

JOR 2016/138 Rechtbank Noord-Nederland, 07-10-2015, HA ZA 15-68, ECLI:NL:RBNNE:2015:4705 Procederen door curator zonder financiële dekking voor eventuele proceskostenveroordeling is, ook in arbitrale procedure, niet onrechtmatig, Geen persoonlijke aansprakelijkheid curator, Verwijzing naar onder meer HR 19 april 1996, «JOR» 1996/48, m.nt. SCJK (Maclou); HR 29 juni 2007, NJ 2007/353 (Waterschap/Milieutech Beheer); HR 16 december 2011, «JOR» 2012/65, m.nt. Spinath (Prakke/Gips) en HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7828 (Duka/Achmea)

Publicatie	JOR 2016 afl. 5
Publicatiedatum	11 mei 2016
College	Rechtbank Noord-Nederland
Uitspraakdatum	07 oktober 2015
Rolnummer	HA ZA 15-68 LJN ECLI:NL:RBNNE:2015:4705
Rechter(s)	mr. Tromp
Partijen	Visser & Smit Hanab Installatie BV te Papendrecht, eiseres, advocaten: mr. C.R. Zijderveld en mr. I.A.I. Nylund, tegen X, gedaagde, advocaat: mr. W.F. Hendriksen.
Noot	mr. F.B. Bosvelt
Trefwoorden	Procederen door curator zonder financiële dekking voor eventuele proceskostenveroordeling is, ook in arbitrale procedure, niet onrechtmatig, Geen persoonlijke aansprakelijkheid curator, Verwijzing naar onder meer HR 19 april 1996, «JOR» 1996/48, m.nt. SCJK (Maclou); HR 29 juni 2007, NJ 2007/353 (Waterschap/Milieutech Beheer); HR 16 december 2011, «JOR» 2012/65, m.nt. Spinath (Prakke/Gips) en HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7828 (Duka/Achmea),
Regelgeving	BW Boek 6 - 162

Samenvatting

In zijn arrest van 19 april 1996, «JOR» 1996/48, m.nt. SCJK (Maclou) heeft de Hoge Raad een maatstaf gegeven voor de beoordeling van de persoonlijke aansprakelijkheid van curatoren die van toepassing is als de curator bij de uitoefening van zijn taak niet is gebonden aan regels en hem in beginsel een ruime mate van vrijheid toekomt (HR 16 december 2011, «JOR» 2012/65, m.nt. Spinath (Prakke/Gips)). Die maatstaf wijkt af van de algemene regels voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en ook van de algemene regels waaraan moet worden getoetst of een advocaat of vergelijkbare beroepsbeoefenaren persoonlijk aansprakelijk zijn. Voor het geven van een afwijkende maatstaf is redengevend, aldus de Hoge Raad in zijn arrest, dat een curator zijn taak niet vervult als advocaat en ook niet optreedt als advocaat of een daarmee vergelijkbare beroepsbeoefenaar. Ook ontbreekt de contractuele betrekking tot degenen wier belangen aan hem zijn toevertrouwd. Verder dient de curator bij de uitoefening van zijn taak uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen te behartigen en dient hij

