

48

**Opdrachtgever bankgarantie heeft een boedelvordering uit ongerechtvaardigde verrijking van gefailleerde**

Rechtbank Midden-Nederland  
4 oktober 2019, zaaknr. 15/94 F,  
ECLI:NL:RBMNE:2019:4908  
(mr. Schormans)  
Noot mr. G.A.J. Boekraad

**Afwikkeling bankgarantie. Boedel ontvangt betaling van begunstigde in verband met ten onrechte getrokken bankgarantie. Verzet opdrachtgever tegen uitdelingslijst. Ontvankelijkheid. Vordering opdrachtgever jegens boedel uit ongerechtvaardigde verrijking is boedelschuld. Verwijzing naar HR 19 april 2013, «JOR» 2013/224, m.nt. Boekraad (Koot Beheer/Tideman q.q.).**

[Fw art. 184; BW art. 6:212]

*Volgens vaste jurisprudentie kunnen boedel-schuldeisers geen verzet tegen de uitdelingslijst instellen. Verzoekster stelt een boedelschuld te hebben. Nu tijdens de verificatievergadering is bepaald dat de vordering van verzoekster als voorlopig concurrente vordering dient te worden aangemerkt, kan verzoekster in die hoedanigheid een beroep doen op art. 184 Fw. Zij is derhalve ontvankelijk in haar verzoek.*

*De vraag is of de vordering van verzoekster terecht als concurrente vordering is aangemerkt op de schuldenlijst. Verzoekster stelt dat zij een boedelschuld heeft. Een boedelvordering geeft aanspraak jegens de boedel op grond van de wet, omdat de vordering door de curator is aangegaan, of doordat de vordering is ontstaan als gevolg van een handelen van de curator in strijd met een door hem na te leven verbintenis of verplichting (HR 19 april 2013, «JOR» 2013/224, m.nt. Boekraad (Koot Beheer/Tideman q.q.)). De vordering van verzoekster is geen boedelvordering op grond van de wet. Hoewel de boedel is gebaat door de betaling van Z, vindt art. 24 Fw geen toepassing, nu dit artikel betrekking heeft op verbintenissen van een schuldenaar die na faillietverkla-*

*ring zijn ontstaan. De boedel is geen verbintenis aangegaan met Z, zij heeft alleen een betaling ontvangen op grond van het vonnis van de Raad van Arbitrage.*

*Ter onderbouwing van haar standpunt dat de vordering aangemerkt dient te worden als een boedelschuld, stelt verzoekster voorts dat deze is ontstaan door handelen dan wel nalaten van de curator in strijd met door hem na te leven verplichtingen jegens verzoekster, gelet op de omstandigheden van het geval. Verzoekster voert daartoe aan dat de boedel ongerechtvaardigd is verrijkt, nu Z de bankgarantie onrecht getrokken heeft en deze heeft terugbetaald aan de boedel in plaats van aan verzoekster. De bankgarantie was bedoeld om een extra zekerheid te geven aan Z voor het geval dat failliet zou failleren en Z hierdoor schade zou lijden, en deze niet geheel verrekenend zou kunnen worden met de openstaande vorderingen van failliet. Gelet op de tekst van de bankgarantie en op de overeenkomst tussen Z en verzoekster mocht de bankgarantie geïnd worden na het uitspreken van het faillissement van failliet. Immers, op dat moment was nog niet vastgesteld dat de schade van Z lager zou zijn dan de nog openstaande vordering van failliet, waardoor Z ervan uitging dat zij wel degelijk een schadevordering op failliet had, waarvoor deze bankgarantie was gesteld. Gelet op het vorenstaande is de bankgarantie aanvankelijk niet ten onrechte getrokken door Z. Eerst bij vonnis van 8 januari 2019 is door de Raad van Arbitrage vastgesteld dat de openstaande vordering van failliet op Z € 667.294,69 bedraagt en dat de schade van Z (geleden door het faillissement van failliet) € 549.019,22 bedraagt. In dat vonnis is bepaald dat Z het saldo van € 118.275,47 plus het bedrag van de getrokken bankgarantie (€ 250.000) aan de boedel dient over te maken. Z heeft vervolgens een bedrag van € 368.275,47 aan de boedel betaald. Verzoekster stelt dat de boedel ongerechtvaardigd is verrijkt, nu Z de onrecht getrokken bankgarantie heeft terugbetaald aan de boedel in plaats van aan verzoekster. Volgens verzoekster is het vonnis van de Raad van Arbitrage gebaseerd op een verkeerd uitgangspunt, nu de Raad niet op de hoogte was van het feit dat de bankgarantie niet was gesteld door failliet zelf, maar door verzoekster. Omdat de Raad hiervan niet op de hoogte was, is in het vonnis onterecht bepaald dat het bedrag van de bankgarantie aan de boedel moest worden overgemaakt in plaats van aan verzoek-*

