

De doodsteek voor de verhaalbaarheid van de redelijke en evenredige advocatenkosten?

Toch niet.

Het lijkt er sterk op dat de 8ste Kamer van het Hof van Beroep te Brussel in het hierboven gepubliceerd arrest de doodsteek heeft willen geven aan de pogingen van (sommige) in het gelijk gestelde partijen om, onder verwijzing naar het *United Video Properties* arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie¹, de RPV plafonds uit het Koninklijk Besluit van 26 oktober 2007² (hierna "het KB") buiten toepassing te laten verklaren.

We leiden dat af uit het feit dat de (correcte) redenering van het Hof, volgens dewelke artikel 14 van de Handhavingsrichtlijn³ geen horizontale rechtstreekse werking heeft en de nationale rechter dus niet kan verplichten om in een dispuut tussen particulieren de plafonds van het KB buiten toepassing te laten eigenlijk, overbodig was in deze zaak.

Deze vraag (moet de nationale rechter het in een specifiek geval van toepassing zijnde plafond uit het KB buiten toepassing laten?) dient zich immers enkel maar aan indien in het specifieke geval zou blijken dat het kwestieuze plafond strijdig zou zijn met het Unierecht doordat het tot gevolg zou hebben dat de in het gelijk gestelde partij niet "*minstens een significant en passend deel van de redelijke kosten die zij daadwerkelijk heeft gemaakt*" kan recupereren.⁴

¹ Hof van Justitie van de Europese Unie, 28 juli 2016, C-57/15, *United Video Properties*

² Koninklijk Besluit van 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek en tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van de artikelen 1 tot 13 van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van de advocaat

³ Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten

⁴ Hof van Justitie van de Europese Unie, 28 juli 2016, C-57/15, *United Video Properties*, punt 29

Uit het oordeel van het Hof dat de door haar in het gelijk gestelde partij geen enkel element had aangereikt waaruit zou moeten blijken dat een RPV van 8.400 euro per aanleg "*niet de (ereloon- en kosten)tarieven weerspiegel[t] die daadwerkelijk gelden voor de diensten van advocaten geleverd inzake intellectuele eigendom*", volgt echter dat het (*in casu* van toepassing zijnde) plafond van 16.800 euro per aanleg uit het KB de in het gelijk gestelde partij wel degelijk toeliet om "*minstens een significant en passend deel van de redelijke kosten die zij daadwerkelijk heeft gemaakt*" te recupereren.

De vraag wat gedaan indien het van toepassing zijnde plafond uit het KB strijdig wordt bevonden met het Unierecht stelde zich dus helemaal niet, zodat het Hof zich de Europeesrechtelijke uitweidingen had kunnen besparen.

Dat het Hof tóch de Europeesrechtelijke tour is opgegaan, geeft ons dan ook het gevoel dat het Hof in het geannoteerd arrest deze discussie voor eens en altijd heeft willen beslechten.

Wat ons betreft is het Hof daar niet in geslaagd omdat het (net zoals iedereen die post-*United Video Properties* over deze problematiek heeft geoordeeld⁵ of geschreven⁶) een grondwetsartikel over het hoofd heeft gezien dat, naar onze mening, tot een andere uitkomst van de discussie zou moeten leiden, waarover verder meer.

⁵ Zie, bijvoorbeeld, navolgende beslissingen waarin dit thema uitvoerig werd besproken: Antwerpen 8 mei 2017, *IRDI* 2017, nr. 1, p. 16; Kh. Brussel 12 maart 2018, A/15/3515, *Kozmoz Design & Display/Eurodisplay*, www.darts-ip.com