bij het nemen van zijn beslissingen – die vaak geen uitstel kunnen lijden – ook rekening te houden met belangen van maatschappelijke aard. Tegen deze achtergrond is voor het handelen van een curator als zorgvuldigheidsnorm gegeven dat een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. Uit het arrest kan worden afgeleid dat de bijzondere positie van een curator een rechtvaardiging kan opleveren van zijn anders onrechtmatige handelen. Het voorgaande betekent dat, wil eiseres met succes haar schade op de curator persoonlijk kunnen verhalen, er sprake moet zijn van (i) een onrechtmatig handelen (ii) waarvan de curator zich had behoren te onthouden, omdat dat handelen in strijd is met wat in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. Het is daarom in de eerste plaats de vraag of het onrechtmatig is om een (arbitrale) procedure te beginnen als er onvoldoende financiële dekking bestaat voor een eventuele proceskostenveroordeling. Levert dit misbruik van recht op? Daarvan is pas sprake, zie HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7828 (Duka/Achmea), als het instellen van de vordering, gelet op de evidente ongegrondheid ervan, in verband met de betrokken belangen van de wederpartij achterwege had behoren te blijven. Hiervan zal eerst sprake zijn als eiser zijn vordering baseert op feiten en omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen of op stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden (HR 29 juni 2007, NJ 2007/353 (Waterschap/Milieutech Beheer)). Bij het aannemen van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen door het aanspannen van een procedure past terughoudendheid, gelet op het recht op toegang tot de rechter dat mede gewaarborgd wordt door art. 6 EVRM. Gesteld noch gebleken is dat de curator zijn vordering in de arbitrale procedure heeft gebaseerd op feiten en omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen of op stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden. Eiseres heeft haar vordering gegrond op de omstandigheid dat geen financiële dekking bestond voor een eventuele proceskostenveroordeling tegen de boedel. Het ontbreken van een vorenbedoelde financiële dekking levert geen misbruik van recht of onrechtmatig handelen op. Dit kan onder meer worden afgeleid uit het navolgende. Het in art. 6 EVRM geborgde recht op effectieve toegang tot de rechter kan met zich brengen dat zelfs in die gevallen dat een vordering tot het stellen van zekerheid in de zin van art. 224 Rv kan worden verlangd, de vordering tot het stellen van zekerheid toch geheel of ten dele moet worden afgewezen, bijvoorbeeld omdat de geringe middelen waarover eiser beschikt, het stellen van zekerheid die effectieve toegang beperkt. Op grond van een en ander wordt tot de tussenconclusie gekomen dat het een eiser die over onvoldoende middelen beschikt om een eventuele proceskostenveroordeling te zijner laste te kunnen voldoen, vrijstaat om bij de gewone rechter een eis in te stellen zolang dat geen misbruik van recht oplevert in de zin van HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7828 (Duka/Achmea). Wat ten aanzien van een procedure ten overstaan van de gewone rechter geldt, geldt eveneens voor een arbitrage waarop het NAI Reglement van toepassing is. Kent het burgerlijke recht in art. 224 Rv nog maar een zeer beperkte mogelijkheid om zekerheid te verlangen voor een eventuele proceskostenveroordeling, het NAI Reglement kent geen op voorhand beperkte regeling op dat punt. Daarenboven geldt dat de wettelijke regeling uitsluitend betrekking heeft op de met het liquidatietarief te begroten proceskosten en het NAI Reglement betrekking heeft op de daadwerkelijk gemaakte proceskosten. De door het NAI-Reglement geboden mogelijkheid zekerheidsstelling te vorderen, borgt dat in een geval als het onderhavige, waarbij het voor een wederpartij als eiseres uit de openbare faillissementsverslagen kenbaar is dat de boedel geen of moeilijk verhaal zal bieden, zekerheidsstelling kan worden gevorderd voor het geval er een proceskostenveroordeling ten laste van de boedel wordt uitgesproken. Op grond van al het voorgaande is de slotsom dat het niet onrechtmatig is om te procederen als er geen financiële dekking bestaat voor een eventuele proceskostenveroordeling, ook niet wanneer het een arbitrale procedure betreft.

Uitspraak

(...; *red.*)