*ster. Gelet op het vorenstaande kan het vonnis van de Raad van Arbitrage niet als grondslag dienen voor de betaling aan de boedel. Aangezien Z het bedrag van de bankgarantie had dienen terug te betalen aan verzoekster en niet aan de boedel, is er sprake van ongerechtvaardigde verrijking van de boedel. Nu de curator het bedrag van de bankgarantie vervolgens niet heeft voldaan aan verzoekster, is er een vordering ontstaan als gevolg van een nalaten van de curator in strijd met een door hem na te leven verbintenis of verplichting.*

*Op grond van al het bovenstaande dient de vordering van verzoekster te worden aangemerkt als een boedelschuld en dient de tussentijdse uitdelingslijst hiertoe te worden aangepast.*

X BV,  
verzoekster,  
advocaat: mr. L.A.M. van Kippersluis,  
in het faillissement van Y BV.

(...; red.)

## 2. De feiten

2.1. Het faillissement van [bedrijfsnaam 1] is uitgesproken op 4 februari 2015 met benoeming van mr. P.J. Neijt tot rechter-commissaris en van mr. R.W. Karskens als curator.

2.2. Op 15 december 2017 heeft een pro forma verificatievergadering plaatsgevonden in het faillissement, waarbij de vordering van [verzoekster] voor een bedrag van € 250.000,00 als voorlopig concurrente vordering op de lijst van erkende schuldeisers is geplaatst. Hierbij is als voorwaarde opgenomen dat deze is ingediend “onder de voorwaarde dat er niet wordt uitgekeerd op een door [verzoekster] B.V. gepretendeerde boedelvordering”.

2.3. De vordering van [verzoekster] is als volgt ontstaan. In 2014 heeft [verzoekster] een bankgarantie gesteld voor [bedrijfsnaam 1] van € 250.000,00 ten gunste van [bedrijfsnaam 2] B.V. (hierna: [bedrijfsnaam 2]), die stelde een vordering te hebben op [bedrijfsnaam 1]. In de tekst van de overeenkomst tussen [bedrijfsnaam 2] en [verzoekster] was opgenomen dat de bankgarantie getrokken zou mogen worden wanneer [bedrijfsnaam 1] zou failleren. Een dag na het faillissement van [bedrijfsnaam 1] (dat is uitgesproken op 4 februari 2015) is de bankgarantie getrokken door [bedrijfsnaam 2]. Tijdens het faillissement is

de curator namens de boedel een procedure gestart tegen [bedrijfsnaam 2] omdat [bedrijfsnaam 1] ook een vordering op [bedrijfsnaam 2] had. Bij vonnis van 8 januari 2019 heeft de Raad van Arbitrage vastgesteld dat de openstaande vordering van [bedrijfsnaam 1] op [bedrijfsnaam 2] € 667.294,69 bedraagt, en dat de schade van [bedrijfsnaam 2] (geleden door het faillissement van [bedrijfsnaam 1]) € 549.019,22 bedraagt. In het vonnis is bepaald dat [bedrijfsnaam 2] het saldo van € 118.275,47 plus het bedrag van de getrokken bankgarantie (€ 250.000,-) aan de boedel dient over te maken. [bedrijfsnaam 2] heeft vervolgens een bedrag van € 368.275,47 aan de boedel betaald. Sinds april 2019 heeft het arbitrale vonnis kracht van gewijsde en sindsdien bestaat er discussie tussen de curator en [verzoekster] over de status van haar vordering. [verzoekster] stelt dat zij een boedelvordering heeft, de curator is echter van mening dat de vordering van [verzoekster] een concurrente vordering betreft.

2.4. De curator heeft een verzoek gedaan om een tussentijdse uitdeling in het faillissement te doen, met als doel om tijdens het faillissement al duidelijkheid te verkrijgen over de status van de vordering van [verzoekster].

2.5. De door de rechter-commissaris goedgekeurde tussentijdse uitdelingslijst is ter griffie neergelegd op 22 juli 2019. Binnen die termijn is [verzoekster] in verzet gekomen tegen de uitdelingslijst ex artikel 184 Fw.

