

14 Het prijskaartje van het procesrecht

*Mr. H.J.M. van Dal en mr. M.A.C. Geurts**

1. Inleiding

Aan procederen hangt een prijskaartje. Niet alleen het griffierecht, maar zeker ook de advocaatkosten kunnen flink in de papieren lopen. De verliezende partij moet de winnende partij hiervoor een vergoeding betalen. De vergoeding voor de gemaakte advocaatkosten is echter beperkt. Voor toewijzing van de werkelijke advocaatkosten lijkt in het huidige recht nauwelijks ruimte. Bovendien leidt een proceskostenveroordeling niet altijd tot daadwerkelijke betaling. Het verhaalsrisico ligt bij de winnende partij. De wet biedt hiervoor geen goede oplossing. Het is op dit moment zelfs zo dat een verliezer een rechtsmiddel kan instellen zonder dat de uitgesproken proceskostenveroordeling hoeft te zijn voldaan of daarvoor zekerheid hoeft te worden gesteld. Sterker nog, ook indien op voorhand duidelijk is dat iemand een lege portemonnee heeft en geen verhaal biedt, mag in beginsel worden (voort)geprocedeerd.

Het in art. 6 EVRM¹ gewaarborgde fundamentele recht op toegang tot de rechter is niet absoluut en kan onder voorwaarden² worden beperkt, ook via het stelsel van de proceskostenveroordeling. Dit stelsel kan een financiële prikkel zijn om lichtvaardig procederen en onaanvaardbaar procesgedrag te voorkomen/te sanctioneren. Kosten spelen immers een belangrijke rol bij de afweging om al dan niet te gaan procederen.³ Het proceskostenprijskaartje mag niet zodanig zijn dat de essentie van de toegang tot de rechter wordt aangetast.⁴ Hiertussen moet een gulden middenweg worden gevonden. Onzes inziens mag de drempel in sommige gevallen echter wel hoger komen te liggen dan nu het geval is, dit ter bescherming van de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.

In het navolgende zullen we eerst stilstaan bij de volgende onderwerpen:

- huidige regeling proceskosten;
- regeling proceskosten in IE-zaken;

* Beide auteurs zijn werkzaam als advocaat bij Van Iersel Luchtman N.V. te 's-Hertogenbosch.

1 Vgl. art. 47 Handvest van de Grondrechten van de EU, art. 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en de Wet van 21 februari 2018, houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering van de Grondwet, strekkende tot het opnemen van een bepaling over het recht op een eerlijk proces.

2 Zie bijvoorbeeld M. Chebti, 'Misbruik van procesrecht door advocaten, rechterlijke terughoudendheid en het recht op toegang tot de rechter gewaarborgd in art. 6 EVRM', *WPNR* 2015/7087.

3 Zie bijvoorbeeld M.T. Croes (e.a.), *Evaluatie Wet griffierechten burgerlijke zaken. De complexiteit van vereenvoudiging* (Cahier 2017-9), Den Haag: WODC 2017, p. 103.

4 Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II, 2015-2016, 34 517, nr. 3, p. 16 en 17.

- vergoeding werkelijke kosten op grond van misbruik van procesrecht/onrechtmatige daad;
- verhaalsproblemen;
- zekerheidstelling proceskosten ex art. 224 Rv.

We zullen ook enkele mogelijke maatregelen aandragen om meer variatie in de vergoeding van de advocaatkosten te bewerkstelligen, evenals een verdere tegemoetkoming in de verhaalsproblemen ter zake de verschuldigde proceskosten. Wij denken dat de praktijk hierbij gebaat zal zijn.

2. Regeling proceskosten

De wet bevat in art. 237-240 Rv een limitatieve en exclusieve regeling van de proceskosten. Deze regeling is van dwingend recht en dient door de rechter ambtshalve te worden toegepast. Volgens de hoofdregel van art. 237 lid 1 Rv wordt de in het ongelijk gestelde partij veroordeeld in de proceskosten van de wederpartij.⁵ De ‘verliezer’ vergoedt dus de proceskosten van de ‘winnaar’. Onder de proceskosten valt onder meer het salaris van de advocaat (art. 238 lid 2 Rv). Dit vormt voor een procederende partij vaak de grootste en meest onzekere kostenpost.