⁶ VANDERMEULEN, B. en SCHOCKAERT, "De verhaalbaarheid van advocatenkosten in geschillen rond intellectuele eigendom: mythe en realiteit", *Cah. Jur.* 2018/1, p. 8 e.v.; LINDEMANS, J.-D., "Poging tot rechtzetten van een gemiste kans om in IE-geschillen redelijke advocatenkosten te verhalen", *IRDI* 2017/1, p. 21 e.v.; NOESEN, D., "Répétibilité des honoraires d'avocat dans un litige relatif aux droits intellectuels: état de la question et pistes de réflexion" in *Handhaving van intellectuele rechten in België*, PETILLON, F. (ed.), Larcier, 2018, p. 223 e.v.; DELARUE, D. en VAN DER PLANKEN, A., "Niets belet nog de integrale vergoeding van advocatenkosten in IE-geschillen", *RABG* 2016/20, p. 1434 e.v.; HUBIN, J.-B., "La Cour de justice relance la saga de la répétibilité", *Revue du Droit des Technologies de l'Information*, N° 63-64/2016, p. 73 e.v.; CLAYÉ, K., "Rechtsplegingsvergoeding in IE-zaken: gaat het dak eraf?", *IE-forum.be*, *IEF*, 1931; DE JAEGER, T., en CLAYÉ, K., "Maximale rechtsplegingsvergoeding mogelijk op de schop", *Juristenkrant* 2016, afl. 333, 3; VRENDENBARG, C., noot onder HvJ 28 juli 2016, *IE-forum*, *IEF*, 16259

Het Hof had het wél bij het rechte eind waar het stelde dat doordat richtlijnen geen horizontale rechtstreekse werking hebben tussen particulieren, artikel 14 van de Handhavingsrichtlijn (zoals uitgelegd door het Hof van Justitie) de nationale rechter niet kan verplichten om een (bij hypothese) met artikel 14 strijdig RPV plafond buiten toepassing te laten.

Het is van belang om dat te onderlijnen daar gedurende een bepaalde tijd en tot zeer recent een andere theorie opgeld heeft gemaakt waarop appellante in de geannoteerde zaak kennelijk een beroep heeft gedaan.⁷

Volgens die theorie dient de nationale rechter, indien het Hof van Justitie oordeelt dat een nationale bepaling strijdig is met een richtlijn, in toepassing van de primauteit van het Unierecht, die bepaling buiten toepassing te laten indien daarmee het obstakel wordt opgeruimd dat eraan in de weg staat dat een particulier een met de richtlijn overeenstemmend recht uit zijn nationaal recht kan invoeren.

De theorie is dus van toepassing op scenario's waarbij (i) het nationale recht expliciet voorziet in het door de richtlijn aan de particulier beloofde recht, maar (ii) de toekenning van dat recht wordt verhinderd doordat het nationale recht voorziet in een met de richtlijn strijdige extra voorwaarde of uitzondering.

⁷ DELARUE, D. en VAN DER PLANKEN, A., "Niets belet nog de integrale vergoeding van advocatenkosten in IE-geschillen", *RABG* 2016/20, p. 1434 e.v.; LINDEMANS, J.-D., "Poging tot rechtzetten van een gemiste kans om in IE-geschillen redelijke advocatenkosten te verhalen", *IRDI* 2017/1, p. 21 e.v.

Dat scenario deed zich, bijvoorbeeld, voor in de *Bellone*⁸ en *Ruiz Bernáldez*⁹ zaken maar doet zich dus ook voor in onderhavige discussie¹⁰.

In toepassing van voormelde theorie lieten de gevatte nationale rechters in de *Bellone* en de *Ruiz Bernáldez* zaken, nadat het Hof van Justitie had geoordeeld dat de extra voorwaarde (*Bellone*) en uitzondering (*Ruiz Bernáldez*) strijdig waren met de relevante richtlijnen, deze voorwaarde en uitzondering buiten toepassing^{11 12}.

