

Noot

*De curator en de rechtsplegingsvergoeding*Cedric Berckmans¹

1. Reeds jaar en dag proberen curatoren de faillissementsboedel te ontzien door, in de mate van het mogelijke, procedurekosten af te wentelen op de in het ongelijk gestelde partij. Het gegeven dat de rechtspraak eerder weigerachtig staat ten aanzien van het toekennen van een rechtsplegingsvergoeding aan curatoren, belet hen niet creatief te zijn. Immers, hoewel curatoren zelf niet als vertegenwoordigers van een procespartij kunnen worden beschouwd, kunnen ze zich wel op hun beurt laten vertegenwoordigen door een andere advocaat. Het geannoteerde arrest toont dat er grenzen zijn aan deze creativiteit.

2. Voor een goed begrip van het hier besproken arrest, moet worden verduidelijkt dat er geen discussie meer is dat een advocaat die in een procedure tussenkomt in zijn hoedanigheid van curator, in principe geen aanspraak kan maken op een rechtsplegingsvergoeding. Dit is heden gevestigde rechtspraak², maar was vroeger allesbehalve vanzelfsprekend: zo maakte een curator enkele decennia geleden wel degelijk aanspraak op een rechtsplegingsvergoeding, in zijn hoedanigheid van “vertegenwoordiger” van de gefailleerde of van de schuldeisers³.

Het was pas in 1983 dat het Hof van Cassatie aan deze praktijk een einde maakte door te oordelen dat de faillissementscurator niet optreedt als advocaat van een partij, maar als een “gerechtmandataris”⁴. De bij wet toevertrouwde opdracht die de curator uitoefent, kan volgens het Hof niet zonder meer beschouwd worden als “het bijstaan van een partij” in de zin van artikel 1, tweede lid van het koninklijk besluit van 30 november 1970 tot vaststelling van het tarief van de invorderbare kosten bedoeld in artikel 1022 van het gerechtelijk wetboek. Om die reden kan een curator geen rechtsplegingsvergoeding vorderen namens de gezamenlijke schuldeisers.

3. Het standpunt van het Hof van Cassatie kon op goedkeuring rekenen in de rechtspraak, en werd nadien unaniem gevolgd⁵.

Enkel de rechtbank van koophandel te Veurne was niet geheel overtuigd, en stelde aan het Grondwettelijk Hof een

prejudiciële vraag omtrent de verenigbaarheid van bovenvermeld standpunt met het gelijkheidsbeginsel. De verwijzende rechter was immers van oordeel dat aangezien voor het uitoefenen van het gerechtelijk mandaat van curator de hoedanigheid van advocaat vereist is, en vermits de curator in een gerechtelijke betwisting dezelfde werkzaamheden als een advocaat verricht, de vraag zich opdrong of dit verschil in behandeling van leden van eenzelfde beroeps categorie wel verantwoord is. Het Grondwettelijk Hof was evenwel van oordeel dat de keuze om de taak van curator voor te behouden aan advocaten niet tot gevolg heeft dat zij allen gelijkgesteld moeten worden voor de toepassing van artikel 1022 Ger.W., maar dat deze keuze louter was ingegeven door de bijzondere waarborgen die de deontologie van de advocaat biedt⁶.

4. Het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof zijn het dus eens: de procesvoering door een curator geeft geen aanleiding tot het toekennen van een rechtsplegingsvergoeding ten voordele van de faillissementsboedel. Niet zelden probeert een curator toch aanspraak te maken op een rechtsplegingsvergoeding, waarbij hij zichzelf omschrijft als een “vertegenwoordiger” van de gezamenlijke schuldeisers of van de boedel. De curator vertegenwoordigt echter geen van beiden.

Hij is niet de vertegenwoordiger van de gezamenlijke schuldeisers, want bij het instellen van een rechtsvordering *qualitate qua* moet hij zich niet beperken tot een bedrag voldoende om alle passiva van de gefailleerde aan te zuiveren, maar kan hij een vordering instellen voor *alle* schade geleden door de vennootschap. Bovendien is de curator regelmatig verwickeld in een procedure met bepaalde schuldeisers, wat strijdig zou zijn met deze vertegenwoordigingsfiguur.

Evenmin kan de curator als een vertegenwoordiger van de boedel worden beschouwd, aangezien de faillissementsboedel, in tegenstelling tot de boedel in Frankrijk, niet over rechtspersoonlijkheid beschikt⁷.

De vaak gehanteerde omschrijving van de curator als “gerechtmandataris” of “gerechtelijk mandataris”, een

¹ Advocaat aan de balie van Brussel.

² Zie P. COPPENS en Fr. T’KINT, “Examen de jurisprudence. Les faillites, les concordats et les privilèges (1997 à 2003)”, *R.C.J.B.*, 2003/4, 612, nr. 12.