Liquidatietarief

De vergoeding voor het salaris van de advocaat wordt meestal bepaald op basis van het liquidatietarief. Dit tarief is opgesteld door de Nederlandse Orde van Advocaten en vertegenwoordigers van de rechterlijke macht. Het liquidatietarief is geen recht in de zin van art. 79 Wet RO. Dit tarief is dus niet bindend en afwijking hoeft door de rechter niet gemotiveerd te worden.⁶ De beslissing omtrent het salaris van de advocaat is in cassatie dan ook slechts beperkt toetsbaar. De praktijk wijst echter uit dat rechters het liquidatietarief tot uitgangspunt nemen.⁷

Hoogte liquidatietarief

De hoogte van de vergoeding op grond van het liquidatietarief is afhankelijk van de soort procedure, het financiële belang van de zaak en de (hoeveelheid en de aard van de) verrichte proceshandelingen. Op basis van die factoren wordt een bepaald forfaitair bedrag berekend, dat geen rekening houdt met de werkelijke kosten van rechtsbijstand. De aldus berekende vergoeding dekt in de regel maar een klein deel van die werkelijke kosten.

5 De kosten mogen geheel of gedeeltelijk worden gecompenseerd als (i) partijen (ex-)partners, bloed- of aanverwanten zijn of als (ii) partijen over en weer op een aantal punten in het ongelijk worden gesteld.

6 HR 3 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2621, NJ 1998/571 (*Lindeboom/Beusmans*).

7 Zie bijvoorbeeld B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 329, C. Boot en J. Quist, ‘Proceskostenveroordeling: niet alles of niets’, *Advocatenblad* juni 2011 en P. Sluiter, *Sturen met proceskosten, Wie betaalt de prijs van procesverstoring gedrag?*, Deventer: Kluwer 2011 (Recht en Praktijk nr. 128), p. 52.

Dat de wetgever een zodanige begrenzing heeft bedoeld, blijkt uit de parlementaire geschiedenis.⁸ Daarin wordt opgemerkt dat de regeling tot vergoeding van proceskosten niet gelijkgesteld kan worden met de toekenning van schadevergoeding. De regeling strekt tot bescherming van de procespartijen. Volgens de wetgever moet voorkomen worden dat de vrijheid om te procederen in gevaar wordt gebracht door de vrees voor een veroordeling tot omvangrijke proceskosten. Er zou echter ook precies andersom kunnen worden geredeneerd: de wetenschap dat bij winst slechts een beperkt deel van de gemaakte kosten van rechtsbijstand voor vergoeding in aanmerking komt, werpt juist een drempel op. Het deel van de advocaatkosten dat niet wordt vergoed, kan namelijk, zeker in zaken met een beperkt financieel belang, dat financiële belang overstijgen. Dan is het überhaupt niet verstandig om te procederen.⁹

Nodeloze kosten

Op grond van de laatste volzin van art. 237 lid 1 Rv kan de rechter beslissen om nodeloze kosten voor rekening te laten van de partij die deze aanwendde of veroorzaakte. Nu de verliezende partij toch al in de proceskosten wordt veroordeeld, ziet deze regeling alleen op door de winnende partij nodeloos gemaakte of veroorzaakte kosten. Hierbij heeft de rechter beslissingsvrijheid. Van deze bepaling wordt in de praktijk maar weinig gebruik gemaakt.¹⁰

3. Proceskostenveroordeling in IE-zaken

Art. 1019h Rv biedt in IE-zaken een ander regime voor de proceskostenveroordeling. Het artikel werd in 2007 ingevoerd ter implementatie van art. 14 van Richtlijn 2004/48/EG (hierna: ‘de richtlijn’) betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten. Sindsdien komen in IE-zaken desgevorderd de redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt voor vergoeding in aanmerking, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet.