⁸ In *Bellone* (Hof van Justitie van de Europese Unie, 30 april 1998, C-215/97) ging het om (i) het in het Italiaans recht in overeenstemming met richtlijn 86/653/EEG opgenomen recht van de agent op bepaalde door de principaal aan de agent te betalen vergoedingen ingeval van beëindiging van de agentuurrelatie, en (ii) het met de richtlijn strijdige obstakel uit het Italiaans recht dat bepaalde dat een agentuurovereenkomst gesloten met een niet in het relevante register ingeschreven agent nietig was ten gevolge waarvan een niet ingeschreven agent dus in geval van beëindiging door de principaal zijn recht op de voormelde vergoedingen niet kon doen gelden.

⁹ In *Ruiz Bernáldez* (Hof van Justitie van de Europese Unie, 28 maart 1996, C-129/94) ging het om (i) de in het Spaanse recht in overeenstemming met richtlijn 72/166 opgenomen verplichting voor een verzekeraar om het slachtoffer van een door de verzekerde bestuurder veroorzaakte schade te vergoeden, en (ii) het met richtlijn 84/5/EEG strijdige obstakel uit het Spaanse recht dat een uitzondering bepaalde op voornoemde verplichting voor de verzekeraar ingeval de bestuurder het ongeval in dronken toestand had veroorzaakt.

¹⁰ In onderhavige discussie gaat het om (i) de in het Belgisch recht in overeenstemming met artikel 14 van de Handhavingsrichtlijn bestaande verplichting voor de in het ongelijk gestelde partij om de advocatenkosten van de in het gelijk gestelde partij te betalen (artikel 1017 juncto artikel 1018, 6° juncto artikel 1022 Ger. W.), en het bij hypothese met artikel 14 van de Handhavingsrichtlijn strijdig plafond uit het KB.

¹¹ Zoals aangegeven door Advocaat-Generaal Ruiz-Jarabo Colomer in voetnoot 41 van zijn conclusie in de *Pfeiffer* zaak (Conclusie van Advocaat-Generaal D. Ruiz-Jarabo Colomer, 6 mei 2003, C-397/01-C403/01, *Pfeiffer e.a.*) heeft de Tribunale civile di Bologna in een vonnis van 5 mei 1999 inderdaad geoordeeld dat de agentuurovereenkomst geldig was en de vordering van *Bellone* toegewezen op basis van de motivering (zoals weergegeven door Advocaat-Generaal Ruiz-Jarabo Colomer) dat "*de in de nationale regeling bepaalde sanctie, te weten de nietigheid van de agentuurovereenkomst bij gebreke van inschrijving van de agent in het register, onverenigbaar was met de communautaire rechtsorde; dat in geval van onverenigbaarheid deze laatste voorrang heeft boven het recht van de lidstaten en dat de arresten van het Hof rechtstreekse werking hebben, zodat, volgens, hem, de nationale wetgeving die de geldigheid van de betrokken overeenkomst afhankelijk stelde van de voorafgaande inschrijving van de agent in een register niet toepasbaar was.*"

¹² Wat betreft de *Ruiz Bernaldéz* zaak heeft - zoals gerapporteerd door Advocaat-Generaal Ruiz-Jarabo Colomer (Conclusie van Advocaat-Generaal D. Ruiz-Jarabo Colomer, 6 mei 2003, C-397/01-C403/01, *Pfeiffer e.a.*, punt 32) - , "[d]e Audiencia Provincial de Sevilla de prejudiciële beslissing van het Hof gevolgd en de verzekeraar op 30 april 1996 veroordeeld om het slachtoffer van het door *Ruiz Bernaldéz* in beschonken toestand veroorzaakte ongeluk schadeloos te stellen."

De *crux* van de theorie is dat door het buiten toepassing laten van de extra voorwaarde of uitzondering geen rechtstreekse horizontale werking wordt verleend aan een richtlijn omdat het nationaal recht reeds voorziet in een met de richtlijn overeenstemmend recht dat enkel niet tot vol wasdom kan komen omwille van de met de richtlijn strijdige extra voorwaarde of uitzondering.

