

De Curator en het Faillissementsproces(recht)

Insolad Jaarboek 2020

Onder redactie van:

Mr. Ph.W. Schreurs

Mr. L.J.J. Kerstens

Mr. B. Rikkert

 Wolters Kluwer

Deventer – 2020

Verkorte citeerwijze: Schreurs, Kerstens & Rikkert (red.), De Curator en het Faillissements(proces)recht (Insolad Jaarboek 2020) 2020/[paragraafnummer]

Volledige citeerwijze: Ph.W. Schreurs, L.J.J. Kerstens & B. Rikkert (red.), De Curator en het Faillissements(proces)recht (Insolad Jaarboek 2020), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

ISBN 978 90 13 15688 1

ISBN 978 90 13 15689 8 (E-book)

NUR 827-704

© 2020 Wolters Kluwer Nederland B.V., Insolad

Onze klantenservice kunt u bereiken via: www.wolterskluwer.nl/klantenservice.

Auteur(s) en uitgever houden zich aanbevolen voor inhoudelijke opmerkingen en suggesties. Deze kunt u sturen naar: boeken-NL@wolterskluwer.com.

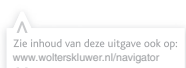
Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland B.V. Niets uit deze uitgave mag worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer Nederland B.V.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (www.reprorecht.nl).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en Wolters Kluwer Nederland B.V. geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle aanbiedingen en overeenkomsten van Wolters Kluwer Nederland B.V. zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer Nederland B.V. U kunt deze raadplegen via: www.wolterskluwer.nl/algemene-voorwaarden.

Indien Wolters Kluwer Nederland B.V. persoonsgegevens verkrijgt, is daarop het privacybeleid van Wolters Kluwer Nederland B.V. van toepassing. Dit is raadpleegbaar via www.wolterskluwer.nl/privacycookies.



Zie inhoud van deze uitgave ook op:
www.wolterskluwer.nl/navigator

NAVIGATOR

De bankgarantie en het faillissementsgat

MR. W.H.B.K. NIEUWESTEEG, MR. P.J. PETERS EN MR. F. EL HOUZI¹

1. Inleiding

Om zekerheid te verkrijgen voor de betaling van uitstaande verplichtingen is het niet ongebruikelijk dat de crediteur zijn debiteur om een bankgarantie verzoekt. De garantieovereenkomst bepaalt onder welke voorwaarden de garantie kan worden ingeroepen. Veel gebruikte modellen zijn de beslaggarantie van de Nederlandse Vereniging van Banken, het NVB-1999 model² en het Rotterdamse Garantieformulier.³ In beide garantiemodellen is opgenomen onder welke voorwaarden de garantie kan worden ingeroepen. Normaliter bedingt de bank van de hoofdschuldenaar/opdrachtgever een contragarantie al dan niet gedekt door zekerheden.

Deze garanties worden veelal afgegeven in de context van een gelegd conservatoir beslag. Artikel 705 lid 2 Rv bepaalt immers dat conservatoir beslag gelegd voor een geldvordering wordt opgeheven indien voor deze vordering voldoende zekerheid is gesteld. Artikel 6:51 lid 2 BW bepaalt op zijn beurt wanneer van 'voldoende' zekerheid sprake is. Bankgaranties worden over het algemeen als voldoende zekerheid in die zin beschouwd.⁴

In beginsel heeft het feit dat een crediteur via de garantie verhaal neemt bij een ander een positieve invloed op het te verdelen actief van de hoofdschuldenaar in een concursus. Nu de bank in dat geval echter wel altijd onder de contragarantie

-
1. Paul Peters en Fouad el Houzi zijn advocaat en curator bij AKD te Rotterdam. Wouter Nieuwesteeg is promovendus en docent aan de Universiteit Tilburg en tevens werkzaam als Professional Support Lawyer bij AKD te Rotterdam.
 2. Zie www.nvb.nl/publicaties/protocolen-regelingen-richtlijnen/model-bankgarantie.
 3. www.vervoerrecht.nl/sites/default/files/publicaties/rotterdam-garantie-formulier-2008-nl.pdf.
 4. Een Nederlandse bank is immers solvabel te achten, zie Filott in *WPNR* 6271 (1997) en Blomkwist, 'De beslaggarantie NVB 1999', *TvI* 2000. Zoals zal blijken is de solvabiliteit van de garant lang niet alles wat meespeelt in de beoordeling of van voldoende zekerheid sprake is, zie Kortmann, '(Model-)beslaggarantie en faillissement', *WPNR* 6250 (1996), p. 921 en de reactie daarop van Filott in *WPNR* 6271 (1997) met naschrift van Kortmann waarbij moet worden aangetekend dat de garantieformulieren inmiddels enkele malen zijn aangepast (waarover straks eveneens meer).

verhaal zal nemen, zo nodig door zekerheden uit te winnen, heeft een en ander de facto wel degelijk invloed op de rangorde onder crediteuren. De crediteur met een bankgarantie neemt in wezen *indirect* verhaal op zekerheden. Weliswaar is de regresvordering van de bank toekomstig en wanneer pas na faillissement wordt getrokken onder de garantie, ontstaat die vordering ook pas na faillissement, maar onlangs heeft de Hoge Raad nog eens bevestigd dat de bank zich inderdaad op die zekerheden kan verhalen, mits de regresvordering voortvloeit uit een ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding met de gefailleerde.⁵ Daarvan zal bij een contragarantie uit de aard der zaak over het algemeen inderdaad sprake zijn.

De voorwaarden waarop onder de bankgarantie getrokken kan worden zijn in de loop van de tijd verschillende malen aangepast.⁶ Vroeger werd namelijk vrijwel altijd vereist dat, kort gezegd, een veroordelend vonnis jegens de debiteur verkregen werd. Dit leverde een probleem op bij faillissement van de debiteur nu het systeem van artikel 25 jo. artikel 26 jo. artikel 29 Fw de crediteur in beginsel enkel de mogelijkheid biedt zijn vordering ter verificatie in te dienen. In deze problematiek leek in veel garanties voorzien doordat ook volstaan kon worden met een afschrift van een proces-verbaal van de verificatievergadering, ware het niet dat in de meeste faillissementen een dergelijke vergadering in het geheel niet plaatsvindt. Ook wanneer zij wel plaatsvindt kan daarover trouwens lange tijd onduidelijkheid bestaan. Daarmee verloor de garantie een belangrijke waarborgfunctie.