## 3. De standpunten van partijen

3.1. [verzoekster] verzoekt de rechtbank primair te bepalen dat haar vordering een boedelschuld is en dat de tussentijdse uitdelingslijst hiertoe wordt aangepast. Zij voert aan dat de bankgarantie onterecht is getrokken door [bedrijfsnaam 2] en dat de boedel hierdoor ongerechtvaardigd is verrijkt. Gelet op de redelijkheid en billijkheid is de curator gehouden om het ontvangen bedrag van de bankgarantie aan [verzoekster] te doen toekomen.

3.2. [verzoekster] verzoekt de rechtbank subsidiair te bepalen dat de curator alvast tot uitkering dient over te gaan van het voor de uitkering aan de concurrente schuldeisers uitgetrokken bedrag aan [verzoekster] (als ware zij een concurrente schuldeiser).

3.3. De curator heeft hiertegen verweer gevoerd, en voert – in het kort gezegd – het volgende aan. [verzoekster] is niet-ontvankelijk in haar verzoek,

nu artikel 184 Fw niet open staat voor boedel-schuldeisers en niet door een schuldeiser kan worden gebruikt om te bewerkstelligen dat een aan haar toekomende vordering wordt aangemerkt als boedelschuld. Wanneer de rechtbank het verzoek van [verzoekster] ontvankelijk zal verklaren, verzoekt de curator de rechtbank de verzoeken van [verzoekster] af te wijzen. [verzoekster] is geen boedelschuldeiser op grond van de criteria die de jurisprudentie stelt aan een boedelschuld. De boedel is niet ongerechtvaardigd verrijkt nu het arbitrale vonnis de grondslag vormt voor de betaling van [bedrijfsnaam 2] aan de boedel. Het subsidiaire verzoek van [verzoekster] dient te worden afgewezen omdat artikel 189 Fw hieraan in de weg staat. Aldus de curator.

#### 4. De beoordeling

4.1. Allereerst dient beslist te worden of [verzoekster] ontvankelijk is in haar verzet. Volgens vaste jurisprudentie kunnen boedelschuldeisers geen verzet tegen de uitdelingslijst instellen. [verzoekster] stelt een boedelschuld te hebben. Nu tijdens de verificatievergadering is bepaald dat de vordering van [verzoekster] als voorlopig concurrente vordering dient te worden aangemerkt, is de rechtbank van oordeel dat [verzoekster] in die hoedanigheid een beroep kan doen op artikel 184 Fw. Zij is derhalve ontvankelijk in haar verzoek.

4.2. De volgende vraag die beantwoord dient te worden is of de vordering van [verzoekster] terecht als concurrente vordering is aangemerkt op de schuldenlijst. [verzoekster] stelt dat zij een boedelschuld heeft. Een boedelvordering geeft aanspraak jegens de boedel op grond van de wet, omdat de vordering door de curator is aangegaan, of doordat de vordering is ontstaan als gevolg van een handelen van de curator in strijd met een door hem na te leven verbintenis of verplichting (HR 19 april 2013, NJ 2013/291 («JOR» 2013/224, m.nt. Boekraad (*Koot Beheer/Tideman q.q.*); *red.*)).

4.3. Naar het oordeel van de rechtbank is de vordering van [verzoekster] geen boedelvordering op grond van de wet. Door [verzoekster] is in dit verband aangevoerd dat de boedel is gebaat ex artikel 24 Fw. Hoewel de boedel is gebaat door de betaling van [bedrijfsnaam 2] vindt artikel 24 Fw geen toepassing, nu dit artikel betrekking heeft op verbintenissen van een schuldenaar die na faillietverklaring zijn ontstaan. De boedel is geen verbintenis aangegaan met [bedrijfsnaam 2], zij heeft

alleen een betaling ontvangen op grond van het eerdergenoemde vonnis van de Raad van Arbitrage.

4.4. Ter onderbouwing van haar standpunt dat de vordering aangemerkt dient te worden als een boedelschuld stelt [verzoekster] voorts dat deze is ontstaan door handelen dan wel nalaten van de curator in strijd met door hem na te leven verplichtingen jegens [verzoekster], gelet op de omstandigheden van het geval. [verzoekster] voert daartoe allereerst aan dat de boedel ongerechtvaardigd is verrijkt, nu [bedrijfsnaam 2] de bankgarantie onterecht getrokken heeft en deze heeft terugbetaald aan de boedel in plaats van aan [verzoekster]. Daarnaast stelt [verzoekster] dat de curator gelet op de redelijkheid en billijkheid gehouden is om het door de boedel van [bedrijfsnaam 2] ontvangen bedrag van de bankgarantie aan [verzoekster] te doen toekomen.