³ Zie o.a. Luik 9 november 1972, *J.L.* 1972-73, 105, noot M.H. *Contra*: Bergen, 16 februari 1981, *Pas.* 1981, II, 61, noot. Zie ook E. GUTT en J. LINSMEAU, “Examen de jurisprudence. Droit judiciaire privé (1971 à 1978)”, *R.C.J.B.*, 1983, 162-163, nr. 101.

⁴ Cass. 6 mei 1983, AR 3729, *Pas.* 1983, I, nr. 493, 1009, *TBH* 1983, 508; *R.C.J.B.* 1983, 712, noot P. GÉRARD. Zie ook, P. COPPENS en Fr. T’KINT, “Examen de jurisprudence. Les faillites et les concordats (1979 à 1983)”, *R.C.J.B.*, 1984/3, 450, nr. 21; R.M. DE PUYDT, “Overzicht van rechtspraak. Professioneel recht Vlaamse advocatuur (1987-2007)”, *TPR*, 2007/3, 1771, nr. 52.

⁵ Luik 26 juni 1997, *TBH* 1998, 112, noot, Kh. Brussel 22 oktober 2002, *TBH* 1998, 112, noot en Luik 28 mei 2009, *RPS* 2010, afl. 3, nr. 7040, 421, noot.

⁶ GwH 11 maart 2009, nr. 46/2009, *JT* 2009, afl. 6363, 551, noot F. LAUNE, *TBH* 2009 (weergave I. VAN DE MIEROP), 981.

⁷ A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 7-22. *Contra* W. DERIJCKE, “De rechtspersoonlijkheid van de failliete boedel. Een lans voor een pijp”, in *Liber spei et amicitiae. Liber Amicorum Ivan Vergougstraete*, Brussel, Larcier, 2011, 297-304.

omschrijving die ook in het geannoteerde arrest opdook, kan ook niet bijgetreden worden. Het concept van vertegenwoordiging (het “mandaat”) is immers inherent aan deze begrippen. De curator geniet een statuut “*sui generis*”, en maakt op grond van dit statuut geen aanspraak op een rechtsplegingsvergoeding.

5. De curatoren kunnen zich in hun opdracht echter zelf laten bijstaan door derden, met inbegrip van een advocaat. Opdat de erelonen en kosten van deze laatste ten laste worden genomen door de faillissementsboedel, moet de rechter-commissaris wel voorafgaand machtiging verlenen⁸.

Aangezien alle curatoren zelf advocaten zijn en in staat worden geacht de procesvoering van de gefailleerde op zich te nemen, moet de bijstand van een advocaat uitzonderlijk blijven. Bijzondere omstandigheden die de bijstand van een advocaat rechtvaardigen zijn meestal omstandigheden eigen aan het specifieke karakter van de materie, zoals een fiscaal geschil of een procedure voor het Hof van Cassatie⁹. Het spreekt voor zich dat de rechter-commissaris geen machtiging zal verlenen voor de bijstand van een advocaat louter omdat de werklast van de curator hem verhindert de procedure ter harte te nemen.

Aangezien de advocaat de curator zal vertegenwoordigen in de procedure en de faillissementsboedel de kosten van deze advocaat zal dragen, is het niet uitgesloten dat de curator hier wel aanspraak kan maken op een rechtsplegingsvergoeding.

6. Op 20 december 2005 werd dit door het hof van beroep te Luik bevestigd, stellende dat hoewel dit niet wettelijk voorzien is, deze interpretatie wel het meest in overeenstemming is met “*l’ensemble du système en vigueur*”¹⁰.

Dit arrest werd geveld in de nasleep van het bekende arrest van het Hof van Cassatie van 2 september 2004, en moet ook tegen deze achtergrond gelezen worden¹¹. In dit laatste arrest oordeelde het Hof dat het honorarium en de kosten van een advocaat die de benadeelde heeft betaald, een vergoedbaar element van zijn schade kunnen vormen in zoverre zij met toepassing van artikel 1151 BW een “noodzakelijk” gevolg zijn van de fout. In dit arrest werd de basis gelegd voor de vergoeding voor bijstand van een juridisch raadsman, maar op voorwaarde dat deze kosten en erelonen in een “*conditio sine qua non*”-verband staan met de fout van de tegenpartij.

Deze noodzakelijkheidsvereiste werd door het hof van beroep te Luik ook letterlijk overgenomen in het hoger vermelde arrest betreffende de verhaalbaarheid van erelonen van de advocaat van de curator. Het criterium van het “*recours indispensable à un avocat*” werd gehanteerd om te

oordelen of de curator al dan niet aanspraak maakt op een rechtsplegingsvergoeding. Hierbij ging het hof niet na of de complexiteit van het geschil de juridische onderlegdheid van de advocaat overtrof, maar maakte zij een kosten-batenanalyse van het beroep doen op een advocaat: in zoverre het beroep op een advocaat de lasten van de faillissementsboedel doet afnemen, is dit verantwoord.