Bij gebrek aan de mogelijkheid een veroordelend vonnis of een dergelijk afschrift te verkrijgen kan de crediteur – mede gelet op het bij bankgaranties geldende principe van strikte conformiteit – niet onder de garantie trekken. In die gevallen is de constructie dus niet effectief.

Hetzelfde soort problematiek treft men aan bij zogenaamde escrowarrangementen. Dit type arrangement komt voor in alle soorten en maten maar houdt telkens min of meer het volgende in. Meerdere partijen besluiten een bedrag onder te

5. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023, NJ 2016/48 m.nt. Verstijlen (*DLL/Van Logtestijn q.q.*).

6. In 1972 werd voor het eerst een standaardtekst voor een garantie ter opheffing of voorkoming van een conservatoir beslag gepubliceerd door de ‘Commissie Rotterdams Garantieformulier’ (‘CRG’), een informeel samengestelde groep Rotterdamse advocaten uit de ‘natte’ praktijk. Het formulier werd in de loop van de tijd in brede kring, ook buiten de natte praktijk, aanvaard en opnieuw gewijzigd in 1978, 1985 en 1992, zie Blomkwist 2000. Het NVB model stamt uit 1995 en vloeit voort uit bezwaren die ontstonden tegen voornoemd Rotterdams model.

De bankgarantie en het faillissementsgat

brenge bij een 'trusted third party', de zogenaamde escrowagent. Dit bedrag wordt uiteindelijk afhankelijk van toekomstige omstandigheden, aan een vooraf bepaalde begunstigde uitgekeerd. Die toekomstige omstandigheden waarvan uitkering afhankelijk is kunnen van alles inhouden, het tonen van bepaalde stukken, de uitkomst van een juridische procedure, mededeling van bepaalde feiten aan een van de partijen etc. Een probleem als hierboven beschreven komt regelmatig voor wanneer in de escrowovereenkomst bepaald is dat uitkering afhankelijk is van een veroordelend vonnis jegens een van de deelgenoten in de escrowgemeenschap terwijl die partij failliet blijkt.

De beschreven problematiek staat bekend als het 'faillissementsgat' en is in het verleden al gesignaleerd en onderwerp van debat geweest.⁷ Dit heeft zoals gezegd meerdere malen geleid tot aanpassing van de formulering in de genoemde standaard garanties. Zo voorziet het NVB model 1999 inmiddels in nog specifiekere bepalingen omtrent het faillissement van de opdrachtgever.⁸ Er wordt in beginsel na vier maanden uitbetaald tenzij:

- a) *de Bank binnen voornoemde termijn van vier (4) maanden de Begunstigde heeft gedagvaard in een gerechtelijke procedure teneinde de gegrondheid en de hoogte van de Vordering te doen vaststellen of de Begunstigde te doen verbieden een beroep op deze garantie te doen, in welk geval de Bank zal overgaan tot betaling aan de Begunstigde tegen overlegging van een afschrift van een in kracht van gewijsde gegane beslissing van een Nederlandse rechter, gewezen in een procedure tussen de Begunstigde en de Bank; of*
- b) *de curator in het faillissement of de bewindvoerder binnen voornoemde termijn van vier (4) maanden de Begunstigde heeft gedagvaard in een gerechtelijke procedure teneinde de gegrondheid en de hoogte van de Vordering te doen vaststellen of de Begunstigde te verbieden een beroep op deze garantie te doen en de curator of de bewindvoerder binnen voornoemde termijn de Bank per aangetekend schrijven hiervan mededeling heeft gedaan in welk geval de Bank zal overgaan tot betaling aan de Begunstigde tegen overlegging van een afschrift van een beslissing van een (Nederlandse) rechter gewezen in een procedure tussen de Begunstigde en de curator of de bewindvoerder en voor het overige tegen overlegging van een verklaring conform artikel 2 sub a dan wel een akte als bedoeld in artikel 2 sub c.*

7. Zie bijvoorbeeld Kortmann 1996 en de reactie daarop van Filott in WPNR 6271 (1997) met naschrift van Kortmann. Tevens Blomkwist, 'De beslaggarantie NVB 1999', TvI 2000 met reactie van Van der Wiel in TvI 2001/27 met naschrift Blomkwist.

8. Zie bepaling 3a van het garantiemodel.

In de recente praktijk blijkt echter dat een ‘faillissementsgat’ nog steeds met regelmaat voorkomt terwijl zij de aandacht van de literatuur enigszins verloren heeft. Hoewel het voornoemde NVB-model het gat in principe dicht zijn er kennelijk nog oudere of zelf opgestelde versies van genoemde garanties in omloop. Ook wordt er bij escrowovereenkomsten vaak met het faillissementsgat geen rekening gehouden. Om die reden wordt er in deze bijdrage wederom nader op ingegaan en zullen wij betogen dat de – wellicht voor sommigen onbevredigende – maar enige juiste oplossing is, het afwachten van de verificatievergadering, en zeker niet het oprekken van het systeem van de artikel 25 jo. artikel 26 jo. artikel 29 Fw.

Eerst wordt ingegaan op deze bepalingen uit de Faillissementswet (par. 2). Vervolgens is kort aandacht voor de betekenis van het beginsel van strikte conformiteit (par. 3), enkele gehanteerde ‘oplossingen’ (par. 4), relevante feitenrecht-spraak (par. 5) en problemen die daarmee samenhangen (par. 6). De bijdrage wordt afgesloten met een conclusie (par. 7).