De richtlijn heeft tot doel de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten teneinde een hoog, gelijkwaardig en homogeen niveau van bescherming van de intellectuele eigendom in de interne markt te waarborgen. Art. 14 van de richtlijn heeft als specifiek doel het ‘voorkomen dat een benadeelde partij ervan zou worden weerhouden om ter waarborging van zijn intellectuele-eigendomsrechten een gerechtelijke procedure in te stellen.’ Daarom moet in het algemeen de inbreukpleger alle financiële gevolgen van zijn

8 MvT Inv. Boeken 3, 5 en 6, *Wijziging Rv*, Deventer: Kluwer 1992, p. 36.

9 Zie bijvoorbeeld A.N.A. Buyserd, ‘De volledige proceskostenveroordeling: voor- en nadelen in beleidsmatig perspectief’, *TvP* 2015/6, p. 165 en 166.

10 Zie bijvoorbeeld P. Sluijter, *Sturen met proceskosten, Wie betaalt de prijs van procesverstoring gedrag?*, Deventer: Kluwer 2011 (Recht en Praktijk nr. 128), p. 79 en C.J.S. Vrendenburg, *Proceskostenveroordeling en toegang tot de rechter in IE-zaken. Regelingen over proceskosten getoetst aan het EU-recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018 (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. XIX), p. 118.

handelwijze dragen, aldus het HvJ EU.¹¹ In 2016 heeft het HvJ EU gewezen op de afschrikkende werking van een inbreukprocedure, welke werking aanzienlijk zou worden afgezwakt indien de inbreukmaker slechts kan worden verwezen in een klein deel van de redelijke advocaatkosten van de IE-rechthebbende.¹²

Normering proceskostenveroordeling

In de rechtspraak is al vrij snel een zekere normering tot stand gekomen. In overleg met de Nederlandse Orde van Advocaten zijn indicatietarieven opgesteld die bedoeld zijn om de redelijkheid en de evenredigheid van de gevorderde kosten te beoordelen. Ook geven de tarieven procespartijen een handvat om het proceskostenrisico in te schatten. Het HvJ EU heeft een aantal voorwaarden gesteld waaraan een dergelijk systeem moet voldoen.¹³ De winnende partij heeft volgens het HvJ EU recht op vergoeding van minstens een 'significant en passend deel van de redelijke kosten die zij daadwerkelijk heeft gemaakt'. Daarmee liggen de indicatietarieven fors hoger dan de vergoeding op grond van het liquidatietarief, maar dekken ze nog steeds niet altijd de werkelijke kosten. Indien de hogere werkelijke kosten redelijk zijn, kan overigens van de indicatietarieven worden afgeweken. Waar het liquidatietarief bijna standaard wordt toegepast, komt afwijking van de indicatietarieven vaker voor.

Vrendenburg heeft onlangs de effecten van art. 1019h Rv op de toegang tot de rechter onderzocht. Volgens haar is aannemelijk dat de werking van art. 1019h Rv zwakke zaken ontmoedigt en risicoaverse partijen ontmoedigt ongeacht de kans van slagen, welk effect wordt versterkt indien wordt verwacht dat de wederpartij hogere procesuitgaven zal hebben.¹⁴

4. Misbruik van procesrecht/onrechtmatige daad

Volgens de onder paragraaf 2 aangehaalde parlementaire geschiedenis is – in niet-IE-zaken – een volledige vergoeding van proceskosten wél mogelijk, maar alleen in buitengewone omstandigheden, zoals bij misbruik van procesrecht en onrechtmatige daad.¹⁵

Duka/Achmea-arrest

De Hoge Raad heeft in het arrest *Duka/Achmea*¹⁶ overwogen dat pas sprake is van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen als het instellen van de vordering, gelet op de evidente ondergrondheid ervan, in verband met de betrokken belangen van de wederpartij

11 HvJ EU 18 oktober 2011, C-406/09, ECLI:EU:C:2011:668, NJ 2012/19 (*Realchemie/Bayer CropScience*).

12 HvJ EU 28 juli 2016, C-57/15, ECLI:EU:C:2016:611 (*United Video Properties*).

13 HvJ EU 28 juli 2016, C-57/15, ECLI:EU:C:2016:611 (*United Video Properties*).

14 C.J.S. Vrendenburg, *Proceskostenveroordeling en toegang tot de rechter in IE-zaken. Regelingen over proceskosten getoetst aan het EU-recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, hoofdstuk 8 (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. XIX).