4.5. [verzoekster] stelt dat de bankgarantie onterecht is getrokken door [bedrijfsnaam 2], nu achteraf gebleken is dat [bedrijfsnaam 2] per saldo geen vordering had op [bedrijfsnaam 1]. Integendeel, [bedrijfsnaam 1] bleek een vordering op [bedrijfsnaam 2] te hebben. De bankgarantie was alleen bedoeld om een extra zekerheid te geven aan [bedrijfsnaam 2] voor het geval dat [bedrijfsnaam 1] zou failleren en [bedrijfsnaam 2] hierdoor schade zou lijden, en deze niet geheel verrekenend zou kunnen worden met de openstaande vorderingen van [bedrijfsnaam 1]. De bedoeling van partijen is duidelijk vastgelegd in een schriftelijke verklaring van de heer [B] (bestuurder [bedrijfsnaam 1]), onder ede bij een notaris, en in een schriftelijke verklaring van de heer [C], voormalig accountant van [bedrijfsnaam 1] en [verzoekster]. Aldus [verzoekster].

4.6. Gelet op de tekst van de bankgarantie en op de overeenkomst tussen [bedrijfsnaam 2] en [verzoekster] mocht de bankgarantie naar het oordeel van de rechtbank geïnd worden na het uitspreken van het faillissement van [bedrijfsnaam 1]. Immers, op dat moment was nog niet vastgesteld dat de schade van [bedrijfsnaam 2] lager zou zijn dan de nog openstaande vordering van [bedrijfsnaam 1], waardoor [bedrijfsnaam 2] ervan uitging dat zij wel degelijk een schadevordering op [bedrijfsnaam 1] had, waarvoor deze bankgarantie was gesteld. Dat de bedoeling van de bankgarantie anders was blijkt niet afdoende uit de door [verzoekster] overgelegde verklaringen. Van belang hierbij is wat er tussen [bedrijfsnaam 2] en [ver-

zoekster] is overeengekomen, en niet tussen [bedrijfsnaam 1] en [verzoekster]. Nadere bewijslevering is niet aan de orde in een procedure als de onderhavige. Immers, wanneer er in verzet tegen de uitdelingslijst is gekomen dient er op korte termijn, het liefst op de dag van de behandeling, een beslissing te worden genomen over de vorderingen op de uitdelingslijst (artikel 185 lid 3 Fw). Gelet op het vorenstaande is de bankgarantie naar het oordeel van de rechtbank aanvankelijk niet ten onrechte getrokken door [bedrijfsnaam 2]. Bovendien staat de in 4.5. genoemde redenering van [bedrijfsnaam 1] haaks op het idee van het verstrekken van een bankgarantie, nu deze juist dient als zekerheid voor een (al dan niet vermeende) vordering. Bij het verstrekken van een bankgarantie draagt de verstrekker de risico's van de terugbetaling.

4.7. Eerst bij vonnis van 8 januari 2019 is door de Raad van Arbitrage vastgesteld dat de openstaande vordering van [bedrijfsnaam 1] op [bedrijfsnaam 2] € 667.294,69 bedraagt en dat de schade van [bedrijfsnaam 2] (geleden door het faillissement van [bedrijfsnaam 1]) € 549.019,22 bedraagt. In dat vonnis is bepaald dat [bedrijfsnaam 2] het saldo van € 118.275,47 plus het bedrag van de getrokken bankgarantie (€ 250.000,-) aan de boedel dient over te maken. [bedrijfsnaam 2] heeft vervolgens een bedrag van € 368.275,47 aan de boedel betaald. Sinds april 2019 heeft voornoemd vonnis kracht van gewijsde.

4.8. De rechtbank stelt vast dat in het vonnis van de Raad van Arbitrage niets vermeld staat met betrekking tot de bankgarantie anders dan dat [bedrijfsnaam 2] deze in het geheel diende over te maken aan de boedel nadat gebleken was dat de vordering van [bedrijfsnaam 1] op [bedrijfsnaam 2] hoger is dan de door [bedrijfsnaam 2] geleden schade. Desgevraagd heeft de curator ter zitting verklaard niet te weten of er tijdens de arbitrageprocedure is gesproken over het al dan niet terecht trekken van de bankgarantie. Naar de rechtbank begrijpt is de Raad van Arbitrage achteraf bezien van oordeel dat de bankgarantie ten onrechte getrokken is door [bedrijfsnaam 2], nu [bedrijfsnaam 2] (ook) het gehele bedrag van de bankgarantie diende over te maken aan de boedel.