2. Het systeem van artikel 26 en 29 Fw.

Als op het moment dat de debiteur failliet gaat een zaak jegens hem aanhangig is, loopt de crediteur tegen artikel 29 Fw aan dat bepaalt dat aanhangige rechtsvorderingen tot voldoening van een verbintenis uit de boedel geschorst worden. In het geval van een rechtspersoon zal die procedure na het faillissement vermoedelijk niet hervat kunnen worden omdat de rechtspersoon door opheffing bij gebrek aan baten ophoudt te bestaan. De crediteur zal daarmee niet meer aan het in de (oudere) bankgaranties en escrowovereenkomsten gestelde vereiste kunnen voldoen.

Voor zover de crediteur als *gevolg van* het faillissement – en dus daarna – onder de garantie wil trekken loopt hij tegen artikel 26 Fw aan dat bepaalt dat rechtsvorderingen die voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel hebben enkel ter verificatie kunnen worden ingediend (vgl. artikel 110 Fw). Ook hier is het verkrijgen van een veroordelend vonnis dus niet mogelijk.

3. Strikte conformiteit

Deze specifiek door het faillissementsrecht ontstane complicaties lijken op het eerste gezicht wellicht overkomelijk door op de formulering van de bankgarantie een wat vrijere interpretatie los te laten. Daarvoor is echter in het geval van bankgaranties weinig tot geen ruimte gelet op het daarbij geldende beginsel van ‘strikte conformiteit’. Men spreekt conform dit principe, dat in verschillende

De bankgarantie en het faillissementsgat

arresten van de Hoge Raad is ontwikkeld, ook wel van de ‘abstracte bankgarantie’.⁹ Dat brengt mee dat een strikte toepassing door de bank van de in de garantie gestelde voorwaarden geboden is. De bank moet zich niet met de onderliggende rechtsverhouding hoeven inlaten. Waar als vereiste voor inroeping daarvan bijvoorbeeld staat:

“afschrift van een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing, gegeven in een procedure tussen de begunstigde en de debiteur”

Of,

“Afschrift van proces-verbaal van de verificatievergadering”

kan men daar bijvoorbeeld niet zomaar (op grond van redelijkheid en billijkheid) bij interpreteren:

“tenzij de debiteur failliet is en een dergelijk afschrift lastig of onmogelijk te verkrijgen blijkt”.

Een beroep van de garant op de stringente voorwaarden zal dus over het algemeen slagen nu het uitgangspunt is dat weinig ruimte is voor de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (uitleg op grond van de redelijkheid en billijkheid daaronder begrepen) en dat ook een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid zelden zal slagen.¹⁰ De gedachte hierachter is dat de bank buiten de onderliggende rechtsverhouding staat en zich daarin ook niet behoort te hoeven verdiepen. Dat betekent met name dat verweren uit die onderlinge verhouding niet kunnen worden tegengeworpen aan degene die betaling verzoekt. De bank mag en moet betalen als aan de strikte voorwaarden van de garantie is voldaan. Wie toch wil dat dergelijke verweren kunnen worden ingeroepen had dit maar in de voorwaarden bij de bankgarantie moeten laten opnemen.¹¹

9. Zie hieromtrent met name: HR 09 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1749, *NJ* 1996/639 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Gesnoteg/Mees Pierson*); HR 26 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2778, *NJ* 2004/309 m.nt. PVS (*Anthea Yachting*); HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:600, *NJ* 2015/351 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*ABN AMRO/Rabobank*).

10. Zie de noot van Van Schilfgaarde bij HR 26 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2778, *NJ* 2004/309 (*Anthea Yachting*), onder 2.

11. Zie de noot van Tjong Tjin Tai bij HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:600, *NJ* 2015/351 (*ABN AMRO/Rabobank*), onder 1.

De garant zal een dergelijke stringente interpretatie overigens mede aanhouden om te voorkomen dat de contragarant diens vordering tot verhaal zal betwisten. Om die reden was het ook in 1999 nodig de teksten van de bankgaranties aan te passen teneinde het faillissementsgat te dichten. Het faillissementsgat werd gedicht door in de garantie op te nemen dat er een procedure volgt tussen de schuldeiser en de bank in plaats van een procedure tussen de schuldeiser en de failliet.¹²

Hieraan moet toegevoegd worden dat lang niet iedere garantie momenteel een dergelijke toevoeging bevat. Dit zal deels komen omdat onderhavige problematiek partijen niet op het netvlies staat. Deels komt het ook omdat banken een dergelijke bepaling onwenselijk achten. Zij voelen er immers niet voor ingeval hun client failliet wordt verklaard in rechte te worden betrokken in verband met een vermeende vordering op laatstgenoemde. Bovendien is de bank geen partij in de betreffende onderlinge rechtsverhouding en ontbreekt het haar zodoende aan de gegevens om die procedure degelijk te voeren.¹³ Daarnaast ontstaat ook in sommige escrowvoorwaarden een faillissementsgat indien geen specifieke bepaling is opgenomen dat de escrowagent verplicht is om uit te betalen als de hoofdcrediteur failliet gaat. Dat een dergelijke bepaling ontbreekt is overigens ook wel weer te verklaren. Een garantie ziet er ook in dat geval uitsluitend op om daadwerkelijk verschuldigde bedragen te dekken. Een carte blanche om onder een garantie te trekken om de enkele reden dat de hoofdschuldenaar failliet is, gaat in veel gevallen te ver.

Zoals hierboven al aangegeven biedt de NVB garantie 1999 met de meest recente aanpassing een betere oplossing nu in beginsel na vier maanden onder de garantie betaald wordt tenzij de crediteur zelf door de bank of curator in een procedure wordt betrokken. Duidelijk is wel dat – als door de failliet een contragarantie met zekerheden was afgegeven – dit klusje door de curator geklaard moet worden. Doet hij dit niet, dan loopt hij het risico dat de bank uitbetaalt en het bedrag ten laste van de boedel op zekerheden verhaalt. Dit brengt voor de curator echter met zich dat hij gedwongen een procedure moet starten waarvan ook de kosten ten laste van de boedel zullen komen.

