

Noot

*De cautio iudicatum solvi en het ereloon van de advocaat*Bart Volders¹

1. De appèlrechters te Luik maken in deze zaak een opmerkelijke toepassing van de 'exceptio cautio iudicatum solvi' uit artikel 851 Ger. W. Dit wetsartikel laat een Belgische verweerder toe om voor elk verweer ten gronde² en voor enige andere exceptie³, een borgstelling te vorderen van vreemdelingen die als hoofdeiser of als tussenkomende partij voor de Belgische rechter verschijnen. Artikel 851 Ger. W. beschermt Belgische staatsonderhorigen hiermee tegen de geldelijke verliezen die voortvloeien uit onbezonnen procedures die vreemdelingen tegen hen voor de Belgische rechtscolleges zouden inleiden⁴.

2. De voorgeschiedenis van deze zaak is eerder complex. In eerste aanleg hadden twee Canadese eisers voor de Beslagrechter te Verviers verschillende uitvoeringsmaatregelen ingeleid tegen twee Belgische partijen. De Canadese eisers steunden hun eis op een vermeende inbreuk van een stakingsbeslissing opgelegd door de voorzitter van de rechtbank van koophandel. De aangezochte beslagrechter achtte de vorderingen van de Canadezen ongegrond. Naast de proceskosten, veroordeelde hij de Canadese eisers tot een schadevergoeding. De Canadese eisers tekenden beroep aan tegen deze beslissing voor het Hof van Beroep te Luik. Voor enig ander verweer, wierpen de Belgische geïntimeerden de exceptie tot borgstelling op.

De exceptie tot borgstelling schorst de rechtspleging tot op het ogenblik dat de rechter dienaangaande een beslissing neemt⁵. In voorkomend geval kan de rechtspleging slechts voortgang vinden nadat de eiser de vereiste borg heeft gesteld. De Belgische partijen hadden in voorliggende zaak, de exceptie tot borgstelling reeds voorgedragen in de bodemprocedure. De Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Verviers had de exceptie afgewezen bij gebreke aan kosten. Terecht besluit het hof van beroep dat dit de geïntimeer-

den geenszins het recht ontnemt om dezelfde exceptie op te werpen voor de executierechter. De procedure voor de bodemrechter is immers een ander 'geding' in de zin van artikel 851 Ger. W., dan de procedure (in beroep) voor de executierechter.

3. Gevallen waarbij de rechter een vreemde eiser tot een borgstelling op grond van artikel 851 Ger. W. kan verplichten, zijn eerder zeldzaam. België heeft in verschillende bilaterale of multilaterale verdragen, een hele reeks vreemdelingen ontslaan van de verplichting tot borgstelling⁶. Daarnaast kunnen EU-onderdanen in de andere Lidstaten niet verplicht worden om een borgstelling of een andere zekerheid te stellen wanneer ze aldaar een procedure inleiden⁷. Voorliggende zaak toont aan dat dit 'web van verdragsbepalingen'⁸ niet sluitend is.

Met Canada ontbreekt immers een verdrag dat de verplichting tot borgstelling afschaft. Dat het interne Canadese procesrecht geen borgstelling van de vreemde eiser verlangt wanneer deze voor een Canadese rechtbank een procedure inspant tegen een Canadese onderdaan, doet niet ter zake. De tekst van artikel 851 Ger. W. is duidelijk. Enkel een *verdragsrechtelijke* vrijstelling kan de Canadese eiser ontslaan van een verplichting tot borgstelling⁹.

De rechter kan de eiser slechts verplichten om een borg te stellen wanneer de verweerder artikel 851 Ger. W. opwerpt. Het is evenwel de rechter die autonoom beoordeelt of het opleggen van een borgstelling al dan niet opportuun is¹⁰. De rechter gaat hierbij over tot een summier kansberekening van de slaagkansen van de vordering van elke partij¹¹. Het behoort bovendien aan de rechter om de omvang van de borgstelling te begrenzen¹².

Artikel 851 Ger. W. stelt dat de vreemdeling gehouden kan worden om borg te stellen 'voor de betaling van de uit het

1. Assistent Internationaal Privaatrecht, Universiteit Antwerpen.

2. S. CNUDE, 'Artikel 851 Ger. W.', in *Comm. Ger.*, stand juni 2001, 12, nr. 9.

3. Lees art. 868, tweede lid, Ger. W. en Bergen 15 oktober 1991, *Pas.* 1991, II, 191.

4. Cass. 14 oktober 1965, *Pas.* 1966, I, 208, *R.W.* 1966-67, 1172; Cass. 10 september 1987, *Pas.* 1988, I, 35.

5. A. HEYVAERT, *Belgisch internationaal privaatrecht. Een inleiding*, 4de uitgave, Gent, Mys & Breesch, 2002, 95, nr. 218.