Deze redenering is op zich niet onjuist, maar wel enigszins overbodig aangezien de rechter-commissaris zich reeds uitsprekt over de noodzakelijkheid wanneer hij oordeelt of het ereloon en de kosten van de advocaat ten laste van de boedel kunnen worden gelegd. Indien de rechter-commissaris geen dergelijke machtiging heeft verleend, kan er ook geen rechtsplegingsvergoeding worden toegekend. Zo zal bijvoorbeeld de curator die een vergoeding vordert voor de kosteloze tussenkomst van een advocaat, bot vangen¹².

7. De denkoefening gemaakt door het hof van beroep te Luik, waarbij het criterium van de “noodzakelijkheid” moest uitmaken of de curator die zich heeft laten bijstaan aanspraak maakt op een rechtsplegingsvergoeding, is alleszins overbodig geworden sinds de wet verhaalbaarheid erelonen van 21 april 2007.

Zoals hierboven reeds werd aangegeven, kaderde deze uitspraak in het onderzoek of de erelonen als een noodzakelijk onderdeel van de schadevergoeding voor de (materieelrechtelijke of procesrechtelijke) fout die de in het ongelijk gestelde partij heeft begaan, konden beschouwd worden.

De wetgever heeft in 2007 het foutcriterium echter verlaten als basis voor de verhaalbaarheid van erelonen, en bekijkt dit nu vanuit een perspectief van procesrisico en procesbeleid, nl. de overweging te procederen met het risico in het ongelijk gesteld te worden¹³. Dit verklaart waarom de verliezende partij de winnende partij niet volledig schadeloos moet stellen, maar de rechtsplegingsvergoeding beperkt is tot een forfaitaire tegemoetkoming in de kosten en erelonen van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij.

Deze evolutie geldt evenzeer voor de curator die zich laat vertegenwoordigen door een advocaat: de rechtsplegingsvergoeding wordt niet langer gevorderd als schadevergoeding voor de fout die de tegenpartij ten aanzien van de gefailleerde beging, maar als tegemoetkoming voor de inspanningen en voor het risico voor rekening van de faillissementsboedel.

8. Hoewel de grondslag wijzigde, bleef het principe onveranderd. Zo bevestigde de Ministerraad in 2009, naar aanleiding van bovenvermeld arrest van het Grondwettelijk

⁸. Art. 10 KB van 10 augustus 1998.

⁹. M.-C. ENROTTE, “Les frais et honoraires des curateurs”, *TBH* 2005, 227.

¹⁰. Luik 20 december 2005, *RRD* 2005, afl. 117, 366.

¹¹. Cass. 2 september 2004, AR C.01.0186.F, *Arr.Cass.* 2004, afl. 9, nr. 375, 1271, concl. Adv. Gen. A. HENKES.

¹². Kh. Luik 24 juni 2008, *JLMB* 2008, afl. 37, 1657.

¹³. I. SAMOY en V. SAGAERT, “De wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van kosten en erelonen van een advocaat”, *RW* 2007-08, nr. 17, 683.

Hof, nog uitdrukkelijk dat “*niets een curator belet zich in rechte door een advocaat te laten bijstaan, in welke geval de failliete boedel, bij proceswinst, recht heeft op een rechtsplegingsvergoeding*”.

Dit standpunt valt, uiteraard mits de curator machtiging van de rechter-commissaris heeft gekregen zich te laten bijstaan door een advocaat, enkel toe te juichen.

Vooreerst vormt de rechtsplegingsvergoeding een incentive voor de curator om ook de “meer gecompliceerde” procedures aan te gaan (zij het bijgestaan door een specialist ter zake), wat de toegankelijkheid tot de rechter in de zin van artikel 6 EVRM ten goede komt.

Bovendien komt deze vorm van *fee shifting* rechtseconomisch ook onvermijdelijk de kwaliteit van de procesvoering ten goede: uit empirische studies blijkt immers dat door het toekennen van een rechtsplegingsvergoeding de inzet van het proces stijgt, waardoor de betrokken partijen extra inspanningen zullen leveren. Dit laatste komt op haar beurt de accuraatheid van de rechterlijke uitspraak ten goede¹⁴.

9. Het principe zoals verantwoord door de Ministerraad kan echter niet op absolute wijze worden toegepast. Een curator die beroep doet op één van zijn medewerkers, laat zich ook bijstaan door een advocaat, maar zal geen aanspraak maken op een rechtsplegingsvergoeding. Dit was reeds het principe in de rechtspraak¹⁵, en wordt nogmaals bevestigd in het geannoteerde arrest.