15 MvT Inv. Boeken 3, 5 en 6, *Wijziging Rv*, Deventer: Kluwer 1992, p. 36.

16 HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7828, NJ 2012/233 (*Duka/Achmea*).

achterwege had behoren te blijven. Hiervan kan volgens de Hoge Raad eerst sprake zijn als eiser zijn vordering en/of verzoek baseert op:

- i. feiten en omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen; of
- ii. stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden.

De Hoge Raad overweegt daarbij uitdrukkelijk dat bij het aannemen van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen door het aanspannen van een procedure terughoudendheid past, gelet op het recht op toegang tot de rechter.

Bevestiging Duka/Achmea

Recent heeft de Hoge Raad in twee uitspraken de leer uit *Duka/Achmea* bevestigd.¹⁷ De Hoge Raad overwoog bovendien dat deze leer niet alleen geldt voor eiser/verzoeker, maar mutatis mutandis ook voor gedaagde/verweerder.¹⁸ En als het handelen inderdaad misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen oplevert, betreft het volgens de Hoge Raad een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad die aan de regeling van art. 237-240 Rv is onttrokken.¹⁹

Dit leerstuk is daarmee redelijk uitgekristalliseerd en de verwachting is dat de Hoge Raad voorlopig zal vasthouden aan de lijn die is uitgezet met het arrest *Duka/Achmea*. Vanwege de door de Hoge Raad opgelegde terughoudendheid, wordt veroordeling in de volledige proceskosten zelden toegewezen. Procederen kan namelijk, ook als dat niet tot een gunstig resultaat leidt, op zichzelf niet als onrechtmatig worden aangemerkt. 'Uitgangspunt is immers dat partijen een geschil in vrijheid moeten kunnen voorleggen aan een rechter, zonder dat zij daarbij moeten rekenen op een vordering uit onrechtmatige daad.'²⁰ Zelfs in een geval waarin vaststond dat bepaalde gedaagden lichtvaardig in rechte waren betrokken, was volgens Rechtbank Arnhem geen plaats voor een veroordeling in de werkelijk gemaakte proceskosten.²¹ In een uitspraak van Rechtbank Den Haag van 20 januari 2016 werden de daadwerkelijke advocaatkosten wel vergoed.²² Daarvoor achtte de rechtbank redengevend dat in de dagvaarding een aantal stellingen stond waarvan eiser wist dat die in strijd met de waarheid waren, waardoor eiser de verplichting van art. 21 Rv had

17 HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2360, NJ 2018/165 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Vehmeijer/Janssens*) en HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2366, NJ 2018/164 m.nt. S.D. Lindenbergh (*De Alternatieve c.s./Van Eendenburg c.s.*).

18 Deze strikte maatstaf geldt wel alleen voor procespartijen. Bij een niet-procespartij gelden de normale regels van aansprakelijkheid en schadevergoeding.

19 En dit kan weer doorwerken richting de advocaat. Volgens Rb. Gelderland 24 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:4240, NJF 2015/448 handelt een advocaat onrechtmatig indien deze een wederpartij betreft in een procedure tegen zijn cliënt die bij voorbaat kansloos is. Vgl. ook A-G Wissink in ECLI:NL:PHR:2018:411.

20 Rb. Zwolle-Lelystad 14 november 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AZ7805.

21 Rb. Arnhem 2 juli 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BD6209, JIN 2008/620 m.nt. L. Wijnbergen.

22 Rb. Den Haag 20 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:16834.

geschonden en gedaagden op kosten waren gejaagd omdat zij zich tegen die onjuiste stellingen hadden moeten verweren. Recent oordeelde de Rechtbank Rotterdam dat de hoge drempel voor het toewijzen van een volledige proceskostenvergoeding werd gehaald. De vordering van eiser was om meerdere redenen evident kansloos. Bovendien was de procedure volgens de rechtbank vooral bedoeld om gedaagde te pesten/op kosten te jagen.²³ Dit soort uitspraken is eerder uitzondering dan regel.