4.9. [verzoekster] stelt dat de boedel ongerechtvaardigd is verrijkt, nu [bedrijfsnaam 2] de onterecht getrokken bankgarantie heeft terugbetaald aan de boedel in plaats van aan [verzoekster]. Volgens de curator kan van een ongerechtvaardig-

de verrijking geen sprake zijn nu het arbitrale vonnis de grondslag vormt voor de betaling van [bedrijfsnaam 2] aan de boedel en dit vonnis onherroepelijk is geworden. [verzoekster] daarentegen stelt zich op het standpunt dat de curator zich niet kan beroepen op het vonnis van de Raad van Arbitrage. Volgens [verzoekster] is het vonnis van de Raad van Arbitrage gebaseerd op een verkeerd uitgangspunt, nu de Raad niet op de hoogte was van het feit dat de bankgarantie niet was gesteld door [bedrijfsnaam 1] zelf, maar door [verzoekster]. Omdat de Raad hiervan niet op de hoogte was, is in het vonnis onterecht bepaald dat het bedrag van de bankgarantie aan de boedel moest worden overgemaakt in plaats van aan [verzoekster]. [verzoekster] was geen partij in het arbitrageproces. Zij heeft getracht zich te voegen, maar dit is niet gelukt omdat de curator en [bedrijfsnaam 2] hiervoor geen toestemming gaven.

4.10. Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat in het vonnis van de Raad van Arbitrage niets vermeld staat over wie de bankgarantie heeft gesteld. Desgevraagd heeft de curator ter zitting verklaard niet te weten of de Raad van Arbitrage ermee bekend was wie de bankgarantie had gesteld en of dit punt aan de orde is gekomen tijdens de arbitrageprocedure. Nu de Raad heeft bepaald dat het gehele bedrag van de bankgarantie (€ 250.000,-) moest worden voldaan aan de boedel lijkt het erop dat in de arbitrageprocedure niet aan de orde is geweest dat de bankgarantie niet was gesteld door [bedrijfsnaam 1] maar door [verzoekster] voor [bedrijfsnaam 1] ten gunste van [bedrijfsnaam 2]. De rechtbank volgt daarom [verzoekster] in haar standpunt dat het arbitrale vonnis gebaseerd is op een verkeerd uitgangspunt. De Raad ging er blijkbaar vanuit dat de bankgarantie was gesteld door [bedrijfsnaam 1] zelf en niet door [verzoekster]. Omdat de Raad hiervan niet op de hoogte was, althans leek te zijn, is naar het oordeel van de rechtbank onterecht bepaald dat het bedrag van de bankgarantie aan de boedel moest worden overgemaakt in plaats van aan [verzoekster]. Feiten of omstandigheden die dat anders doen zijn zijn door de (advocaat van de) curator (voldoende) gesteld noch gebleken. Gelet op de onderbouwde stelling van [verzoekster] had het op de weg van de curator gelegen te stellen en zo nodig te onderbouwen dat de Raad wist dat de bankgarantie niet was gesteld door [bedrijfsnaam 1] maar door [verzoekster]. Immers, anders dan [verzoekster] was de curator

partij in het arbitrageproces. De rechtbank heeft geen kennis kunnen nemen van de processtukken van het arbitrageproces nu deze niet in het geding zijn gebracht door (de advocaat van) de curator. Zoals hiervoor reeds is overwogen heeft de curator enkel desgevraagd aangegeven niet te weten of de Raad van Arbitrage ermee bekend was wie de bankgarantie had gesteld en of dit punt aan de orde is gekomen tijdens de arbitrageprocedure.

4.11. Gelet op het vorenstaande is de rechtbank van oordeel dat het vonnis van de Raad van Arbitrage niet als grondslag kan dienen voor de betaling aan de boedel. Aangezien [bedrijfsnaam 2] het bedrag van de bankgarantie had dienen terug te betalen aan [verzoekster] en niet aan de boedel is er sprake van ongerechtvaardigde verrijking van de boedel. Nu de curator het bedrag van de bankgarantie vervolgens niet heeft voldaan aan [verzoekster] is er een vordering ontstaan als gevolg van een nalaten van de curator in strijd met een door hem na te leven verbintenis of verplichting.

4.12. Op grond van al het bovenstaande dient de vordering van [verzoekster] te worden aangemerkt als een boedelschuld en dient de tussentijdse uitdelingslijst hiertoe te worden aangepast. Het verzet wordt ten aanzien van het primaire verzoek dan ook gegrond verklaard. Gelet hierop behoeven de overige stellingen en wren ten aanzien van het primaire en subsidiaire verzoek geen bespreking meer.