Er valt inderdaad iets voor te zeggen dat in dergelijk scenario *"the Directive itself created no individual rights and imposed no obligations on individuals. This is the now familiar 'exclusionary effect' argument: that the Directive can be invoked in cases between individuals in order to have national law disapplied, so long as the Directive does not create new law, new rights, or new obligations to be applied. Rather it leaves a 'void' which is filled by other provisions of national law (...)"*¹³ en dat er inderdaad een verschil is tussen *"de rechtstreekse werking van een bepaling van gemeenschapsrecht - opgevat in de strikte zin, als de mogelijkheid zich in rechte tegenover een andere persoon op die bepaling te beroepen - en haar geschiktheid om te dienen als toetssteen voor de wettigheid van een bepaling van lagere rang."*¹⁴

In een bijdrage uit 2006 stelde Lenaerts (verwijzende naar de *Ruiz Bernáldez* zaak) over dit verschil het volgende:

"One can argue that there is little difference between, on the one hand, setting aside the exception for drunken drivers thus leaving on the national statute book an unconditional obligation for

¹³ Vrije vertaling: "de Richtlijn zelf geen individuele rechten creëerde noch verplichtingen oplegde aan individuen. Dit is het nu bekende 'uitsluitingseffect' argument: dat de Richtlijn kan worden ingeroepen in zaken tussen individuen om nationaal recht buiten toepassing gelaten te zien, zolang de Richtlijn geen nieuw recht of nieuwe rechten creëert of nieuwe verplichtingen oplegt. Het inroepen van de Richtlijn creëert een 'leemte' die wordt opgevuld door andere bepalingen van nationaal recht (...)" (CRAIG, P. en DE BÚRCA, G., *EU LAW (Sixth Edition)*, Oxford University Press, 2015, p. 219

¹⁴ Conclusie van Advocaat-Generaal A. Saggio, 16 december 1999, gevoegde zaken C-240/98 tot en met C-244/98, *Océano Grupo Editorial*, paragraaf 31

*insurance companies to pay, and, on the other hand, the direct enforcement of such an unconditional obligation on the basis of the Directive. (...) However, there is a difference."*¹⁵

Lenaerts illustreerde dit verschil door aan te geven hoe de Italiaanse rechter in *Bellone* de situatie kon rechtekken omdat zijn nationaal recht voorzag in een compensatieregeling voor agenten en hoe de Belgische rechter (omwille van de rechtspraak van het Hof van Justitie die richtlijnen rechtstreekse horizontale werking ontzegt) dit niet kon doen omdat het Belgisch recht niet die basis bood:

"Let us compare the situation in Centrosteeel or Bellone with a problem under the same Directive in the Belgian legal order. In Bellone the Italian legal order did provide for the necessary compensation for agents, however it made enforcement of this right dependent on registration in a special register, contrary to the Directive. All that it took was striking out the additional condition in order to cut free the right that was already contained in the national legal order. The same Directive also introduces special compensation for departing successful agents to reward them for the new clients they had attracted for their principal. This right was completely foreign to the Belgian legal order. Attempts were made to somehow interpret Belgian contract law as already containing this right, but ultimately the highest court in civil matters had to admit that simply no such right existed in the Belgian legal order. No matter how many rules of national law were set aside the right would not have been attained. And thus the only way the right could be created is by relying directly on the Directive in order to enforce a new right exclusively created by the

¹⁵ Vrije vertaling: "Men kan stellen dat er weinig verschil is tussen, enerzijds, het opzij zetten van de uitzondering voor dronken chauffeurs en het daardoor overhouden in het nationaal recht van een onvoorwaardelijke verplichting voor verzekeringsmaatschappijen om te betalen en, anderzijds, het rechtstreeks afdwingen van dergelijke onvoorwaardelijke verplichting op basis van de Richtlijn. (...) Er is echter een verschil." (LENAERTS, K. en CORTHAUT, T., "Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law", *E.L. Rev.* 2006, 31(3), p. 309-310