5. Meer variatie in vergoeding advocaatkosten

De vordering tot veroordeling van de wederpartij in de proceskosten vormt veelal het sluitstuk van een dagvaarding/conclusie van antwoord. De vordering wordt vaak nauwelijks toegelicht; soms wordt volstaan met de kreet ‘kosten rechtens’. In rechterlijke uitspraken wordt vervolgens ook weinig aandacht besteed aan de proceskostenveroordeling. Als eenmaal vaststaat wie in het ongelijk is gesteld, wordt de vergoeding, zonder daar veel woorden aan vuil te maken, vastgesteld op basis van het liquidatietarief. Dat is een gemiste kans. Wij pleiten voor een beter op de procedure toegespitste proceskostenveroordeling. Advocaten en rechters zouden de speelruimte die er op dit moment is beter moeten benutten. Daarnaast zou er wat ons betreft ook meer speelruimte moeten zijn. Wij denken dan aan de volgende opties.

Afwijking liquidatietarief

Zoals gezegd plegen rechters het liquidatietarief tot uitgangspunt te nemen.²⁴ Het liquidatietarief is echter geen bindende richtlijn. Voor afwijking is geen misbruik van procesrecht of onrechtmatige daad vereist. Het betreft een discretionaire bevoegdheid van de rechter. Voor toewijzing van de werkelijke advocaatkosten geldt, zoals gezegd, de strikte maatstaf uit *Duka/Achmea*, maar via afwijking van het liquidatietarief kan bijna hetzelfde worden bereikt. Gevarieerd kan bijvoorbeeld worden met het aantal punten of met het tarief. Ook kan het liquidatietarief volledig worden verlaten en kunnen de werkelijke advocaatkosten gedeeltelijk worden toegewezen.²⁵ Onze indruk is dat advocaten – en ook rechters – deze laagdrempelige mogelijkheden thans onvoldoende scherp voor ogen hebben.

Nodeloze kosten

Ook de ruimte die art. 237 lid 1 Rv voor de nodeloze kosten biedt, wordt op dit moment onvoldoende benut. Denk bijvoorbeeld aan het regelmatig voorkomende geval dat een gedaagde hoger beroep instelt en in de grieven met een succesvol nieuw verweer komt, dat echter ook in eerste aanleg had kunnen worden aangevoerd. Ook dan kan gesproken worden van nodeloze kosten. Rechters zullen hierin waarschijnlijk geen initiatief nemen, zodat hier een taak ligt voor de advocatuur.

²³ Rb. Rotterdam 21 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2109, *NJF* 2018/245.

²⁴ Redenen hiervoor zijn de rechtszekerheid en tijdwinst omdat er geen afwijkend oordeel hoeft te worden gegeven over de kosten.

²⁵ Zie bijvoorbeeld C. Boot en J. Quist, ‘Proceskostenveroordeling: niet alles of niets’, *Advocatenblad* juni 2011.

Verlaging misbruiklat

De in paragraaf 4 geschetste misbruikmaatstaf dwingt onzes inziens tot een te beperkte inschatting van de merites van de zaak. Wij menen dat kritischer naar de kans van slagen moet worden gekeken voordat een procedure wordt gestart. Wij pleiten dan ook voor een verlaging van de ‘misbruiklat’ en daarmee voor een eerdere toewijzing van de werkelijke proceskosten. In plaats van de huidige misbruiklat (te weten: evident ongegrond) dient onzes inziens de zogenoemde ‘wapperlat’ te worden gehanteerd. Deze wapperlat geldt in het intellectueel eigendomsrecht. Ook daar is het uitgangspunt dat een IE-rechthebbende in beginsel niet onrechtmatig handelt als hij – naar achteraf blijkt: ten onrechte – zijn concurrent of de afnemers van zijn concurrent sommeert om de IE-inbreuk te staken. Dit is slechts anders als de rechthebbende weet of moet beseffen dat een serieuze, niet te verwaarlozen kans bestaat dat zijn recht vernietigbaar is of dat van inbreuk geen sprake is.²⁶ Voor onrechtmatigheid is dus nodig dat de IE-rechthebbende van zijn handelwijze een verwijt kan worden gemaakt. Of hiervan sprake is, moet beoordeeld worden aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan het wapperen met een te kwader trouw ingeschreven gemeenschapsmerk.