2. De feiten

- 2.1. De rechtbank gaat bij de beoordeling van het geschil uit van de volgende feiten die vaststaan omdat die feiten enerzijds zijn gesteld en anderzijds niet of niet voldoende zijn weersproken.
- 2.2. Op 12 juni 2007 is de projectvennootschap Bavin B.V. (hierna: “Bavin”) opgericht ten behoeve van de oprichting, de ontwikkeling, het beheer en de exploitatie van een afvalvergassingsinstallatie voor het opwekken van (duurzame) elektriciteit.
- 2.3. Op 19 juni 2009 heeft Bavin aan VSH opdracht gegeven tot het turn-key ontwerpen, bouwen en leveren van een afvalvergassingsinstallatie in Veendam. Partijen hebben hun daarop gerichte overeenkomst neergelegd in de daarvan door hen op of omstreeks 24 juni 2009 opgemaakte akte. In die akte is een arbitragebeding opgenomen.
- 2.4. Op 14 november 2011 is Bavin failliet verklaard, met benoeming van mr. [gedaagde] tot curator.
- 2.5. Bij de aanvang van zijn werkzaamheden als curator van Bavin, werd de curator geconfronteerd met de door VSH in opdracht van Bavin gebouwde afvalvergassingsinstallatie, die volgens de curator ten onrechte nog niet was opgeleverd en die volgens de curator ook nooit aan de door VSH gegarandeerde specificaties zou kunnen voldoen.
- 2.6. De curator heeft daarom bij brief van 21 december 2002 arbitrage bij het Nederlands Arbitrage Instituut (hierna: het “NAI”) aangevraagd op basis van het NAI Reglement van 1 januari 2010 (hierna: het “NAI Reglement”). In de vervolgens tussen partijen gevoerde arbitrale procedure hebben partijen over en weer vorderingen ingesteld.
- 2.7. Art. 35, derde lid, van het NAI Reglement luidt:
“Indien de plaats van arbitrage in Nederland is gelegen, is het scheidsgerecht bevoegd in gevallen waarin uit hoofde van onverwijlde spoed, gelet op de belangen van partijen, een onmiddellijke voorziening bij voorraad wordt vereist, op verzoek van een der partijen, in elke stand van het geding in arbitraal kort geding vonnis te wijzen. Deze bevoegdheid omvat mede de bevoegdheid zekerheidstelling te gelasten ten behoeve van de partij, die dat vordert, in een door het scheidsgerecht te bepalen vorm terzake van iedere vordering of tegenvordering alsmede terzake van kosten verband houdende met de arbitrage ten gronde.”
- 2.8. Art. 60 van het NAI Reglement luidt:
“Het scheidsgerecht kan de partij die in het ongelijk is gesteld, veroordelen tot betaling van een redelijke vergoeding voor juridische bijstand van de partij die in het gelijk is gesteld, indien en voorzover deze kosten naar het oordeel van het scheidsgerecht noodzakelijk waren.”
- 2.9. Art. 61, tweede lid, van het NAI Reglement luidt:
“De partij die in het ongelijk is gesteld, wordt veroordeeld tot betaling van de kosten, behoudens bijzondere gevallen ter beoordeling van het scheidsgerecht. Indien partijen ieder voor een deel in het ongelijk zijn gesteld, kan het scheidsgerecht de kosten geheel of gedeeltelijk verdelen.”
- 2.10. De curator heeft, vooruitlopend op een kostenveroordeling van VSH in de arbitrage, in zijn arbitrageaanvraag duidelijk gesteld dat hij zijn juridische kosten en kosten ter zake van technische deskundigen rekende tot de schade die Bavin volgens hem heeft geleden.
- 2.11. De kosten van de curator werden gefinancierd door de ABN AMRO (hierna: “de Bank”). Daartoe is de curator met de Bank een boedelkrediet overeengekomen. Uit de faillissementsverslagen blijkt dat dit krediet diende tot uitbetaling van zijn salaris en voor de betaling van “verdere in overleg met de bank te betalen kosten”.
- 2.12. Nadat partijen de voor de arbitrale procedure gebruikelijke schrifturen hebben gewisseld en op 20 juni 2014 een mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden, heeft het NAI een eindvonnis gewezen op 9 september 2014. Het scheidsgerecht heeft in dat vonnis de door partijen over en weer ingestelde vorderingen afgewezen en in conventie de curator en in reconventie VSH in de kosten van de ander veroordeeld. Na verrekening van de kostenveroordelingen rest per saldo een vordering van VSH op de curator van € 299.194,41.
- 2.13. VSH heeft de curator vergeefs gesommeerd tot betaling van deze proceskosten. De boedel heeft geen of onvoldoende middelen om die proceskosten te voldoen. VSH heeft de curator persoonlijk

aansprakelijk gesteld voor de schade die VSH lijdt door het onbetaald en onverhaald blijven van de vordering van VSH tot betaling van de proceskosten.