4.13. Beide partijen hebben verzocht om een kostenveroordeling. De rechtbank zal deze verzoeken afwijzen omdat in deze procedure geen plaats is voor een kostenveroordeling.

### 5. Beslissing

De rechtbank:

- verklaart het verzet gegrond ten aanzien van het primaire verzoek;
- bepaalt dat de vordering van [verzoekster] is aan te merken als een boedelschuld en beveelt de curator de tussentijdse uitdelingslijst hiertoe te wijzigen;
- wijst de verzoeken tot kostenveroordeling van beide partijen af.

### NOOT

1. De feiten van deze zaak worden uit de beschikking niet kraakhelder, maar als ik het goed be-

grijp heeft verzoekster in deze procedure aan een bank opdracht gegeven een bankgarantie te stellen tot zekerheid van een vordering tot schadevergoeding die de begunstigde van de bankgarantie zou kunnen verkrijgen in geval van faillissement van een andere (wellicht aan verzoekster gelieerde) vennootschap. Wanneer deze vennootschap daadwerkelijk failliet gaat, trekt de begunstigde onder de bankgarantie. Vervolgens wordt in een arbitrale procedure tussen de boedel en de begunstigde vastgesteld dat de failliet per saldo juist meer van de begunstigde te vorderen heeft dan de begunstigde door het faillissement aan schade heeft geleden. Achteraf gezien heeft de begunstigde de zekerheid van de bankgarantie dus niet nodig gehad. De Raad van Arbitrage veroordeelt de begunstigde tot betaling aan de boedel van het saldo van de wederzijdse vorderingen van ruim € 118.000 plus het bedrag van de "nodeloos" getrokken bankgarantie van € 250.000.

2. Nadat de begunstigde aan die veroordeling heeft voldaan, stelt verzoekster zich op het standpunt dat de boedel ten koste van haar ongerechtvaardigd is verrijkt. De gedachte zal zijn dat de begunstigde het onder de bankgarantie getrokken bedrag van € 250.000 heeft "terugbetaald" aan de boedel en niet aan verzoekster, terwijl – zo neem ik aan – de bank zich indertijd bij het uitbetalen onder de bankgarantie aan de begunstigde had verhaald op verzoekster als haar opdrachtgeefster. Volgens verzoekster is daarmee sprake van een verrijking van de boedel en een daar tegenover staande verarming van verzoekster waarvoor geen rechtvaardiging bestaat, wat ingevolge art. 6:212 BW zou resulteren in een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking op de boedel. Verzoekster beroept zich daarmee op een op de curator in zijn hoedanigheid na te leven verplichting. Het niet naleven van een dergelijke verplichting levert op grond van het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. (HR 7 december 2012, «JOR» 2013/224, m.nt. Boekraad) een boedelvordering op.

3. Volgens de curator is van ongerechtvaardigde verrijking van de boedel echter geen sprake. Hij weigert de door verzoekster gepretendeerde boedelvordering te erkennen en meent dat verzoekster ter zake van de getrokken bankgarantie slechts een concurrente faillissementsvordering van € 250.000 heeft. Op die basis stelt de curator een tussentijdse uitdelingslijst op. Verzoekster

komt daartegen in verzet op de voet van art. 184 Fw. Zij verzoekt de rechtbank te bepalen dat haar vordering een boedelschuld is en dat de tussentijdse uitdelingslijst hiertoe wordt aangepast.

4. De eerste rechtsvraag is of verzoekster in dit verzoek ontvankelijk is. De mogelijkheid om op grond van art. 184 Fw in verzet te komen tegen een uitdelingslijst is voorbehouden aan de faillissementsschuldeisers. Zoals de rechtbank terecht vooropstelt, is het vaste rechtspraak dat boedelschuldeisers die bevoegdheid niet hebben (zo al: HR 17 maart 1930, NJ 1930/468, m.nt. Meijers. Zie ook Wessels, *Insolventierecht VII* 2013/7193 met verdere verwijzingen). Boedelschuldeisers spelen immers geen rol in het proces van verificatie van vorderingen en uitkeringen op basis van een uitdelingslijst. Zij hebben in beginsel een onmiddellijke aanspraak op de boedel en kunnen zich voor het realiseren van hun aanspraken zo nodig tot de gewone rechter wenden. De rechtbank vindt in deze faillissementsrechtelijke verzetsprocedure echter van belang dat de vordering van verzoekster van € 250.000 tijdens de verificatievergadering voorwaardelijk is geverifieerd als concurrente faillissementsvordering, namelijk onder de voorwaarde dat er niet wordt uitgekeerd op een door verzoekster gepretendeerde boedelvordering. De rechtbank overweegt dat zij in die hoedanigheid een beroep kan doen op art. 184 Fw en op die grond oordeelt de rechtbank dat zij ontvankelijk is in haar verzoek. Dat oordeel lijkt mij onjuist. De rechtbank gaat er mijns inziens aan voorbij dat verzoekster het verzet nu juist niet doet in haar hoedanigheid van faillissementsschuldeiser. Het verzet richt zich immers niet op de behandeling van haar voorwaardelijk toegelaten faillissementsvordering in de tussentijdse uitdelingslijst of een daaruit afgeleide belang. Verzoekster wil voorkomen dat de curator, door conform de uitdelingslijst tussentijdse uitkeringen te doen aan de faillissementsschuldeisers, de door haar gepretendeerde rechten *als boedelschuldeiser* frustreert. Daarvoor is de mogelijkheid om verzet tegen de uitdelingslijst in te stellen niet bedoeld.