Deze wapperlat ligt wezenlijk lager dan de misbruiklat en zorgt er waarschijnlijk voor dat minder snel ‘het randje wordt opgezocht’. Onwenselijk procesgedrag kan effectiever worden afgestraft.²⁷

Verhoging liquidatietarief

Een andere optie is een verhoging van het liquidatietarief. Het forse onderscheid tussen de liquidatietarieven en de indicatietarieven komt kunstmatig over. Waarom zou in niet-IE-zaken ook niet standaard een vergoeding van de advocaatkosten kunnen komen die een ‘significant en passend deel zijn van de redelijke kosten die daadwerkelijk gemaakt zijn’? In ieder geval moeten wat ons betreft de liquidatietarieven richting de indicatietarieven opschuiven om aldus een meer reële vergoeding op te leveren.

De hiervoor gesuggereerde maatregelen leiden volgens ons niet tot een onaanvaardbare beperking van de in art. 6 EVRM vervatte toegang tot de rechter. Voor zaken met een beperkt financieel belang vergroten deze maatregelen de toegang tot de rechter juist. Ook leiden de maatregelen niet tot een wezenlijke vermindering van de rechtszekerheid. De voorgestelde afwijkingen blijven immers uitzonderingen. De preventieve werking die ervan uitgaat is in onze optiek echter gewenst.

26 HR 29 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6098, NJ 2008/120 m.nt. Ch. Gielen (*CFS Bakel/Stork Titan*).

27 Voor een opsomming van de verschillende categorieën van onwenselijk procesgedrag verwijzen wij naar P. Sluijter, *Sturen met proceskosten, Wie betaalt de prijs van procesverstorend gedrag? (Recht en Praktijk nr. 128)*, Deventer: Kluwer 2011.

Toevoegingen

We plaatsen één kanttekening. Om de toegang tot de rechter te waarborgen moet de uitgesproken veroordeling in de advocaatkosten van de ten laste van een op toevoegingsbasis procederende partij onder de toevoeging komen te vallen. Niet goed valt in te zien waarom onvermogen enerzijds vanwege onvoldoende draagkracht een vergoeding ontvangen voor de eigen kosten van rechtsbijstand, maar anderzijds wel geacht worden de vergoeding in de kosten van rechtsbijstand van de wederpartij te kunnen opbrengen. Daarbij wordt erop gewezen dat een ontvangen proceskostenvergoeding weliswaar in mindering wordt gebracht op de toevoegvergoeding, maar deze verrekening achterwege kan blijven indien inning van de proceskostenveroordeling niet (langer) mogelijk blijkt.²⁸

6. Verhaal

Een partij biedt niet altijd verhaal voor een proceskostenveroordeling. In de praktijk zien we wel eens dat een partij wel de middelen heeft om zichzelf te voorzien van rechtsbijstand, maar voor een uitvoerbaar bij voorraad verklaarde proceskostenveroordeling geen verhaal biedt. Volgens de Rechtbank Noord-Nederland levert het procederen zonder financiële dekking voor een eventuele proceskostenveroordeling in beginsel geen misbruik van recht of onrechtmatig handelen op.²⁹

Procederende curator

Een prangend voorbeeld is dat van de curator die in een lege boedel procedeert. Als een curator een lopende procedure overneemt, wordt deze voor rekening van de boedel voortgezet. De algemene (en op de wetgeschiedenis gebaseerde) regel in de rechtspraak is dat de proceskosten van de wederpartij boedelkosten vormen.³⁰ In geval van een lege boedel heeft de wederpartij hier niet veel aan. In de rechtspraak is echter bepaald dat een curator in zijn hoedanigheid van curator (q.q.) niet onrechtmatig handelt indien een procedure wordt gevoerd zonder dat voorzien is in dekking voor de proceskosten van de wederpartij, ook niet bij een lege boedel. Persoonlijke aansprakelijkheid van de curator (de 'pro se'-aansprakelijkheid) is dan al helemaal niet aan de orde. Rechtbank Den Haag overwoog dat het maatschappelijk risico dat een wederpartij zich geconfronteerd kan zien met een onmogelijkheid van verhaal naar gangbare rechtsopvatting aanvaardbaar is.³¹ De curator is volgens deze rechtbank ook niet verplicht om gebruik te maken van de

28 Art. 32 lid 5 Besluit vergoedingen rechtsbijstand 2000.

29 Rb. Noord-Nederland 7 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4705, JOR 2016/138 m.nt. F.B. Bosvelt.

30 Zie B. Wessels, *Insolventierecht: Gevolgen van faillietverklaring (1)* (Wessels Insolventierecht, nr. II), Deventer: Wolters Kluwer 2016/2396 met verdere verwijzingen.