12. Zie bijvoorbeeld alinea 3 van het Rotterdams Garantie Formulier: www.vervoerrecht.nl/sites/default/files/publicaties/rotterdam-garantie-formulier-2008-nl.pdf en uiteindelijk in dezelfde zin het NVB 1999 formulier onder 3a: www.nvb.nl/media/1993/001283_beslaggarantiefomulier-model1999.pdf.

13. Filott 1997, p. 342.

4. ‘Oplossingen’ voor het faillissementsgat

Zoals gezegd komt men in de praktijk nog steeds met regelmaat verouderde of zelfstandig opgestelde garanties en escrowarrangementen tegen met een faillissementsgat. In die gevallen zijn verschillende oplossingen denkbaar voor de crediteur. Let wel, telkens zal relevant zijn wat precies in de bankgarantie staat want het beginsel van strikte conformiteit brengt mee dat de tekst van de garantie doorslaggevend is voor de vraag waartoe de bank precies verplicht is. Voor escrowvoorwaarden geldt iets vergelijkbaars.

Artikel 25 Fw.

Treft men een garantie aan waarin daadwerkelijk een veroordelend vonnis jegens de crediteur, dan wel een afschrift van proces-verbaal van de verificatievergadering vereist is dan is er wellicht een uitweg voor de crediteur via artikel 25 Fw. Zo zou men, teneinde aan hetgeen de bankgarantie vereist te kunnen voldoen, krachtens dit artikel een vordering jegens de curator kunnen instellen om een verklaring voor recht te verkrijgen dat de vordering vaststaat, of desnoods, om gewoon veroordeling van de failliet te verkrijgen met als uitsluitende doel het mogelijk te maken onder de garantie te trekken. Daarbij zal duidelijk zijn dat voldoening uiteindelijk niet uit de boedel zal plaatsvinden maar door de bank. Indirect vindt die voldoening echter wel degelijk plaats ten laste van de boedel in die gevallen waarin de bank over een contragarantie beschikt waarvoor afdoende zekerheid is gesteld. Vgl. artikel 25 lid 1 Fw.¹⁴

Probleem hierbij blijft dat de relevante vordering er een is die krachtens artikel 26 Fw alleen ter verificatie kan worden ingediend. Volgens dat artikel moet de weg van verificatie worden gevolgd, waarbij niet alleen de curator, maar ook andere schuldeisers de gegrondheid van de vordering kunnen betwisten. Het is dan ook de vraag of de weg van artikel 25 lid 1 Fw wel openstaat op grond van het enkele feit dat de vordering tegen de curator in de eerste plaats ten doel heeft om betaling onder de bankgarantie af te dwingen. Weliswaar wordt de vordering strikt genomen ingesteld met een ander doel dan voldoening uit de boedel, namelijk betaling door de bank. Maar enerzijds wordt ook onder die omstandigheden het door de Faillissementswet voorgeschreven proces van verificatie doorbroken. Anderzijds heeft de bank (doorgaans) verhaal op goederen die tot de boedel behoren krachtens haar contragarantie en eventuele zekerheidsrechten.

14. Zie tevens Kortmann 1996, p. 992.

De Hoge Raad heeft voor de beantwoording van de vraag of de weg van het procederen tegen de curator via artikel 25 Fw nog openstaat het volgende overwogen:

“3.5.2 De vorderingen (i) en (iii) strekken tot verkrijging van een verklaring voor recht en een gebod, die erop neerkomen dat wordt vastgesteld dat de arbeidsrelatie tussen [eiseres] en SRC steeds heeft voortgeduurd, althans voor elk nieuw reisseizoen telkens opnieuw had moeten worden aangegaan. Niet blijkt dat [eiseres] bij deze vorderingen een ander belang heeft dan dat haar vorderingen (ii) en (iv), die voldoening van verbintenissen uit de boedel ten doel hebben, toewijsbaar zijn.”¹⁵

De relevante vraag lijkt daarmee te zijn of het enige belang bij de relevante vordering, voldoening van een verbintenis uit de boedel is. Er valt op het eerste gezicht wel iets te zeggen voor het standpunt dat dit in ons voorbeeld niet het geval is. De procedure die met artikel 25 Fw tegen de curator wordt gevoerd heeft op zichzelf geen voldoening uit de boedel ten doel. Direct, noch indirect. Dat een toewijzing van die vordering uiteindelijk kan resulteren in een indirect verhaal op de boedel maakt dit op zichzelf niet anders.

Wij zijn echter van mening dat het toelaten van deze mogelijkheid een te grote inbreuk vormt op het uitgangspunt van de Faillissementswet dat voor iedere vordering de weg van artikel 26 Fw moet worden gevolgd. Het proces van verificatie heeft verschillende doelstellingen, en het past niet dat een schuldeiser die materieel wil worden voldaan uit de boedel zich aan dat proces zou kunnen onttrekken. Bovendien wordt daarmee ook tekortgedaan aan de belangen van overige schuldeisers, die, zoals gezegd, ook het recht hebben op betwisting van de vordering in het verificatieproces. Tenslotte kan men zich zelfs afvragen of een procedure tegen de curator wel binnen de grenzen van het door de bankgarantie vereiste valt, mede gelet op het besproken beginsel van strikte conformiteit.

Zoals gezegd heeft het toelaten van deze mogelijkheid voor de curator dezelfde negatieve consequenties als hierboven al beschreven. Hij zal – voor zover door de failliet een contragarantie is afgegeven – wel verweer moeten voeren in een dergelijke procedure omdat een verstek vonnis over het algemeen tot veroordeling zal leiden hetgeen uiteindelijk ten laste van de contragarantie met zekerheden gebracht wordt. Kosten voor het voeren van dit proces komen vanzelfsprekend

15. HR 21 maart 2014, NJ 2015/305 m.nt. H.J. Snijder (*SRC-Cultuurvakanties*).

ten laste van de boedel. Ook dat is een reden om niet buiten de paden van artikel 26 Fw te willen treden.