6. Voor een opsomming van de voornaamste bilaterale en multilaterale verdragen die een vrijstelling van borgstelling inhouden, lees: A. KOHL, 'Cautio iudicatum solvi et conventions internationales', (noot onder Kh. Charleroi 8 februari 1994), *J.L.M.B.* 1995, 26 e.v.

7. Cf. J. MEEUSEN, 'De cautio iudicatum solvi en het Europeesrechtelijk verbod van nationaliteitsdiscriminatie', (noot onder Kh. Antwerpen 28 april 1998), *R.W.* 1998-99, 719-720.

8. J. ERAUW, 'Een geval van borgstelling van de eisende buitenlandse procespartij en van wetskeuze bij contractuele borgstelling', (noot onder Kh. Antwerpen 16 mei 1986), *R.W.* 1986-87, 960.

9. P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé, la procédure civile*, deel 3, Brussel, Bruylant, 1977, 434, nr. 514; A. KOHL, *l.c.*, 27.

10. Kh. Bergen 2 november 2000, *J.T.* 2001, 523, noot M. FALLON; *T.B.H.* 2001, 617, noot C. ROMMELAERE; P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé, la procédure civile*, deel 3, Brussel, Bruylant, 1977, 442, nr. 524.

11. P. WAULETEL, 'Over de *cautio iudicatum solvi* en de herziening ten gronde', (noot onder Rb. Brussel 10 september 1996), *T.B.B.R.* 1998, 53.

12. Kort Ged. Rb. Brussel 14 februari 1997, *T.B.B.R.* 1997, 232; Kh. Antwerpen 16 mei 1986, *R.W.* 1986-87, noot J. ERAUW.

geding voortvloeiende kosten en de schadevergoeding waarin zij kunnen worden verwezen'. Met kosten doelt artikel 851 Ger. W. op de kosten van de rechtspleging waarvan melding in de artikelen 1017 en volgende Ger. W.¹³. De schadevergoeding bestrijkt de veroordeling die de eiser zou kunnen oplopen door een tegeneis die de verweerder tegen hem instelt op grond van de oorspronkelijke vordering¹⁴. Dit laatste heeft meestal betrekking op de veroordeling van de eisende partij inzake tergend en roekeloos geding¹⁵. De borgstelling kan natuurlijk enkel de kosten en schadevergoedingen omvatten die uit de aanleg zelf zouden voortvloeien.

4. In voorliggende zaak begroot het Hof van Beroep de borgstelling op een bedrag van niet minder dan 15.000 EUR. Deze som omvat de advocatenhonoraria die de geïntimeerde aan haar verdediging verschuldigd is. Het Hof stelt uitdrukkelijk: *'Que la caution judicatum solvi doit dès lors tenir compte du montant des honoraires qui devront être déboursés par les intimés pour leur défense en degré d'appel et ce dans l'éventualité où il viendrait à être jugé, ainsi qu'il l'a été en instance, qu'il a été recouru à ces mesures d'exécution avec précipitation et acharnement et volonté de nuire'*.

In haar motivering haalt het Hof van Beroep een passage aan uit de bijdrage van Parmentier en Patart inzake de Wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand inzake handelstransacties¹⁶. In de aangehaalde passage verwijzen Parmentier en Patart naar het cassatiearrest van 28 februari 2002. In deze zaak besloot het Hof van Cassatie dat artikel 1382 B.W. *'niet uitsluit dat de vergoedingsplicht zich kan uitstrekken tot de kosten die de benadeelde partij diende te besteden met het oog op de vaststelling van de schade en de omvang ervan'*.¹⁷ Dit arrest overtuigt een aantal auteurs om de erelonen van de advocaat voortaan als een vergoedbare schade in de zin van artikel 1382 B.W. aan te merken¹⁸. Door de erelonen van de advocaat bij de begroting van de borgstelling in rekening te nemen, schaart het Hof van Beroep te Luik zich achter deze auteurs.

5. Niet iedereen deelt deze interpretatie¹⁹. In het arrest

van 28 februari 2002 stonden enkel de honoraria van de *deskundige* ter discussie. De erelonen van de advocaat kwamen voor het Hof niet ter sprake. Het cassatiearrest van 28 februari 2002 raakt dan ook niet aan de regel die de advocatenhonoraria als niet-verhaalbaar aanmerkt.