31 Rechtbank Den Haag 20 april 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ2516, JOR 2011/273.

Garantstellingsregeling. De Garantstellingsregeling strekt immers niet tot bescherming van de wederpartij.³² Ook hier lijkt art. 3:13 BW de grens te bepalen.³³

7. Zekerheidstelling proceskosten ex art. 224 Rv

De wetgever heeft voor specifieke gevallen willen tegemoetkomen aan de verhaalsproblemen ter zake de proceskostenveroordeling. Op grond van art. 224 lid 1 Rv kan namelijk van een eisende, verzoekende, aan de zijde van eiser voegende of tussenkomen partij (hierna: ‘eiser’) die geen woonplaats of gewone verblijfplaats heeft in Nederland zekerheid worden gevorderd. Dit is de zogenoemde *cautio iudicatum solvi*. Wat betreft de wijze van zekerheidstelling wordt aansluiting gezocht bij het bepaalde in art. 6:51 BW. De bankgarantie komt het meest voor. Als niet tijdig aan een veroordeling tot het stellen van zekerheid wordt voldaan, zal niet-ontvankelijkheid volgen.³⁴

Uitzonderingen op verplichting tot zekerheidstelling

Benadrukt moet worden dat een vordering tot zekerheidstelling alleen mogelijk is indien de eiser geen woonplaats of gewone verblijfplaats heeft in Nederland.³⁵ Dat is een grote beperking in de reikwijdte van art. 224 Rv. Bovendien bevat het tweede lid van art. 224 Rv vier uitzonderingen op de verplichting tot zekerheidstelling. Vanwege deze uitzonderingen is het belang van art. 224 Rv in de praktijk zeer beperkt. Zo geldt de verplichting ingevolge art. 224 lid 2 sub a en b Rv niet wanneer dit voortvloeit uit een verdrag of een EG-verordening of wanneer de proceskostenveroordeling ten uitvoer kan worden gelegd in het land waar eiser zijn woonplaats of gewone verblijfplaats heeft. De wetgever gaat ervan uit dat op grond van de verschillende rechtsvorderingsverdragen tenuitvoerlegging van een Nederlands vonnis (inclusief proceskostenveroordeling) in het buitenland mogelijk is. Daarmee wordt echter over het hoofd gezien dat de kosten van executie vaak niet opwegen tegen het financiële belang van de zaak.³⁶ Voorts bestaat op grond van art. 224 lid 2 sub c Rv geen verplichting tot het stellen van zekerheid indien redelijkerwijs aannemelijk is dat verhaal in Nederland mogelijk zal zijn. Met de uitzondering die is opgenomen in sub d van art. 224 lid 2 Rv heeft de wetgever tot slot de effectieve toegang tot de rechter willen waarborgen.

32 Wel wordt in procedures tegen curatoren wel eens met succes gevorderd – op grond van art. 233 of 235 Rv – dat aan de uitvoerbaar bij voorraadverklaring van het vonnis of arrest de voorwaarde wordt verbonden dat door de curator zekerheid wordt gesteld. Zie bijvoorbeeld HR 2 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5892, NJ 2004/291 m.nt. H.J. Snijders (*De Jong/Lasschuit q.q.*).

33 Zie B. Wessels, *Insolventierecht: Gevolgen van faillietverklaring (1)* (Wessels Insolventierecht, nr. II), Deventer: Wolters Kluwer 2016/2332.