5. Doordat de rechtbank de hobbels van ontvankelijkheid wel neemt, komt zij toe aan een inhoudelijke beoordeling van het verzoek. De rechtbank verwerpt het standpunt van verzoekster dat haar een boedelvordering toekomt op grond van art. 24 Fw. Daaruit volgt dat een verbintenis van de schuldenaar die na de faillietverklaring ont-

staat, een boedelvordering oplevert voor zover de boedel ten gevolge daarvan is gebaat. Deze bepaling ziet op contractuele verplichtingen die de schuldenaar na de faillietverklaring is aangegaan of verplichtingen die uit de wet ontstaan uit rechtsfeiten die zich na de faillietverklaring hebben voorgedaan. De rechtbank stelt in de onderhavige beschikking vast dat van het *aangaan* van een verplichting door de boedel (bedoeld zal zijn: de failliet) na de faillietverklaring geen sprake is.

6. De rechtbank volgt verzoekster wel in het betoog dat sprake is van ongerechtvaardigde verrijking van de boedel en dat de curator een uit dien hoofde op hem rustende verbintenis tot betaling van het bedrag van de bankgarantie aan verzoekster, niet heeft nageleefd. Om die reden heeft verzoekster volgens de rechtbank een boedelvordering. De motivering van dit oordeel is mager. Het arbitrale vonnis kan volgens de rechtbank niet als grondslag dienen voor de betaling aan de boedel, omdat dit vonnis volgens haar lijkt te zijn gebaseerd op het verkeerde uitgangspunt dat de bankgarantie was gesteld door (lees: in opdracht van) de failliet. De rechtbank lijkt er zonder meer van uit te gaan dat de begunstigde het bedrag van de bankgarantie had dienen terug te betalen aan verzoekster. Uit de beschikking van de rechtbank wordt niet duidelijk waarop dit oordeel is gebaseerd. Het volgt mijns inziens niet vanzelfsprekend uit het enkele feit dat de bankgarantie door de bank was afgegeven in opdracht van verzoekster. Bepalend lijkt mij de onderlinge verhoudingen tussen verzoekster, de failliet en de begunstigde, zoals die voortvloeit uit de door hen gemaakte afspraken in het kader van de bankgarantie. De beschikking vermeldt daar niet veel over. Meer inzicht in die verhouding lijkt mij sowieso nodig om te kunnen beoordelen of hier sprake is van ongerechtvaardigde verrijking. Ten eerste om te kunnen vaststellen of er wel sprake is van een verrijking en een daartegenover staande verarming. Ook dat lijkt niet vanzelfsprekend, nu partijen ervan uitgaan dat verzoekster in ieder geval een vordering op de failliet heeft verkregen toen onder de bankgarantie werd getrokken. Indien desalniettemin sprake zou zijn van een verrijking en een verarming, speelt vervolgens de vraag of die *ongerechtvaardigd* is. Is de rechtvaardiging niet te vinden in hetgeen partijen hebben afgesproken, of juist hebben nagelaten te regelen? Zo lijkt verzoekster indertijd te hebben aanvaard dat zij geen zeker-

heid verkreeg voor de vordering die zij op de failliet zou verkrijgen als onder de bankgarantie zou worden getrokken. Heeft zij daarmee het risico van de niet (volledige) incasseerbaarheid van haar vordering op de failliet niet aanvaard en is de oorzaak van haar verarming niet veeleer daarin gelegen? Het zijn allemaal vragen die moeilijk te beantwoorden zijn zonder inzicht in de achterliggende rechtsverhoudingen. Dat inzicht biedt de beschikking in ieder geval niet.