*Directive against another private party. This cannot be done under the current case law and thus the compensation could not be awarded."*¹⁶

Lenaerts besloot met een mooie metafoor die het verschil duidelijk maakte tussen wat volgens hem indertijd niet en wel kon:

*"It is like sawing through the spikes of a bird cage in order to set free the bird when the little door is jammed: it only makes sense if there is actually a bird in the cage. This is thus the essential difference: in the former case a right that at the very least was available in the national legal order in embryonic form is being given room to fully materialise, in the latter case the right needs to be taken directly from the higher norm and transplanted into the national legal order."*¹⁷

Deze niet onlogische theorie heeft het evenwel niet gehaald.

¹⁶ Vrije vertaling: "Laat ons de situatie in *Centrosteel* of *Bellone* vergelijken met een probleem onder dezelfde Richtlijn in de Belgische rechtsorde. In *Bellone* voorzag de Italiaanse rechtsorde in de noodzakelijke vergoeding voor agenten, maar maakte de afdwinging van dat recht afhankelijk van de inschrijving in een speciaal register, wat strijdig was met de Richtlijn. Al wat nodig was, was het wegstrepen van de extra voorwaarde om zo het recht dat reeds aanwezig was in de nationale rechtsorde te bevrijden. Dezelfde Richtlijn voorzag ook in een speciale vergoeding voor succesvolle agenten na het einde van de agentuurrelatie om hen te belonen voor het cliënteel dat ze hadden aangebracht. Dit recht bestond niet in de Belgische rechtsorde. Er werden pogingen gedaan om het Belgisch verbintenissenrecht op een of andere manier te interpreteren als zou ze dit recht reeds kennen maar uiteindelijk moest de hoogste rechtbank in burgerlijke zaken toegeven dat dergelijk recht simpelweg niet bestond in de Belgische rechtsorde. Hoeveel regels van nationaal recht ook opzij werden gezet, het recht zou nooit worden bekomen. En dus de enige manier waarop het recht kon worden gecreëerd is door rechtstreeks op de Richtlijn te steunen om een nieuw recht exclusief gecreëerd door de Richtlijn in te roepen tegen een andere particulier. Dit kan niet onder de huidige rechtspraak zodat geen vergoeding kon worden toegekend." (LENAERTS, K. en CORTHAUT, T., *Ibid.*, p. 309-310)

¹⁷ Vrije vertaling: "Het is zoals de tralies van een vogelkooi doorzagen om een klein vogeltje vrij te laten wanneer het deurtje geblokkeerd is: dat heeft enkel zin als er ook een vogel in de kooi zit. Dat is dus het essentiële onderscheid: in de eerste hypothese wordt een recht dat minstens in embryonale vorm beschikbaar was in de nationale rechtsorde de ruimte gegeven om tot wasdom te komen terwijl in de tweede hypothese het recht rechtstreeks uit de hogere norm wordt genomen en getransplanteerd naar de nationale rechtsorde." (LENAERTS, K. en CORTHAUT, T., *Ibid.*, p. 309-310)

In een aantal recente arresten die scenario's à la *Bellone* en *Ruiz Bernáldez* betroffen¹⁸, heeft (de Grote Kamer van) het Hof van Justitie (met *nota bene* professor Lenaerts als president in de twee meest recente zaken), immers duidelijk gesteld dat het beginsel van voorrang van het Unierecht aldus moet worden uitgelegd dat het een nationale rechterlijke instantie niet verplicht om een bepaling van nationaal recht die onverenigbaar is met Unierechtelijke bepalingen die geen rechtstreekse werking hebben (zoals een richtlijn tussen particulieren) buiten toepassing te laten.

In het geannoteerd arrest heeft het Hof heeft dan ook correct geoordeeld dat "[d]e stelling dat de nationale rechter in een geschil tussen particulieren nationale bepalingen die in strijd zijn met een richtlijn buiten toepassing moet laten en uitsluitende werking aan de richtlijn moet verlenen op basis van de voorrang van het Unierecht, ongegrond is."