34 Art. 616 Rv.

35 Zie ook HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:298 (*Sypesteyn Holding/Dekker q.q.*).

36 Zie bijvoorbeeld P. Wanders en J. Kraaikamp, ‘In appel? Eerst betalen’, *Advocatenblad* juni 2013, p. 33.

Kritiek op art. 224 Rv

In de literatuur is de nodige kritiek geuit op het beperkte toepassingsbereik van art. 224 Rv. Volgens Van Schaick zou het nog niet zo gek zijn – maar soms onverenigbaar met art. 6 EVRM – om van iedereen die een procedure aanhangig maakt te verlangen dat hij eerst zekerheid stelt voor de betaling van de proceskosten, net zoals de overheid voorafgaande betaling van het griffierecht heeft zeker gesteld.³⁷ Vaak wordt in ieder geval bepleit dat een partij die in appel gaat eerst de op grond van de uitspraak in eerste aanleg verschuldigde proceskosten moet voldoen.³⁸ Een verliezer die wil doorprocederen mag er best van doordrongen zijn dat daar een prijskaartje aan hangt.

8. Verdere tegemoetkoming verhaalsproblemen

De overheid heeft het voor het griffierecht goed geregeld met de ‘betaling aan de poort’. Voor de verhaalsproblemen van procespartijen heeft de wetgever wat ons betreft onvoldoende oog gehad. Wij stellen de volgende maatregelen voor.

Curator

Anders dan Rechtbank Den Haag achten wij het niet aanvaardbaar dat een curator in een lege boedel procedeert zonder dekking voor de eventueel ten gunste van de wederpartij uitgesproken proceskostenveroordeling. Een door de curator ten onrechte aangesproken partij mag niet blijven zitten met een onverhaalbare proceskostenveroordeling. De financiële middelen op basis waarvan de curator procedeert, moeten ook de eventuele proceskostenveroordeling dekken. Dit betekent dat indien de curator een beroep kan doen op de Garantstellingsregeling, deze daarvan gebruik móet maken.³⁹ In deze garantie is immers inbegrepen een vergoeding voor de proceskosten waarin de curator mogelijk jegens de wederpartij wordt veroordeeld.

Vaker zekerheidstelling

Wij scharen ons verder achter de diverse schrijvers die ervoor pleiten dat een partij die een gewoon rechtsmiddel wil instellen tegen een uitspraak die uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, eerst de proceskostenveroordeling uit de vorige instantie dient te voldoen. Dit om te voorkomen dat de verliezer op kosten van de winnaar doorprocedeert. Wij pleiten dan ook voor een dergelijke verruiming van art. 224 Rv. Dit zou moeten gelden ongeacht of de doorprocederende partij ingezetene is. Deze partij zou bij het aanbrengen van de zaak in hoger beroep/cassatie op straffe van niet-ontvankelijkheid een bewijs van betaling/zekerheidstelling dienen te overleggen.

37 Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/203.

38 Zie bijv. P. Wanders en J. Kraaikamp, ‘In appel? Eerst betalen’, *Advocatenblad* juni 2013, p. 34.

39 In art. 2 lid 1 Garantstellingsregeling 2012 is aangegeven dat de curator een garantstelling kan aanvragen voor het instellen van een verhaalsonderzoek, een vooronderzoek en/of een procedure op grond van art. 9, 138, 149, 248 en 259 van Boek 2 BW en art. 42, 43 en 47 Fw.

9. Slot

Advocaten en rechters maken onvoldoende gebruik van de reeds bestaande mogelijkheden om te sturen met de vergoeding voor de advocaatkosten. Er is meer ruimte voor een op de procedure toegesneden proceskostenveroordeling via laagdrempelige maatregelen zoals (i) afwijking van het liquidatietarief en (ii) de regeling van de nodeloze kosten van art. 237 lid 1 Rv. Dit is een kwestie van bewustwording.

Daarnaast pleiten wij voor een hogere drempel in de vorm van (iii) een verhoging van het liquidatietarief, dan wel (iv) een verlaging van de misbruiklat. Tot slot delen wij de kritiek op de beperkte reikwijdte van art. 224 Rv. Wij menen dat (v) een partij die een rechtsmiddel instelt eerst de verschuldigde proceskosten moet voldoen/daarvoor zekerheid stelt.

Hiermee proberen wij middelen te bieden om tot een meer rechtvaardige verdeling van de proceskosten te komen.