Weliswaar betekent dit dat de begunstigde onder de garantie wellicht enige tijd zal moeten wachten of minder profijt heeft van zijn garantie dan hij had gehoopt, maar het gaat niet aan een probleem dat eenvoudig had kunnen worden opgelost door de garantie anders te formuleren op het bord van de curator en de overige schuldeisers te leggen.

Erkenning vordering door de curator

Kortmann stelt dat het systeem van de Faillissementswet zich er niet tegen verzet dat de curator onder bepaalde omstandigheden, daartoe door een crediteur verzocht, de vordering erkent. Hij noemt daarbij het geval dat de vordering in redelijkheid niet voor betwisting vatbaar is.¹⁶ Zoals hierna zal blijken kan deze gang van zaken wel tot praktische problemen leiden. Ook hier is overigens de vraag of strikt genomen wel aan de betreffende voorwaarde van de bankgarantie is voldaan. Het is – zoals straks nog zal blijken – onder omstandigheden zelfs denkbaar dat de curator onrechtmatig handelt door een vordering niet te erkennen of een escrowvoorwaarde niet te vervullen.¹⁷

5. Relevante jurisprudentie

De beschikbare jurisprudentie omtrent deze materie zal in deze paragraaf worden besproken. Het zal blijken dat hierin geen duidelijke lijn te herkennen valt. Zie bijvoorbeeld het arrest van het Hof Amsterdam van 24 maart 2009 waarin goederen door de latere failliet in weerwil van beslag werden overgedragen aan derden.¹⁸ Na het faillissement van de vervreemder oordeelt het hof in het voordeel van de beslaglegger:

“(...) dat de schorsing van het geding in reconventie kan worden opgeheven voor zover het geding betrekking heeft op verbintenissen die niet de failliete boedels betreffen.

De voortzetting van dit gedeelte van het geding raakt immers niet het faillissement, zodat artikel 25 e.v. Faillissementswet daarop ook niet van toepassing

16. Kortmann 1996, p. 992.

17. Zie par. 5 en de annotatie van Abendroth bij Rb. Rotterdam 4 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2405, JOR 2016/13.

18. Hof Amsterdam 24 maart 2009, nr. 200.001.053/01, JOR 2009/153.

zijn. Eventuele uitspraken in dit deel van het reconventionele geding hebben tegenover de failliete boedels geen rechtskracht: bij die uitspraken eventueel toegewezen vorderingen kunnen niet op de failliete boedels worden verhaald.”

Interessant in dit verband is ook het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 30 maart 2016.¹⁹ In deze zaak oordeelde de rechtbank dat de crediteur niet aan de dwingende weg van artikel 26 Fw kan ontkomen door zijn vordering te formuleren als een verklaring voor recht dat het bedrag verschuldigd is van de crediteur. Ook dan stuit de via de weg van artikel 25 Fw ingestelde vordering af op artikel 26 Fw. Met het betoog dat (i) geen betaling maar een verklaring voor recht c.q. een bevel tot erkenning wordt geëist en (ii) zij niet het oog heeft op voldoening vanuit de faillissementsboedel maar op voldoening door een derde (de bank) werd door de rechtbank korte metten gemaakt. De wijze waarop de subsidiaire vordering is geformuleerd (in de vorm van een verklaring voor recht) doet volgens de rechtbank niet af aan de toepasselijkheid van artikel 26 Fw.

Het onderscheid tussen enerzijds een buiten het faillissement om ingestelde vordering tot veroordeling van de schuldenaar (althans: de curator) tot betaling en anderzijds een buiten het faillissement om ingestelde vordering van een verklaring voor recht dat de schuldenaar (althans: de curator) dient te betalen, is in termen van artikel 26 Fw een irrelevant onderscheid omdat de beide vorderingen voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel hebben, zij het dat de eerstgenoemde vordering rechtstreeks op het doel afgaat en de als tweede genoemde vordering een opstap naar hetzelfde doel is.²⁰

Met betrekking tot het standpunt dat de schuldeiser niet het oog heeft op voldoening vanuit de faillissementsboedel maar op voldoening door een derde, oordeelt de rechtbank dat de schuldeiser in objectieve zin wel degelijk dat doel heeft. Indien de schuldeiser de gelden onder de bankgarantie kan innen zal dit vervolgens door het contragarantiemechanisme door de bank ten laste van de faillissementsboedel worden gebracht. Per saldo strekt de subsidiaire vordering mitsdien tot voldoening vanuit de faillissementsboedel, waarbij de schuldeisers van de faillissementsboedel worden geconfronteerd met de ‘afgeleide’ vordering van de bank uit hoofde van de contragarantie.

Dit strookt volgens ons ook niet met het recht en het belang van de overige schuldeisers om hun recht van betwisting ex artikel 119 Fw e.v. te kunnen doen gelden. Daarnaast wordt de schuldeisers het recht ontnomen om op grond van

19. Rb. Amsterdam 30 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1521, *JOR* 2016/249.

20. Vgl. HR 21 maart 2014, *NJ* 2015/305 m.nt. H.J. Snijder (*SRC-Cultuurvakanties*).

aan de pauliana ontleende argumenten de toelating van een vordering te bestrijden (ex artikel 49 lid 2 Fw).²¹ Ook het probleem dat het doorgaans onwaarschijnlijk is dat wordt overgegaan tot een verificatievergadering en de vermeende schuldeiser dus nooit de gelegenheid zal krijgen om zijn vordering (eventueel na renvooi) rechtens te doen vaststellen komt aan de orde in deze rechtbank procedure. Hierover overweegt de rechtbank dat het een ontoelaatbare inbreuk zou zijn op het faillissementsprocesrecht om bij de beoordeling van de vordering te preluderen op een mogelijk procesrechtelijk probleem in de verplicht te volgen procedure in de zin van de Fw en in dat kader vervolgens een beslissing te geven, zodanig dat die Fw-procedure niet hoeft te worden gevolgd.