Maar dat is uiteraard niet het einde van het verhaal.

Zoals het Hof terecht aangeeft is een mogelijk correctief voor het ontbreken van horizontale werking van richtlijnen de richtlijnconforme uitlegging van het nationale recht waartoe de nationale rechterlijke instanties gehouden zijn overeenkomstig de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie sinds het *Von Colson en Kamann* arrest¹⁹.

Omdat in onderhavige discussie de bepalingen waar het om gaat (artikels 1017, 1018, 6° en 1022 Ger. W. alsmede het KB) niet zijn ingevoegd ter uitvoering van artikel 14 van de Handhavingsrichtlijn is het belangrijk om in herinnering te brengen dat "*hoewel het door het gemeenschapsrecht opgelegde beginsel van richtlijnconforme uitlegging van het nationale recht in de eerste plaats de ter uitvoering van de betrokken richtlijn ingevoerde nationale bepalingen*

¹⁸ Hof van Justitie van de Europese Unie, 15 januari 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale*; Hof van Justitie van de Europese Unie, 27 februari 2014, *OSA*; Hof van Justitie van de Europese Unie, 7 augustus 2018, C-122/17, *Smith*; Hof van Justitie van de Europese Unie, 24 juni 2019, C-573/17, *Poplawski*

¹⁹ Hof van Justitie van de Europese Unie, 10 april 1984, C-14/83, *Von Colson en Kamann/Land Nordrhein-Westfalen*, punt 26

*betreft, het echter niet beperkt blijft tot de uitlegging van deze bepalingen, maar het vereist dat de nationale rechter het gehele nationale recht in beschouwing neemt om te beoordelen in hoeverre dit zodanig kan worden toegepast dat het niet tot een resultaat leidt dat in strijd is met het door de richtlijn beoogde resultaat."*²⁰

De nationale rechter moet daarbij *"de [in het nationale recht] erkende uitleggingsmethoden toepassen teneinde dit [nationale] recht zo veel mogelijk uit te leggen tegen de achtergrond van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn om het met deze richtlijn beoogde resultaat te bereiken en aldus aan artikel 288, derde alinea, VWEU te voldoen."*²¹

Wat deze uitleggingsmethoden betreft, is het voor onderhavige discussie interessant om zien dat het Hof van Justitie expliciet heeft gesteld dat *"[w]anneer het nationale recht het door de toepassing van de daarin erkende uitleggingsmethoden in bepaalde omstandigheden mogelijk maakt om een bepaling van de nationale rechtsorde aldus uit te leggen dat een conflict met een andere bepaling van nationaal recht wordt vermeden of om met dit doel de strekking van die bepaling te beperken door haar slechts toe te passen voorzover zij met die andere bepaling verenigbaar is, de rechter verplicht is dezelfde methoden te gebruiken om het door de richtlijn beoogde resultaat te bereiken."*²²

Deze bewoordingen zijn immers erg gelijkend aan de bewoordingen van artikel 159 van de Belgische Grondwet:

"De hoven en rechtbanken passen de algemene, provinciale, en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toe in zoverre zij met de wetten overeenstemmen."

²⁰ Hof van Justitie van de Europese Unie, 5 oktober 2014, C-397/01 en C-403/01, *Pfeiffer e.a.*, punt 115

²¹ Hof van Justitie van de Europese Unie, 7 augustus 2018, C-122/17, *Smith*, punt 39 en de verwijzingen aldaar

²² Hof van Justitie van de Europese Unie, 5 oktober 2014, C-397/01 en C-403/01, *Pfeiffer e.a.*, punt 116

Naar onze mening geeft dit artikel 159, dat overigens van openbare orde is²³, de nationale Belgische rechter het perfecte gereedschap om soelaas te bieden aan een in een intellectuele eigendomsgeschil in het gelijk gestelde partij wiens eis tot terugbetaling van haar advocatenkosten stuit op een plafond uit het KB waardoor zij niet "*minstens een significant en passend deel van de redelijke kosten die zij daadwerkelijk heeft gemaakt*" kan recupereren.