6. Recentelijk is de wetgever in een bijzondere wet van deze gemeenrechtelijke regel afgeweken. Artikel 6 van de Wet van 2 augustus 2002 inzake de betalingsachterstand bij handelstransacties, kent aan de schuldeiser het recht toe op een *'redelijke schadeloosstelling door de schuldenaar voor alle relevante invorderingskosten ontstaan door de betalingsachterstand'*. Onder "relevante invorderingsrechten" in de zin van deze bepaling vallen onder meer de erelonen van de advocaat²⁰. Een verhaal van de erelonen op de wederpartij, is slechts mogelijk binnen het toepassingsgebied van de bijzondere wet. Buiten de krijtlijnen van deze wet, is het uitgesloten om de honoraria van de advocaat terug te vorderen.

Het insluiten van de erelonen in de borgstelling waartoe een vreemde eiser kan worden verplicht, resulteert onvermijdelijk in een hogere borg. De Canadese eisers worden door de appèlrechters te Luik verplicht tot een borgstelling van maar liefst 15.000 EUR. In hoeverre dergelijke hoge bedragen verenigbaar blijven met het fundamenteel recht op toegang tot de rechter uit artikel 6, eerste lid, EVRM, vormt mijns inziens een teer punt van discussie²¹.

7. *Conclusie*. Het Hof van Beroep neemt in de begroting van de *cautio iudicatum solvi*, de erelonen van de advocaat in rekening. Hierbij verwijst het Hof (indirect) naar het arrest van het Hof van Cassatie van 28 februari 2002, waarbij de appèlrechters een zeer ruime interpretatie geven aan de bewoordingen van het arrest. Het is evenwel verkieslijk om aan het cassatiearrest een meer beperkte draagwijdte toe te kennen. Het insluiten van de erelonen in artikel 851 Ger. W. zou trouwens resulteren in een zeer hoge borgstelling. Het is zeer de vraag of deze een belemmering vormt op het recht op toegang tot de rechter dat besloten ligt in artikel 6, eerste lid, EVRM.

13. S. CNUUDE, 'Artikel 851 Ger. W.', in *Comm. Ger.*, stand juni 2001, 4, nr. 1.

14. Brussel 1 april 1999, *J.T.* 1999, 450; Kh. Gent 22 mei 1990, *T.G.R.* 1990, 218; S. CNUUDE, 'Artikel 851 Ger. W.', in *Comm. Ger.*, stand juni 2001, 4, nr. 1; P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé, la procédure civile*, deel 3, Brussel, Bruylant, 1977, 442, nr. 524.

15. S. CNUUDE, 'Artikel 852 Ger. W.' in *Comm. Ger.*, stand juni 2001, 4, nr. 3.

16. C. PARMENTIER en D. PATART, 'La loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales', *T.B.H.* 2003, 220 e.v.

17. Cass. 28 februari 2002, *R.W.* 2002-03, 19, noot S. MOSSELMANS; *R.G.A.R.* 2003, nr. 13.754, noot F. GLANSDORFF; *NjW* 2002, 351, noot W. GELDHOF en B. CLAESSENS; *De Verz.* 2002, 701, noot P. GRAULUS.

18. F. GLANSDORFF (noot onder Cass. 28 februari 2002), *R.G.A.R.* 2003, nr. 13.754; W. GELDHOF en B. CLAESSENS, 'Advocatenhonoraria', *NjW* 2002, 342; P. GRAULUS, 'Kosten van de verdediging: het Hof van Cassatie neemt een bocht van 180 graden!', (noot onder Cass. 28 februari 2002), *De Verz.* 2002, 704; K. MAENHOUT, 'Verhaalbaarheid van erelonen en kosten van advocaten inzake handelstransacties na de wet van 2 augustus 2002', *R.W.* 2002-03, 615, nr. 5.

19. Pol. Brugge 23 september 2003, *RABG* 2004, 33, noot R. SIERENS; L. LAMINE, B. SCHOENAERTS en C. VAES, *Het tergend en roekeloos geding*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 29, nr. 29, voetnoot 158; M. STORME, 'De Wet van 2 augustus 2002 inzake de betalingsachterstand en de discriminatie inzake de verhaalbaarheid van advocatenkosten', *T.P.R.* 2003, 1080.

20. M. STORME, *l.c.*, 1078; K. MAENHOUT, *l.c.*, 615, nr. 7; C. PARMENTIER en D. PATART, *l.c.*, 224; B. DE CONINCK, 'La répitibilité des honoraires d'avocat dans le contentieux de la réparation du dommage', *R.G.A.R.* 2003, 13750, nr. 15.

21. De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens acht een *cautio iudicatum solvi* op zichzelf niet in strijd met het recht op toegang tot de rechter uit art. 6, eerste lid, EVRM. De Commissie stelt dat enkel *in concreto* kan worden beoordeeld of de *cautio* de vreemde eiser al dan niet het recht op toegang tot de rechter ontnemt: ECRM 28 februari 1979, zaak 7973/77, *Recueil des décisions et rapports de la Commission*, volume 17, 74.