De uitspraak van de Raad van Arbitrage voor de Bouw van 14 juli 2010 raakt ook aan deze kwestie.²² In deze zaak was in verband met de bouw van een pand door de opdrachtgever ten behoeve van de inmiddels failliete aannemer een bedrag bij de notaris in depot gestort.²³ De curator van die aannemer – die overigens bij gebrek aan de machtiging daartoe formeel geen verweer kon voeren in de procedure – heeft er kennelijk in een brief toch op gewezen dat de opdrachtgever in zijn vordering tot uitkering van het depot niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Het betreft in wezen een vordering tot betaling van een geldsom uit de boedel zodat ex 26 slechts indiening ter verificatie mogelijk is, aldus de curator. De notaris wenste het depot niet uit te keren zonder toestemming van *beide* partijen.

De arbiter oordeelt kort gezegd dat het betreffende bedrag in depot het vermogen van de opdrachtgever niet heeft verlaten, zodat de vordering niet gekwalificeerd kan worden als een vordering tot uitbetaling van een geldsom uit de boedel. Vervolgens bepaalt de arbiter dat zijn uitspraak dezelfde kracht zal hebben als een in wettige vorm opgemaakte akte van de curator inhoudende toestemming tot uitkering uit het depot.²⁴

Een soortgelijk geval deed zich voor in de zaak die leidde tot het vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 1 april 2015, het betrof hier echter een escrowarrangement.²⁵ De aan de escrow verbonden voorwaarde was hier dat ‘alle be-

21. Aan schuldeisers komt in faillissement geen eigen vernietigingsrecht toe. Zij kunnen wel bij de bestrijding van de toelating tot verificatie argumenten aan de wetsartikelen over de faillissementspauliana ontlenen, waarover straks meer.

22. RvA Bouw 14 juli 2010, 31.924, TVA 2011/41.

23. Het ging hier om de uitvoering van de regeling waarin de tweede afdeling van titel 12 Boek 7 BW in voorziet ter bescherming van consumenten.

24. Vgl. artikel 3:300 jo. artikel 3:305 BW.

25. Rb. Rotterdam 4 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2405, JOR 2016/13.

trokken partijen met uitbetaling instemmen'. Een van de partijen ging failliet en de vraag rees of diens curatoren gehouden waren een dergelijke instructie af te geven aan de escrowagent. De vordering van de begunstigde tot medewerking van de curatoren aan die instructie werd door de rechtbank toegewezen. Vaststond dat het bedrag hoe dan ook niet aan de boedel zou toekomen. Daarmee was de weigering van curatoren om de vereiste instemming af te geven volgens de rechtbank onredelijk.

Annotator Abendroth merkt terecht op dat – hoe redelijk deze uitkomst in dit geval ook klinkt – zij gegrond lijkt op de onderliggende contractuele verhouding tussen de escrowpartijen en *dus* op nakoming. In die zin verschilt de positie van begunstigde niet van andere schuldeisers zodat artikel 26 Fw hier geldt. Een betere grond voor toewijzing was daarom geweest te oordelen dat het weigeren van het afgeven van de instructie aan de escrowagent door curatoren in dit specifieke geval onrechtmatig is. Als een uitkering materieel aan een begunstigde toevalt en ook bij weigering van die instructie niet in de boedel valt maken curatoren misbruik van hun bevoegdheid en kwijten zij zich niet van de hen wettelijk opgedragen taak door de instructie te weigeren. Het spreekt voor zich dat deze redenering enkel stand houdt in die gevallen waarin het bedrag in geen geval in de boedel zal vallen. Met name bij bankgaranties waarvoor door de opdrachtgever jegens zijn garant een met zekerheden gedekte contragarantie is afgegeven gaat zij dus niet op.

In het vonnis van de Rechtbank Gelderland van 5 juli 2017 had de curator een verbod tegen de begunstigde van een NVB-bankgarantie²⁶ gevorderd, totdat uit een vonnis zou blijken dat de begunstigde inderdaad de in de garantie genoemde vordering op de opdrachtgever/failliet had.²⁷ De begunstigde verwachtte echter – gelet op de schorsing van de procedure – geen gelegenheid meer te zullen hebben een dergelijk vonnis tegen de opdrachtgever te krijgen, omdat het faillissement niet tot een verificatie zal leiden. Dan zal het ook nooit tot een renvooi-procedure over de vordering komen.

De rechtbank leidt uit de omstandigheden en een verklaring van de curator af, dat het te verwachten is dat het wel degelijk tot een renvooi-procedure zal komen. Er is door de opdrachtgever (kennelijk) zekerheid gegeven door afgifte van een contragarantie. Een procedure is daarom ook voor de boedel van belang, omdat alleen langs deze weg de gegeven zekerheid voor de boedel behouden

26. Het betrof het meest recente NVM-model zoals hierboven in par. 1 opgenomen. Zie specifiek onderdeel 'b' voor het gevorderde verbod.

27. Rb. Gelderland 5 juli 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:3506, *JOR* 2017/303.

De bankgarantie en het faillissementsgat

kan worden, voor zover althans de vordering wordt afgewezen en de garantie vervalt. Gelet hierop kent de rechtbank het verbod om te claimen toe. De begunstigde moet ondanks zijn bankgarantie wachten op de verificatievergadering. De preferentie van de begunstigde van een beslaggarantie in faillissement is daarmee geen vanzelfsprekendheid.

Ook in de zaak die ten grondslag ligt aan het vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 1 augustus 2018 was sprake van een gebrek in de bankgarantie.²⁸ Omdat in de garantie geen voorziening was opgenomen voor het ‘faillissementsgat’, was de schuldeiser – volgens de tekst van de garantie – genoodzaakt een vonnis te verkrijgen tegen de schuldenaar alvorens de garantie te kunnen inroepen. De geldvordering kon alleen ter verificatie worden ingediend bij de curator en dat had de schuldeiser ook gedaan. Om onder de door een derde verstrekte garantie te trekken heeft de schuldeiser *de failliet* gedagvaard en naast een geldvordering een verklaring voor recht gevorderd zonder dat de titel ten laste van de boedel ten uitvoer mag worden gelegd. De failliet was (zoals te verwachten bij gebrek aan belang) niet in de procedure verschenen. Omdat een derde (en dus niet de schuldenaar) een contragarantie jegens de garant had verstrekt, is deze contragarant in de procedure tussengekomen. Indien de garantie getrokken zou worden, zou de contragarant het gelag betalen.