Het gegeven dat de curator kosten maakt bij het inschakelen van zijn medewerkers, verandert hier niets aan. Zo moet er voor de vergoedbaarheid een onderscheid gemaakt worden tussen de kosten eigen aan de uitrusting van het kantoor, en de kosten die rechtstreeks verband houden met het beheer van het faillissement. Enkel deze laatste kosten komen voor vergoeding in aanmerking, terwijl bijvoorbeeld de tussenkomst van eigen medewerkers behoort tot de organisatie van het kantoor op grond waarvan de rechtbank hem als faillissementscurator heeft aangesteld¹⁶.

De curator laat zich strikt gezien ook niet vertegenwoordigen, maar vervangen door de medewerker die namens (“*loco*”) de curator *qualitate qua* optreedt. De curator zal voor de bijstand van of vertegenwoordiging door één van de eigen medewerkers ook geen toestemming moeten vragen aan de rechter-commissaris. Het hof van beroep te Luik weigerde op deze grond de curator een rechtsplegingsvergoeding toe te kennen, aangezien bij gebrek aan machtiging van de rechter-commissaris de medewerker niet als een “afzonderlijk” advocaat in de zin van artikel 10 van het KB van 10 augustus 1998 kan worden beschouwd¹⁷.

In zoverre het niet de faillissementsboedel is die de kosten van deze advocaat draagt, maar deze kosten tot de algemene kantoorkosten van de curator behoren, lijkt het logisch dat de boedel ook geen aanspraak maakt op een vergoeding voor deze tussenkomst.

Bovendien zou de toekenning van een rechtsplegingsvergoeding voor het optreden van eigen medewerkers van de curator de deur wijd open zetten voor misbruiken. De curator zal immers geneigd zijn de procedure niet in eigen naam te voeren maar in de mate van het mogelijke uit te besteden aan een medewerker, louter om (zijn proportionele vergoeding berekend op) de faillissementsboedel te zien aangroeien met (een deel van) de rechtsplegingsvergoeding. Dit procedé, waarbij de *dominus litis* niet de eigenlijke curator maar een (vaak minder ervaren) advocaat is, die hiertoe niet dezelfde bijzondere opleiding heeft genoten en al evenmin de waarborgen inzake bekwaamheid biedt (art. 27 Faill.W.), zal meestal ten koste gaan van de kwaliteit van de procesvoering.

10. We kunnen het hof dan ook enkel bijtreden in zijn beslissing geen vergoeding toe te kennen aan een advocaat die deel uitmaakt van dezelfde advocatenassociatie als de curator.

Helaas wordt in het geannoteerde arrest via een omweg tot deze oplossing besloten, nadat er werd vastgesteld dat het slechts een courante betwisting betrof die geen gespecialiseerde juridisch kennis vereiste. Het was geenszins nodig deze denkpiste te bewandelen, meer nog, met de wet verhaalbaarheid erelonen van 21 april 2007 wou de wetgever de rechtbanken juist objectieve maatstaven bieden om een dergelijk onderzoek te vermijden. De complexiteit van de zaak moet voortaan enkel worden nagegaan om, op verzoek van de partijen, af te wijken van het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding.

Het hof van beroep kon dus tot hetzelfde besluit komen louter op grond van de vaststelling dat de advocaat in kwestie behoort tot dezelfde advocatenassociatie als de curator. Zoals hierboven werd uiteengezet, is er, ongeacht de complexiteit van de zaak en/of de gespecialiseerde kennis van de medewerker, geen reden een rechtsplegingsvergoeding toe te kennen indien de rechter-commissaris geen machtiging heeft verleend om de kosten van de “bijstand” van de advocaat-medewerker ten laste van de faillissementsboedel te leggen.

De medewerker behoort tot de organisatie van het kantoor, en net die organisatie vormt één van de redenen om de faillissementscurator aan te stellen.

¹⁴ B. BOUCKAERT en J. DE MOT, “De verhaalbaarheid van verdedigingskosten op de verliezer van het proces: een rechtseconomische analyse”, in F. EVERS en P. LEFRANC (eds.), *De verhaalbaarheid van de kosten van verdediging: en wat met de toegang tot de rechter?*, Brugge, die Keure, 2005, p. 293-306.

¹⁵ Gent 8 december 2010, *TBH* 2011 (samenvatting I. VAN DE MIEROP), 265. *Contra*: Brussel 25 januari 1990, *TBH* 1990, 888.

¹⁶ E. VAN CAMP en I. MERTENS, *Faillissementswet anno 2008*, Mechelen, Kluwer, 2008, 146-147.

¹⁷ Luik 29 oktober 2009, *JLMB* 2010, afl. 29, 1369, *RPS* 2010, afl. 3, nr. 7041, 431, noot.