verzet in Corr. Ieper 15 november 2004, *R.W.* 2004-05, 795.

¹⁰⁷ Vgl. soortgelijke beschouwingen van S. STIJNS en H. VUYE, *Burenhinder* in R. DILLEMANS en W. VAN GERVEN (ed.), *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, p. 156-158, nr. 82.

¹⁰⁸ Zie hierover *Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België*, 1998, Brussel, Belgisch Staatsblad, 81.

nigen denken hierover genuanceerd¹⁰⁹ of hebben kritiek.¹¹⁰ Opmerkelijk is wel dat in de juridische literatuur de weerslag van de verhaalbaarheid van kosten van juridische bijstand op het Belgische rechtsbedrijf, rekening houdende met de ervaringen in het buitenland (én met de eigenheid van die buitenlandse rechtsstelsels), nauwelijks is onderzocht.¹¹¹ Enige behoedzaamheid is dus wel op zijn plaats; aan kretologie heeft de juridische wereld geen behoefte.

Ik acht het weinig waarschijnlijk dat het besproken arrest, binnen de grenzen van zijn toepassingsgebied, de toegang tot de rechter merklijk zal beïnvloeden. In belangrijke sectoren van het aansprakelijkheidsrecht biedt de waarborg rechtsbijstand al het nodige soelaas. Voor voldoende belangrijke aansprakelijkheidsgeschillen was de niet-verhaalbaarheid van kosten van juridische bijstand al geen hinderpaal om zich tot de rechter te wenden. De oplossing van het besproken arrest kan uiteraard voor bepaalde categorieën van aansprakelijkheidsgeschillen wél een aanzienlijke steun in de rug van rechtzoekenden uitmaken. Men denke aan gevallen waarin de aansprakelijkheid redelijkerwijze vaststaat (bijvoorbeeld bij schending van persoonlijkheidsrechten, in het bijzonder door media) maar het financiële resultaat (de morele schadevergoeding) doorgaans niet opweegt tegen de kosten van procesvoering. Deze geschillen zijn uiteraard ook eerbiedwaardig maar het belang ervan is toch veeleer beperkt. Voor de minder begoede rechtzoekenden brengt de verhaalbaarheid wellicht weinig baat bij. Of de kosten van juridische bijstand verhaalbaar zijn, is afhankelijk van de beslissing van de rechter dat de verweerder inderdaad aansprakelijk is. Als het financiële risico van de afwijzing van de eis (het verschuldigd zijn van de declaratie van de eigen advocaat, zonder enige vergoeding te ontvangen) destijds een rechtzoekende ervan deed afzien een vordering in te stellen, zal de verhaalbaarheid van kosten van juridische bijstand dit thans wellicht niet verhelpen.

Het besproken arrest draagt daarentegen wél bij tot een grotere financiële zekerheid van slachtoffers van wanprestatie, onrechtmatige daad of onteigening. Op zichzelf is dit een goede zaak. De distorsies die deze oplossing op het vlak van het rechtsbedrijf in zijn geheel meebrengt, doen echter, eens te meer, pleiten voor een initiatief door de wetgever.

40. Hopelijk zorgt het arrest ervoor dat de wetgever nu eindelijk werk maakt van een goede regeling van het verhaal van kosten van juridische bijstand. Hoewel een wettelijke regeling dringend gewenst is, mag toch worden gehoopt

¹⁰⁹ Maar zie F. GLANSDORFF, *o.c.*, *Journ. Proc.* 2004, afl. 486, 5.

¹¹⁰ Maar zie P. VAN ORSHOVEN, *o.c.*, *De Juristenkrant* 2004, afl. 94, 8.

¹¹¹ Verwijzingen naar zo een onderzoek (*nota bene* een Canadees onderzoek waarin het Canadese en Amerikaanse recht met elkaar werden vergeleken) kunnen bijzonder taai zijn: een eerste verwijzing naar dat onderzoek treft men aan bij B. DEMEULENAERE, "Advocatenhonoraria. Een consumentvriendelijk perspectief", *T.P.R.* 1988, p. 25-26, nr. 69; het werd vervolgens in 1998 geciteerd door J. LINSMEAU, "Pour la répétabilité des honoraires d'avocat", *R.G.A.R.* 1998, nr. 12.915, p. 1 verso, nr. 3, in 2002 door S. VELU, "La "non-répétabilité" des frais et honoraires de conseils est-elle compatible avec les exigences du droit d'accès à un tribunal?" in *Liber amicorum Lucien Simont*, Brussel, Bruylant, 2002, p. 225, nr. 6 en in 2003 door J. LAFFINEUR, *o.c.*, *D.C.C.R.* 2003, afl. 61, 13.