De rechtbank oordeelt dat de primaire vordering (betaling van een geldbedrag) gelet op artikel 26 Fw alleen ter verificatie kan worden ingediend en dat de schuldeiser om die reden niet-ontvankelijk is. Bijzonder is dat de subsidiaire vordering tot een verklaring voor recht dat een geldbedrag verschuldigd is door de rechtbank wordt toegewezen. Volgens de rechtbank bepaalt artikel 25 lid 1 Fw weliswaar dat een dergelijke vordering tegen de curator moet worden ingesteld, maar volgt uit artikel 25 lid 2 Fw en HR 12 februari 1931, *NJ* 1931/854 dat procederen tegen de gefailleerde ook mogelijk is (waarbij het gewezen vonnis geen rechtskracht heeft tegen de boedel). Deze overweging van de rechtbank achten wij juist, maar geldt louter indien de vordering niet onder de reikwijdte van artikel 26 Fw zou vallen. In het door de rechtbank aangehaalde arrest uit 1931 is en kon door de Hoge Raad (vanwege procedurele gebreken) niet worden getoetst of artikel 26 Fw van toepassing was.

Tot slot overweegt de rechtbank dat het voorziene verhaal onder de bankgarantie niet tot een (indirecte) belasting van de faillissementsboedel leidt nu de failliet zelf geen contragarantie had gesteld. Dat is wat ons betreft wel een overtuigend argument om een veroordelend vonnis tegen de failliet (zonder rechtskracht

28. Rb. Rotterdam 1 augustus 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:6254, *JOR* 2018/291.

tegen de faillissementsboedel) te verkrijgen, niettemin doet het nogal gekunsteld aan.

Overigens werd in de onderhavige zaak de reconventionele vordering van de tussengekomen contragarant, inhoudende een verbod om de garantie in te roepen vanwege overige omstandigheden, toegewezen waardoor de schuldeiser uiteindelijk niets opschoot met het vonnis tegen de failliet.

In de uitspraak van de Rechtbank Zwolle van 16 april 2011 draaide het om een retentierecht dat door de schuldeiser/retentor werd uitgeoefend voor een vordering op de failliete debiteur op containers die aan een derde toebehoorden.²⁹ Het retentierecht maakt verhaal op zaken van een ander in principe mogelijk (vgl. artikel 3:291 jo. artikel 3:292 BW) maar daarvoor is wel een executoriale titel nodig. In dit geval was daar geen ruimte voor omdat ook deze vordering in beginsel slechts ter verificatie kon worden ingediend conform artikel 26 Fw en geen verificatievergadering plaatsvond. De rechtbank oordeelt uiteindelijk kort gezegd dat, nu het voor schuldeisers onmogelijk is een executoriale te verkrijgen, verhaalsexecutie dus is uitgesloten zodat zij geen rechtens te respecteren belang hebben bij hun retentierecht.³⁰

Tot slot heeft ook het bekende Yukos-epos geleid tot een zaak die voor het onderhavige van relevant lijkt, te weten het arrest van 13 november 2015.³¹ In deze zaak hadden schuldeisers beslag gelegd op aandelen van het failliete Yukos Oil in Yukos finance. Deze aandelen waren echter in weerwil van beslag overgedragen aan Promneftstroy terwijl Yukos Oil ondertussen naar Russisch recht was opgehouden te bestaan. Duidelijk is dat schuldeisers het derdenbeslag kunnen vervolgen, maar dat moet gebeuren voor een vordering tegen een rechtspersoon die niet meer bestaat. In wezen is het probleem dat onderwerp is van deze bijdrage in dit geval dus nog een fase verder, de schuldenaar is niet meer failliet, maar simpelweg niet meer bestaand.

De Hoge Raad oordeelt in deze zaak dat de beslagleggers een executoriale titel kunnen krijgen tegen een derde (lees: de verkrijger van de beslagen goederen). De in het hiervoor behandelde vonnis van de Rechtbank Zwolle beschreven situatie zal zich dus wellicht niet meer voordoen. Tegelijkertijd is duidelijk dat deze situaties verschilt van de eerder beschreven situaties waarbij een ten

29. Rb. Zwolle 16 april 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BR0240, *JOR* 2012/263 m.nt Heilbron.

30. Op die analyse is overigens wel e.e.a. aan te merken, zie de noot van Heilbron onder 5-8.

31. HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3299; ECLI:NL:PHR:2015:987, *JOR* 2016/24 m.nt. Steneker (*Yukos*).

behoefte van een failliet afgegeven bankgarantie een rol speelt. In dat geval moet men immers rekening houden met het beginsel van strikte conformiteit en staat er – in tegenstelling tot het geval van een niet-bestaande rechtspersoon – wel een weg open, te weten die van artikel 26. Bovendien is het proces-verbaal van de verificatievergadering conform artikel 196 Fw een executoriale titel voor erkende vorderingen.

6. Faillissementstechnische problematiek

Zowel de garanties met als die zonder de beschreven aanpassingen kunnen in de praktijk leiden tot onwenselijke problematiek met betrekking tot het faillissementsprocesrecht. Daarbij valt te denken aan de volgende punten:

- een procedure tegen de curator buiten het verificatieproces om verdraagt zich niet met de mogelijkheid voor andere crediteuren om (een eventueel restant van) de vordering van de betreffende crediteur te betwisten (artikel 119 lid 1 Fw);
- hetzelfde geldt in die situatie met betrekking tot de mogelijkheid van andere schuldeisers om op grond van de bepalingen van de artikelen 42 tot en met 48 Fw de toelating van die vordering te betwisten (artikel 49 lid 2 Fw).