Dergelijk plafond is strijdig met het Unierecht, en dus ook met de samen te lezen artikels 1017, 1018, 6° en 1022 Ger. W. indien ze worden uitgelegd conform artikel 14 van de Handhavingsrichtlijn zoals uitgelegd door het Hof van Justitie.

Een richtlijnconforme uitlegging van artikels 1017, 1018, 6° en in het bijzonder artikel 1022 Ger. W. is mogelijk, *i.e.* ze stuit niet op het verbod van een *contra legem* uitlegging²⁴, omdat het problematische plafond zich niet in artikel 1022 Ger. W. bevindt en het Hof van Justitie in het *United Video Properties* arrest heeft gesteld dat er geen bezwaar is tegen het (door artikel 1022 Ger. W. bepaalde) principe van het stellen van bovengrenzen.

Niets verzet zich dus tegen een richtlijnconforme uitlegging van artikel 1022 Ger. W. als inhoudende dat de plafonds waarvan gewag wordt gemaakt in artikel 1022 Ger. W. er niet aan in de weg mogen staan dat de in een intellectuele eigendomsgeschil in het gelijk gestelde partij niet "*minstens een significant en passend deel van de redelijke kosten die zij daadwerkelijk heeft gemaakt*" kan recupereren.

In de hypothese dat in een concreet geschil het van toepassing zijnde plafond uit het KB tot gevolg heeft dat de in het gelijk gestelde partij niet "*minstens een significant en passend deel van de redelijke kosten die zij daadwerkelijk heeft gemaakt*" kan recupereren, stemt (het plafond uit het)

²³ THEUNIS, J., *De exceptie van onwettigheid*, die Keure, 2011, p. 372

²⁴ Hof van Justitie van de Europese Unie, 7 augustus 2018, C-122/17, *Smith*, punt 40 en de verwijzingen aldaar

KB dus niet overeen met de wet, zijnde artikels 1017, 1018, 6° en 1022 Ger. W. (zoals richtlijnconform uitgelegd).

In die hypothese is de rechter dan ook verplicht het (plafond uit het) KB buiten toepassing te laten en de wet (artikels 1017, 1018, 6° en 1022 Ger. W.) toe te passen nu de wet zelf uiteraard niet buiten toepassing kan worden gelaten om reden dat het koninklijk besluit dat er de uitvoering van is de Grondwet schendt.²⁵

Die toepassing van de wet behelst dat de rechter de in het ongelijk gestelde partij zal dienen te veroordelen om de in het gelijk gestelde partij *"een significant en passend deel van de redelijke kosten die zij daadwerkelijk heeft gemaakt"* terug te betalen.

Van belang is nog om te onderlijnen dat er daarmee, in tegenstelling met wat bijvoorbeeld het geval was in de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van het Hof van Cassatie van 27 juni 2002²⁶, geen, gelet op het principe van de scheiding der machten, verboden bevoegdheidsovergang van de Koning naar de rechter wordt bewerkstelligd.²⁷

In voormeld cassatie-arrest stond de draagwijdte van artikel 9, tweede lid, van de Kaderwet van 1 maart 1976 tot reglementering van de bescherming van de beroepstitel en van de uitoefening van de dienstverlenende intellectuele beroepen centraal. Die bepaling luidde als volgt: *"De Koning bepaalt de wijze waarop deze tuchtstraffen kunnen worden uitgesproken. Tevens stelt hij de regels vast volgens welke gebeurlijk eerherstel wordt verleend."*