dat de wetgever deze aangelegenheid met de nodige bedachtzaamheid behandelt. Hij dient immers een aantal belangrijke keuzes te maken. Ofwel kiest hij voor een stelsel dat, zoals het Duitse en Nederlandse, voorziet in een vergoeding voor de advocatenrekening ten laste van de in het ongelijk gestelde partij. Een bijkomende te maken keuze betreft de vraag of die vergoeding in principe alle kosten omvat, zoals in de regel het geval is in Duitsland, dan wel of, zoals in Nederland, de rechter de vergoeding kan bepalen op basis van een tarief dat voorziet in bedragen die lager liggen dan de verschuldigde declaratie. Ofwel kiest hij voor een stelsel dat, zoals het Franse, aan de rechter de mogelijkheid geeft te beslissen mede rekening houdend met de billijkheid en de vermogens-toestand van partijen, zodat de veroordeling tot betaling van de kosten van de wederpartij geen automatisme is.¹¹²

Het Duitse systeem steunt op een tarifiering waarvan de *Gründlichkeit* een Belgisch jurist doet duizelen¹¹³ en maakt geen kans om de Belgische wetgever te inspireren. Het Franse voorbeeld (artikel 700 van de *Nouveau Code de procédure civile*) werkt meer aanstekelijk, zoals blijkt uit wetsvoorstellen van Frans-talige parlementsleden.¹¹⁴ Het Franse voorbeeld, dat de gevoeligheden van de balie ontziet, werd ook al voorgesteld door de Franse Orde van advocaten van de Balie te Brussel.¹¹⁵ Evenredig aan de soepelheid van dit systeem is het gebrek aan transparantie. De rechter moet noch zijn beslissing over de toekenning van een vergoeding, noch de begroting van het bedrag motiveren. De Franse slag waarmee rechters die bepaling toepassen, stuit dan ook op kritiek.¹¹⁶ Meer houvast en transparantie biedt het Nederlandse systeem. De uitzonderingen op de principiële verhaalbaarheid moeten worden gemotiveerd; de (niet-bindende maar niettemin algemeen toegepaste) tarieven op basis waarvan de vergoeding voor kosten van juridische bijstand wordt begroot kunnen op internet worden geraadpleegd.¹¹⁷

Men kan slechts hopen dat de wetgever, welke keuze hij ook maakt, erin zal slagen de verhaalbaarheid van de kosten van juridische bijstand in goede banen te leiden. Dit zal alle betrokkenen heel wat hoofdbrekens besparen.

¹¹² Voor enkele gegevens in verband met deze stelsels, zie B. DE TEMMERMAN, *o.c.*, T.P.R. 2003, p. 1039-1047, nrs. 18-22.

¹¹³ Zie de *Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte*, geciteerd in voetnoot 79.

¹¹⁴ Zie thans het wetsvoorstel "tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek en het Wetboek van strafvordering in verband met de terugbetaling van de gerechtskosten" ingediend door senator C. NYSENS (*Parl. St. Senaat*, 2003, nr. 3-51/1) en het gelijknamige wetsvoorstel ingediend door volksvertegenwoordiger M. WATHELET (*Parl. St. Kamer*, 2003-04, nr. 51-417/1) en het wetsvoorstel "tot wijziging van het Gerechtelijk Wtboek en het Wetboek van strafvordering, betreffende de terugbetaling van de uitgaven die niet bij de kosten inbegrepen zijn" ingediend door senator A. DESTEXHE (*Parl. St. Senaat*, 2003, nr. 3-204/1). Voor een overzicht van de vroegere ingediende wetsvoorstellen, zie J. LAFFINEUR, *o.c.*, D.C.C.R. 2003, 21-22 en voetnoot 56.

¹¹⁵ J. LAFFINEUR, *o.c.*, D.C.C.R. 2003, 24-25.

¹¹⁶ P. BRUN en L. CLERC-RENAUD, "Frais irrépétibles", *Rép. pr. civ.*, nr. 38; M. DEFOSSEZ, "Frais irrépétibles", *J.-Cl. pr. civ.*, nrs. 46-48.

¹¹⁷ www.advocatenorde.nl, onder "Tarieven" – "Liquidatie- en andere tarieven".