2.14. De curator heeft zijn persoonlijke aansprakelijkheid voor de betaling van de proceskosten van VSH afgewezen.

3. Het geschil

3.1. VSH vordert, verkort weergegeven, veroordeling van de curator tot betaling van € 299.194,41 vermeerderd met rente en kosten. Daartoe stelt VSH, samengevat weergegeven, dat de curator een persoonlijk ernstig verwijt treft dat hij niet heeft gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezet en inzet verricht. VSH stelt dat de curator uitsluitend ten behoeve van de Bank van Bavin een arbitrale procedure is begonnen die door de Bank als grootste preferente crediteur werd gefinancierd, zonder dat er financiële dekking bestond voor de eventuele proceskostenveroordeling tegen de boedel in het geval de vordering van de curator zou worden afgewezen. Gelet op de aanzienlijke belangen die bij de arbitrage waren betrokken en gegeven de tijd en ruimte die de curator had om de arbitrage te overwegen, treft hem volgens VSH persoonlijk een ernstig verwijt, omdat hij ofwel niet over het risico van een kostenveroordeling heeft nagedacht, of juist heeft besloten de procedure te voeren met een negatieve boedel. VSH stelt dat het slecht voorstelbaar is dat de curator en de Bank uitsluitend hebben gedacht aan de goede kans op een kostenveroordeling van VSH, zonder rekening te houden met de spiegelbeeldige kwade kans van een eigen kostenveroordeling. De curator had daarom van de Bank moeten verlangen dat ook financiering zou worden verstrekt om het risico af te dekken dat de boedel in de proceskosten van VSH wordt veroordeeld. VSH stelt dat dit gebruikelijk is voor een procesfinanciering en zij wijst in dit verband op de zogeheten Garanstellingsregeling Curatoren 2012, die in art. 7 lid 2 bepaalt dat een door de Staat te geven garantstelling ook voorziet in een proceskostenveroordeling van de curator. VSH stelt dat de curator hiermee rekening had moeten houden, omdat uit de faillissementsverslagen kan worden afgeleid dat er geen substantiele vermogensbestanddelen beschikbaar zouden kunnen komen. VSH stelt dat de curator bovendien enkel ten behoeve van Bank en op initiatief van de Bank de arbitrage heeft aangespannen, wat zich niet verhoudt met de in art. 68 Fw gegeven taak van de curator die voor de gezamenlijke crediteuren moet opkomen.

3.2. De curator voert verweer en concludeert tot niet-ontvankelijkheid van VSH, althans tot afwijzing van haar vorderingen en veroordeling van VSH in de proceskosten. Daartoe voert de curator aan, samengevat weergegeven, dat hij bij aanvang zijn werkzaamheden tot de conclusie kwam dat VSH tekort was geschoten doordat de afvalvergassingsinstallatie ten tijde van het faillissement opgeleverd had moeten zijn en omdat die installatie nooit aan de door VSH gegarandeerde specificaties zou kunnen voldoen. Daarbij stond voor de curator voorop dat iedereen, dus ook hij, vrije toegang heeft tot de rechter en dat arbitrage geldt als een volwaardig alternatief voor de gang naar de gewone rechter. Volgens de curator moet het uitgangspunt daarom zijn dat het hem vrijstond een arbitrale procedure te beginnen. De curator stelt dat dit alleen anders zou zijn als dit misbruik van recht oplevert. Volgens de curator is daarvan geen sprake, omdat de vorderingen niet werden gebaseerd op feiten en omstandigheden waarvan de hij de onjuistheid kende of behoorde te kennen en hij ook geen stellingen heeft betrokken waarvan hij op voorhand had moeten begrijpen dat deze geen kans van slagen zouden hebben. De curator voert verder aan dat er ook geen algemene regel bestaat die met zich brengt dat een curator zich van tevoren moet voorzien van voldoende fondsen waarmee een eventuele kostenveroordeling tegen de boedel zou kunnen worden afgedekt. De curator stelt dat hij de praktijkregels voor curatoren heeft gevolgd. Daarin is opgenomen dat ook als aannemelijk is dat de boedel niet aan een eventuele proceskostenveroordeling zal kunnen voldoen, de curator kan besluiten een lopende procedure voort te zetten of een nieuwe procedure aanhangig te maken. De curator betwist dat hij feitelijk voor de Bank heeft geprocedeerd. De curator stelt dat de Bank als hypotheekhoudster wel primair belanghebbende bij de uitkomst van de procedure was en dat daarom de Bank bereid was een boedelkrediet te verstrekken teneinde de procedure mogelijk te maken. Die

procedure diende volgens de curator de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Volgens de curator lijdt VSH bovendien geen schade, ontbreekt het voor aansprakelijkheid vereiste causale verband tussen de door VSH gestelde schade en het vermeend onrechtmatig handelen van de curator en komt de curator bovendien een beroep toe op eigen schuld van VSH. In dat verband voert de curator aan dat op dit moment weliswaar onvoldoende boedelactief beschikbaar is om de vordering van VSH te kunnen voldoen, maar volgens hem staat nog niet vast dat die de vordering in de toekomst ook niet kan worden voldaan. De curator stelt verder dat het lijkt dat VSH hem verwijt dat hij een arbitrage is begonnen in plaats van een procedure bij de gewone rechter. De curator wijst erop dat wanneer bij de gewone rechter zou zijn geprocedeerd, VSH ook voorzienbaar kosten had moeten maken die niet voor vergoeding in aanmerking zouden zijn gekomen en VSH in dat geval maximaal aanspraak had kunnen maken op een kostenveroordeling die zou zijn begroot in overeenstemming met het toepasselijke liquidatietarief. Tot slot voert de curator aan dat het NAI Reglement voorziet in de mogelijkheid zekerheidstelling te vorderen voor de kosten van het arbitrale beding. De curator stelt dat het onbegrijpelijk is dat VSH die zekerheidstelling niet heeft gevorderd. Volgens de curator had VSH dat moeten vorderen en als zij dat zou hebben gedaan, was haar ofwel zekerheid geboden of had hij afgezien van het voeren van de arbitrale procedure.