7. Van de griffie van de Hoge Raad heb ik begrepen dat de curator tegen de beschikking van de rechtbank cassatieberoep ex art. 187 Fw heeft ingesteld en dat de zaak staat geagendeerd voor de conclusie van het OM in de loop van maart 2020. Wordt dus vervolgd.

mr. G.A.J. Boekraad  
advocaat bij Stibbe

## 49

### Toewijzing verzoek tot zekerheidstelling in art. 69 Fw-procedure

Hoge Raad  
11 oktober 2019, nr. 18/05373,  
ECLI:NL:HR:2019:1580  
(mr. Numann, mr. Tanja-van den Broek,  
mr. Du Perron, mr. Sieburgh, mr. Lock)  
(Concl. A-G De Bock)  
Noot mr. A. van Hees

**Procedure ex art. 69 Fw. Toewijzing incidenteel verzoek tot zekerheidstelling. Art. 224 Rv van toepassing op procedure die volgt op een verzoek ex art. 69 Fw. Verwijzing naar HR 15 december 2017, «JOR» 2018/104, m.nt. Kraaijpoel (Brammer/Aarnink q.q.) en HR 11 januari 2019, «JOR» 2019/70, m.nt. Van Genugten (X/Dekker q.q.). Cassatie van Rb. Oost-Brabant 12 december 2018, «JOR» 2019/111, m.nt. Van Galen.**

[Rv art. 224, 289, 353 lid 2, 362, 414; Fw art. 69]

*Art. 224 lid 1 Rv bepaalt dat allen zonder woonplaats of gewone verblijfplaats in Nederland die bij een Nederlandse rechter een vordering instel-*

*len of zich voegen of tussenkomen in een geding alhier, verplicht zijn op vordering van de wederpartij zekerheid te stellen voor de proceskosten tot betaling waarvan zij veroordeeld zouden kunnen worden. De strekking van deze bepaling is te voorkomen dat een in het gelijk gestelde gedaagde wordt geconfronteerd met oninbaarheid van een proceskostenveroordeling als gevolg van het ontbreken van de mogelijkheid tot tenuitvoerlegging daarvan in het land waar de eiser zijn woonplaats heeft (HR 11 januari 2019, «JOR» 2019/70, m.nt. Van Genugten (X/Dekker q.q.)). Mede gelet op deze strekking kan degene die het geding aangaat, ook in andere op geschilbeslechting gerichte procedures gehouden zijn zekerheid te stellen. Op grond van art. 353 lid 2 Rv en art. 414 lid 2 en 3 Rv kan in hoger beroep, respectievelijk cassatie alleen zekerheid worden verlangd van de partij die (i) in eerste aanleg eiser of verzoeker (of daarmee gelijk te stellen partij) was, en (ii) principaal hoger beroep, respectievelijk principaal cassatieberoep heeft ingesteld. Indien de rechter niet verplicht is een proceskostenveroordeling uit te spreken, zoals het geval is in de verzoekschriftprocedure op grond van art. 289 Rv, en hij, mede gelet op de aard van het geschil, aannemelijk acht dat geen proceskostenveroordeling zal worden uitgesproken, kan hij afzien van het gelasten van zekerheidstelling. In de procedure die volgt op een verzoek als bedoeld in art. 69 Fw, kan, overeenkomstig het bepaalde in art. 362 Rv jo art. 289 Rv, een veroordeling in de proceskosten worden uitgesproken, ook ambtshalve, zij het dat de rechter terughoudendheid dient te betrachten met een proceskostenveroordeling ten laste van de failliet of de boedel (HR 15 december 2017, «JOR» 2018/104, m.nt. Kraaijpoel (Brammer/Aarnink q.q.)). Gezien hetgeen hiervoor is overwogen, is art. 224 Rv ook van overeenkomstige toepassing in een procedure die volgt op een verzoek als bedoeld in art. 69 Fw. Overeenkomstig het bepaalde in art. 224 lid 2, aanhef en onder d, Rv mag de rechter echter geen zekerheidstelling ten laste van de failliet gelasten indien daardoor voor de failliet de effectieve toegang tot de rechter zou worden belemmerd.*

*Vast staat dat verzoeker woont in de Verenigde Arabische Emiraten en dat hij geen woonplaats of gewone verblijfplaats heeft in Nederland. Verzoeker is in deze procedure de oorspronkelijke verzoeker, aangezien hij zich op de voet van art. 69 Fw tot de rechter-commissaris heeft gewend. Ver-*