²⁵ Cass. 17 maart 2003, S.02.0022.N, *Arr.Cass.* 2003, 642, nr. 171, *NjW* 2003, 521, *noot*; Cass. 15 december 2003, S.03.0065.N, *RABG* 2004, 845, *noot* DOOMS, V., *RW* 2004-2005, 979, *noot* POPELIER, P.; Zie ook LEUS, K. en MARTEL, B., "De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet. Procedurele benadering - de toepassing van artikel 159 G.W. als exceptie", in COOREMAN, I., (ed.), *De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet*, die Keure, 2010, p. 38

²⁶ Cass. 27 juni 2002, C.99.0553.N, *Arr. Cass.* 2002, 1643, nr. 390, *NjW* 2002, 95, *noot*

²⁷ JUDO, F., "Rechter kan nalatige overheid niet onbeperkt afstraffen", *Juristenkrant* nr. 56, 23 oktober 2002, p. 5

Zoals blijkt uit een commentaar op dit arrest van Van Haegenborgh²⁸ diende de eisende partij in cassatie, aan wie een tuchtsanctie was opgelegd door het Beroepsinstituut van erkende boekhouders en fiscalisten op basis van voornoemde wetsbepaling een verzoek in tot eerherstel. Bij gebrek aan uitvoeringsbesluit wees de Nederlandstalige kamer van beroep van het Instituut het verzoek af.

De eiser in cassatie verweet aan de Nederlandstalige kamer dat zij zich als rechtsprekend orgaan op grond van artikel 159 van de Grondwet niet onbevoegd mocht verklaren om uitspraak te doen over de vraag om eerherstel en zelf criteria moest vastleggen voor het eerherstel. Het Hof van Cassatie verwierp die argumentatie omdat de rechter niet rechtstreeks kon verhelpen aan het verzuim van de Koning om de voorwaarden te bepalen voor het verlenen van eerherstel.

In voormelde zaak kon de Nederlandstalige kamer van beroep van het Instituut niet anders dan zich in de plaats te stellen van de Koning als het eerherstel wilde toekennen.

In casu is dat niet het geval omdat niet alleen de verplichting voor de in het ongelijk gestelde partij om de advocatenkosten van de in het gelijk gestelde partij terug te betalen zijn oorsprong vindt in de wet maar die wet ook, richtlijnconform uitgelegd, inhoudt dat deze terugbetaling sowieso niet minder kan bedragen dan *"een significant en passend deel van de redelijke kosten die [de in het gelijk gestelde partij] daadwerkelijk heeft gemaakt"*.

Als de rechter de in het ongelijk gestelde partij derhalve verplicht om dat significant en passend deel van de daadwerkelijk gemaakte redelijke kosten te betalen, stelt hij zich op geen enkele manier in de plaats van de Koning die immers niet van deze in de wet opgenomen en uit het Unierecht afkomstige regel kan afwijken.

²⁸ VAN HAEGENBORGH, G., "Artikel 159 van de Grondwet in de rechtspraak van het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof. Bedenkingen vanuit Europees perspectief.", in COOREMAN, I., (ed.), *De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet*, die Keure, 2010, p. 38

En enkel als de rechter tot dit resultaat komt zal hij, naar onze mening, *Pfeiffer* en *United Video Properties* parafraserend, "door het gehele nationale recht in beschouwing te nemen, binnen zijn bevoegdheid al het mogelijke [hebben gedaan] om de volle werking van richtlijn [2004/48] te verzekeren, teneinde"²⁹ "te waarborgen dat minstens een significant en passend deel van de redelijke kosten van de in het gelijk gestelde partij door de verliezende partij wordt gedragen."³⁰

Stijn Debaene en Hakim Haouideg

Advocaten Fieldfisher

²⁹ Hof van Justitie van de Europese Unie, 5 oktober 2014, C-397/01 en C-403/01, *Pfeiffer e.a.*, punt 118

³⁰ Hof van Justitie van de Europese Unie, 28 juli 2016, C-57/15, *United Video Properties*