3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Het gaat in deze zaak om de vraag of de curator persoonlijk aansprakelijk is voor de schade die VSH stelt te lijden doordat haar vordering op de boedel tot betaling van haar proceskosten, onbetaald is gebleven en onverhaalbaar lijkt te zijn. VSH maakt hiervan de curator een persoonlijk verwijt en zij houdt hem persoonlijk aansprakelijk voor haar schade. Uit de hierna te bespreken rechtspraak volgt dat de vraag of de curator persoonlijk aansprakelijk is, niet zal moeten worden beantwoord aan de hand van de regels die voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in het algemeen gelden, maar aan de hand van een voor curatoren geldende bijzondere zorgvuldigheidsnorm.

4.2. In zijn arrest van 19 april 1996 (ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 («JOR» 1996/48, m.nt. SCJJK; *red.*); “Maclou”) heeft de Hoge Raad een maatstaf gegeven voor de beoordeling van de persoonlijke aansprakelijkheid van curatoren die van toepassing is als de curator bij de uitoefening van zijn taak niet is gebonden aan regels en hem in beginsel een ruime mate van vrijheid toekomt (HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204 («JOR» 2012/65, m.nt. Spinath; *red.*); “Prakke/Gips”). Die maatstaf wijkt af van de algemene regels voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en ook van de algemene regels waaraan moet worden getoetst of een advocaat of vergelijkbare beroepsbeoefenaren persoonlijk aansprakelijk zijn.

4.3. Voor het geven van een afwijkende maatstaf is redengevend, aldus de Hoge Raad in zijn arrest, dat een curator zijn taak niet vervult als advocaat en ook niet optreedt als advocaat of een daarmee vergelijkbare beroepsbeoefenaar. Ook ontbreekt de contractuele betrekking tot degenen wier belangen aan hem zijn toevertrouwd. Verder dient de curator bij de uitoefening van zijn taak uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen te behartigen en dient hij bij het nemen van zijn beslissingen – die vaak geen uitstel kunnen lijden – ook rekening te houden met belangen van maatschappelijke aard. Tegen deze achtergrond is voor het handelen van een curator als zorgvuldigheidsnorm gegeven dat *een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.*

4.4. Uit het arrest kan worden afgeleid dat de bijzondere positie van een curator een rechtvaardiging kan opleveren van zijn anders onrechtmatige handelen.

4.5. Het voorgaande betekent dat wil VSH met succes haar schade op de curator persoonlijk kunnen verhalen, er sprake moet zijn van (i) een onrechtmatige handelen (ii) waarvan de curator zich had behoren te onthouden, omdat dat handelen in strijd is met wat in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.

4.6. Het is daarom in de eerste plaats aan op de vraag of het onrechtmatig is om een (arbitrale) procedure te beginnen als er onvoldoende financiële dekking bestaat voor een eventuele proceskostenveroordeling. Levert dit misbruik van recht op? *Daarvan is pas sprake*, zo overweegt de Hoge Raad in rov. 5.1 van zijn arrest van 6 april 2012 (ECLI:NL:HR:2012:BV7828), “als het instellen van de vordering, gelet op de evidente ongegrondheid ervan, in verband met de betrokken belangen van de wederpartij achterwege had behoren te blijven. Hiervan zal eerst sprake zijn als eiser zijn vordering baseert op feiten en omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen of op stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden (HR 29 juni 2007, LJN BA3516, NJ 2007/353. Bij het aannemen van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen door het aanspannen van een procedure past terughoudendheid, gelet op het recht op toegang tot de rechter dat mede gewaarborgd wordt door art. 6 EVRM.”

4.7. Gesteld noch gebleken is dat de curator zijn vordering in de arbitrale procedure heeft gebaseerd op feiten en omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen of op stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden. VSH heeft haar vordering gegrond op de omstandigheid dat geen financiële dekking bestond voor een eventuele proceskostenveroordeling tegen de boedel.