Het ontstaan van een vordering leidt weliswaar niet tot een afname van het te verdelen actief maar wel tot een toename van het passief en kan dus paulianeus zijn. Het is in beginsel aan de curator om die pauliana in te roepen (hoewel conform artikel 49 lid 2 Fw individuele schuldeisers wel degelijk argumenten aan de pauliana artikelen kunnen ontleen om een vordering te betwisten). Echter juist bij paulianeuze handelingen die een *toename van het passief* in plaats van een afname van het actief ten gevolge hebben heeft het in de praktijk vaak geen zin om de handeling al direct met de pauliana aan te tasten. Zoals bekend blijken vele boedels in de praktijk bij nader onderzoek (nagenoeg) leeg.

In die situatie is het natuurlijk altijd zinvol te onderzoeken of via de actio pauliana toch nog actief de boedel in gebracht kan worden. Het is echter zinloos om via diezelfde pauliana een onderdeel van het passief trachten te verwijderen. Of het aantasten van toegevoegd passief via de pauliana zin heeft wordt immers uit de aard der zaak – anders dan bij een afgenomen actief – pas later duidelijk. Om die reden gaat het niet aan de schuldeisers dan wel de curator al ver voordat daarover duidelijk is die mogelijkheid te ontzeggen.

In beide bovengenoemde gevallen worden de schuldeisers c.q. curator geconfronteerd met het feit dat een vordering die in de éne procedure al vast is gesteld in een andere procedure nog onderwerp van betwisting is. Dit is onwenselijk

zodat naar onze mening in die gevallen waarin de bankgarantie zelf niet voldoende effectief geformuleerd is te allen tijde de verificatievergadering moet worden afgewacht, hoe onbevredigend dat ook is voor de begunstigde. Het ‘oprekken’ van het systeem van de artikelen 25, 26 en 29 is niet de wijze om problemen op te lossen die bij het formuleren van een garantie zijn ontstaan. Zeker niet als zich daarbij weer andere potentiële problemen zoals hierboven beschreven kunnen voordoen.

7. Conclusie

In deze bijdrage is ingegaan op de problematiek die in de praktijk bekendstaat met de term ‘faillissementsgat’. Hoewel de problematiek eerder is gesignaleerd en beschreven komt zij in de praktijk nog steeds met regelmaat voor.

Om onder een bankgarantie te trekken vereist de formulering van de bankgaranties en escrowarrangementen met regelmaat dat, kort gezegd, een veroordelend vonnis jegens de crediteur óf een afschrift van het proces-verbaal van een verificatievergadering wordt verkregen. Wanneer de debiteur failliet gaat blijkt dit in het gros van die gevallen onmogelijk omdat het systeem van artikel 25 jo. artikel 26 jo. artikel 29 Fw aan het verkrijgen van een veroordelend vonnis jegens de failliet in de weg staat. Tegelijkertijd vindt in vele faillissementen geen verificatievergadering plaats.

Het beginsel van strikte conformiteit verzet zich tegen een meer flexibele interpretatie van de formulering in die bankgaranties. Bankgaranties zijn in het verleden meerdere malen aangepast naar aanleiding van het faillissementsgat. In die aanpassingen zit vaak verwerkt dat een procedure tussen de crediteur en bank moet volgen. Dit is niet altijd een optie omdat banken soms geen deel uit (willen) maken van de onderliggende rechtsverhouding tussen de betreffende debiteur en crediteur.

Bovenstaande problematiek is wel aangepakt via artikel 25 Fw door het instellen van een procedure tegen de curator of failliet zelf. Deze gang van zaken wringt niet alleen juridisch-technisch maar leidt ook tot praktische problemen. Daarbij springt als eerste in het oog dat overige crediteuren – wanneer uiteindelijk wel een verificatievergadering plaatsvindt – de mogelijkheid wordt ontnomen de vordering (die dan immers in een andere procedure al is vastgesteld) te betwisten conform artikel 119 Fw. Ten tweede ontstaat een probleem wanneer de aan de vordering ten grondslag liggende rechtshandeling op dat moment paulia-neus wordt geacht (vgl. artikel 49 lid 2 Fw.) terwijl de vordering zelf in een andere procedure al vaststaat. Concluderend dienen de artikelen 25 Fw e.v. en

De bankgarantie en het faillissementsgat

de belangen die zij waarborgen volgens ons niet te wijken om de consequenties van gebrekkig opgestelde documentatie door partijen te mitigeren.

Ook moet men het doel van veel van deze garanties niet uit het oog verliezen. Zij dienen in het gros van de gevallen voldoende zekerheid te bieden in de zin van artikel 6:51 lid 2 BW zodat een effectief beroep kan worden gedaan op het opheffen van het beslag conform 705 lid 2 Rv. Men kan zich afvragen in hoeverre de crediteur in faillissement van zijn debiteur nog conform artikel 6:51 lid 2 BW ‘zonder moeite’ verhaal zal kunnen nemen. Tegelijkertijd wringt die kwestie nu juist in faillissement minder omdat het beslag, was het niet eerder ingevolge 705 lid 2 opgeheven, zou zijn opgegaan in het faillissementsbeslag conform artikel 33 Fw. De crediteur zal zich in die vergelijking vanzelfsprekend liever (indirect) verhalen op zekerheden van de failliet, ook als dat via een wat omslachtige procedure moet.

De meest recente formulering van de NVB garantie 1999 is een effectieve maatregel tegen het faillissementsgat. De curator dan wel de bank zullen de crediteur conform het daar bepaalde binnen vier maanden in een procedure betrekken als zij uitbetaling willen voorkomen. Hoewel rechtspraak spaarzaam is, bleek in par. 5 dat in een recente uitspraak een vordering van de curator om de crediteur te verbieden onder de garantie te trekken werd toegekend, zodat ook hier twijfel kan bestaan over in hoeverre de garantie ‘voldoende zekerheid’ biedt.³²

32. Rb. Gelderland 5 juli 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:3506.