4.8. Het ontbreken van een vorenbedoelde financiële dekking levert geen misbruik van recht of onrechtmatig handelen op. Dit kan onder meer worden afgeleid uit het navolgende.

4.9. Het in art. 6 EVRM geborgde recht op effectieve toegang tot de rechter kan met zich brengen dat zelfs in die gevallen dat een vordering tot het stellen van zekerheid in de zin van art. 224 Rv kan worden verlangd, de vordering tot het stellen van zekerheid toch geheel of ten dele moet worden afgewezen, bijvoorbeeld omdat de geringe middelen waarover eiser beschikt het stellen van zekerheid die effectieve toegang beperkt (vgl. hiervoor de jurisprudentie ten aanzien van art. 152–153 Rv oud, Rb Haarlem 10 maart 1981, ECLI:NL:RBHAA:1981:AC1323; Hof Den Haag 11 september 1990, ECLI:NL:GHSGR:1990:AC2116 en ktr Amsterdam 25 maart 1992, ECLI:NL:RBAMS:1992:AD1640). De wetgever heeft de gelding van art. 6 EVRM in dit verband ook uitdrukkelijk in het huidige art. 224 Rv – dat in de plaats is gekomen voor de artt. 152–153 Rv oud – willen vastleggen (zie hiervoor: de Derde nota van wijziging 26 855, p. 2–4 en de Nota n.a.v. verslag 26 855, p. 68; Van Mierlo/Bart, Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, p. 394–392 en bijv. Rechtbank Amsterdam 26 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7886 en Gerechtshof Arnhem–Leeuwarden 11 augustus 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5954).

4.10. De rechtbank komt op grond van een en ander tot de tussenconclusie dat het een eiser die over onvoldoende middelen beschikt om een eventuele proceskostenveroordeling te zijner laste te kunnen voldoen, vrijstaat om bij de gewone rechter een eis in te stellen zolang dat geen misbruik van recht oplevert in de zin van het in rov. 4.6. aangehaalde arrest.

4.11. Wat ten aanzien van een procedure ten overstaan van de gewone rechter geldt, geldt eveneens voor een arbitrage waarop het NAI Reglement van toepassing is. Kent het burgerlijke recht in art. 224 Rv nog maar een zeer beperkte mogelijkheid om zekerheid te verlangen voor een eventuele proceskostenveroordeling, het NAI Reglement kent geen op voorhand beperkte regeling op dat punt. Daarenboven geldt dat de wettelijke regeling uitsluitend betrekking heeft op de met het liquidatietarief te begroten proceskosten en het NAI Reglement betrekking heeft op de daadwerkelijke gemaakte proceskosten.

4.12. De door het NAI–Reglement geboden mogelijkheid zekerheidsstelling te vorderen, borgt dat in een geval als het onderhavige, waarbij het voor een wederpartij als VSH uit de openbare faillissementsverslagen kenbaar is dat de boedel geen of moeilijk verhaal zal bieden, zekerheidsstelling kan worden gevorderd voor het geval er een proceskostenveroordeling ten laste van de boedel wordt uitgesproken.

4.13. De rechtbank komt op grond van al het voorgaande tot de slotsom dat het niet onrechtmatig is om te procederen als er geen financiële dekking bestaat voor een eventuele proceskostenveroordeling, ook niet wanneer het een arbitrale procedure betreft.

4.14. Aan een bespreking van de feiten en omstandigheden die partijen overigens aan de vorderingen en het verweer ten grondslag hebben gelegd en die zijn toegesneden op de toepassing van de Maclou-norm voor de persoonlijke aansprakelijkheid van curatoren, komt de rechtbank daarom niet toe. De Maclou-norm krijgt immers pas betekenis bij beantwoording van de vraag de bijzondere positie van een curator een rechtvaardiging kan opleveren van zijn anders onrechtmatige gedraging.

4.15. VSH zal als de in het ongelijk te stellen partij worden veroordeeld in de op de gebruikelijke wijze te begroten kosten van deze procedure. (...; *red.*)

5. De beslissing

De rechtbank

1. wijst de vorderingen af,
2. veroordeelt VSH in de proceskosten (...; *red.*),
3. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad,

Noot

1. De casus die aan deze uitspraak ten grondslag ligt, is als volgt. Bavin gaat op 14 november 2011 failliet. VSH heeft voor Bavin een afvalvergassingsinstallatie gebouwd die volgens de curator ten onrechte nog niet was opgeleverd en ook nooit aan de door VSH gegarandeerde specificaties zou kunnen voldoen. De overeenkomst tussen Bavin en VSH bevat een arbitragebeding. De curator vraagt arbitrage aan. De kosten van de curator worden gefinancierd door ABN AMRO. Het NAI wijst zowel de vordering van de curator in conventie als de reconventionele vordering van VSH af. Na verrekening heeft VSH per saldo nog een vordering van € 299.194 op de boedel vanwege proceskosten. De boedel heeft onvoldoende middelen om de proceskosten te kunnen voldoen. VSH stelt de curator pro se aansprakelijk.

2. De norm aan de hand waarvan persoonlijke aansprakelijkheid van de curator beoordeeld moet worden, is de volgende. Een curator kan wegens onzorgvuldige uitoefening van zijn wettelijke taak tot beheer en vereffening van de boedel persoonlijk aansprakelijk zijn jegens derden. Voor zover de curator bij de uitoefening van zijn taak niet is gebonden aan regels, komt hem in beginsel een ruime mate van vrijheid toe. De curator dient zich te richten naar het belang van de boedel, maar het is in beginsel aan zijn inzicht overgelaten op welke wijze dat belang het beste kan worden gediend. Hetzelfde geldt voor de wijze waarop hij rekening houdt met andere bij het beheer en de afwikkeling van de boedel betrokken belangen en voor de wijze waarop hij bij dat beheer en die afwikkeling uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen tegen elkaar afweegt. Bij het starten van een (arbitrage)procedure komt de faillissementscurator die vrijheid toe. Aansprakelijkheid van de curator pro se moet – als de curator die vrijheid toekomt – worden beoordeeld aan de hand van de Maclou-norm: een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht, zie HR 19 april 1996, «JOR» 1996/48, m.nt. SCJK (*Maclou*). Bij deze toetsing past terughoudendheid. Voor persoonlijke aansprakelijkheid is immers vereist dat de curator ook persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt van zijn handelen. Daarvoor is vereist dat hij gehandeld heeft terwijl hij het onjuiste van zijn handelen inzag dan wel redelijkerwijze behoorde in te zien, zie HR 16 december 2011, «JOR» 2012/65, m.nt. Spinath (*Prakke/Gips*).

3. De Hoge Raad heeft geoordeeld over de vraag of het onrechtmatig is om een (arbitrale) procedure te beginnen als er onvoldoende financiële dekking bestaat voor een eventuele proceskostenveroordeling, zie HR 29 juni 2007, *NJ* 2007/353 en HR 6 april 2012, *NJ* 2012/233. De rechtbank oordeelt in overeenstemming met deze arresten dat pas sprake is van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen als de curator zijn vordering baseert op feiten en omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen of op stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden. Dat had VSH niet gesteld. VSH stelde dat sprake was van

aansprakelijkheid pro se, omdat de curator een arbitrageprocedure heeft gestart zonder financiële dekking voor een eventuele proceskostenveroordeling. De rechtbank wijst de vordering af. De Rechtbank 's-Gravenhage oordeelde eerder in een vergelijkbare zaak: "*Bij beantwoording van deze vraag* (of sprake is van aansprakelijkheid pro se, FB) *stelt de rechtbank voorop dat er niet een algemene regel bestaat dat een curator zich van tevoren voorziet van voldoende fondsen ter dekking van een eventuele kostenveroordeling. Voor een behoorlijke taakvervulling door de curator ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren is het noodzakelijk dat de curator ook in zogenaamde lege boedels de mogelijkheid heeft om rechtsvorderingen in te stellen. Het is juist dat dit ertoe leidt dat een wederpartij zich geconfronteerd kan zien met een onmogelijkheid van verhaal ter zake de proceskostenveroordeling. Dit is echter een maatschappelijk risico voor diegenen die in rechte betrokken worden dat zich niet uitsluitend in faillissementssituaties voordoet, en dat in zijn algemeenheid, naar gangbare rechtsopvatting, aanvaardbaar is.*", zie Rb. 's-Gravenhage 20 april 2011, «JOR» 2011/273 (Koetze c.s./Spaa), r.o. 4.10. Deze norm is vergelijkbaar met de overige gepubliceerde lagere jurisprudentie over deze kwestie, Rb. Breda 19 maart 1996, «JOR» 1996/38, m.nt. Boekraad (Badine/Ruijgrok), r.o. 3.3; Hof Leeuwarden 17 maart 1999, NJ 2000/27 en Rb. Middelburg 20 april 1988, V-N 1988, p. 2317.

4. Niet in elk faillissement waarin een curator een procedure start, zal hij in staat zijn het risico van een proceskostenveroordeling af te laten dekken. Deze eis kan ook niet aan een curator worden gesteld. Een dergelijke eis zou het namelijk in lege boedels veelal onmogelijk maken om te procederen. Potentiële wederpartijen kunnen daarop dan anticiperen. Ook art. 4.2 van de Praktijkregels voor Curatoren september 2011 bepaalt dat ook als aannemelijk is dat de boedel niet aan een eventuele proceskostenveroordeling zal kunnen voldoen, de curator kan besluiten een lopende procedure voort te zetten of een nieuwe procedure aanhangig te maken. Een bijzondere situatie doet zich wel voor indien een curator met (nagenoeg) lege boedel procedeert op grond van de art. 9, 138, 149, 248 of 259 van boek 2 BW of 42, 43 of 47 Fw. In dat geval kan de curator op grond van de Garantstellingsregeling 2012 aanspraak maken op vergoeding van zijn kosten. Indien de curator op grond van deze regeling procedeert, is er ook dekking voor een proceskostenveroordeling, zie art. 7 lid 2 Garantstellingsregeling 2012. Het is overigens niet zo dat een curator verplicht is gebruik te maken van de Garantstellingsregeling als dat kan. De curator die verkiest geen gebruik te maken van de Garantstellingsregeling – terwijl hij dat wel zou kunnen – en vervolgens een proceskostenveroordeling niet kan betalen aan de wederpartij, handelt niet reeds daarom pro se onrechtmatig. De Garantstellingsregeling strekt immers niet tot bescherming van de wederpartij van de curator, zie Rb. 's-Gravenhage 20 april 2011, «JOR» 2011/273 (Koetze c.s./Spaa), r.o. 4.12 en 4.13.

5. In casu was de gefailleerde een arbitragebeding overeengekomen. Indien de gefailleerde een arbitragebeding overeenkomt, dan is ook de curator in diens faillissement daaraan gebonden, vgl. T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, p. 295. Een arbitragebeding – en eventueel in aanvulling daarop de in de arbitrageprocedure bij het NAI verlangde zekerheidstelling – kan maken dat het voor een curator met een (nagenoeg) lege boedel feitelijk onmogelijk is te procederen. Een curator kan in dergelijke gevallen proberen aan de arbitrage (en zekerheidstelling) te ontkomen door zich te beroepen op de vernietigbaarheid van art. 6:233 sub a BW als het arbitragebeding onderdeel is van algemene voorwaarden of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 2 BW. Dat de kosten van arbitrage hoger zijn en/of de boedel leeg, is daarvoor onvoldoende, vgl. Hof Leeuwarden 11 oktober 2006, ECLI:NL:GHLEE:2006:AZ0121, r.o. 12.

6. In r.o. 4.12 overweegt de rechtbank dat het NAI-reglement borgt dat zekerheidstelling kan worden gevorderd voor een proceskostenveroordeling ten laste van de boedel. In het vanaf 1 januari 2015 geldende reglement is dit geregeld in art. 35 lid 3. De rechtbank citeert daaruit in r.o. 2.7. Het is opvallend dat de rechtbank citeert uit het NAI-reglement 2015, terwijl de arbitrage in 2012 is aangevraagd – in het vonnis staat ten onrechte 2002 – en daarop om die reden het NAI-reglement 2010 van toepassing was. De mogelijkheid om bij het NAI zekerheid te kunnen vragen is ruimer dan in

een civiele procedure bij de rechter. In het laatste geval is het op grond van art. 224 lid 1 Rv slechts mogelijk van de eiser zonder woonplaats of gewone verblijfplaats in Nederland zekerheid te verlangen. In de praktijk is de werking van dit art. 224 Rv bovendien door de uitzonderingen in lid 2 zeer beperkt. Van een Nederlandse curator kan in een gewone civiele procedure op grond van art. 224 Rv geen zekerheid worden verlangd. In een arbitrageprocedure bij het NAI kan dit wel, zodat de wederpartij van de curator ook daarom belang kan hebben bij arbitrage. VSH had in casu geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid zekerheid te vragen.

mr. F.B. Bosvelt, advocaat bij Wijn & Stael Advocaten NV