

**JOR 2018/291, Rechtbank Rotterdam 01-08-2018,
ECLI:NL:RBROT:2018:6254, HA ZA 16-426 (met annotatie van mr.
M.C. van Genugten) Niet-ontvankelijkheid verkoper in procedure
tegen gefailleerde koper met betrekking tot vordering tot betaling
koopprijs, Verkoper wél ontvankelijk met betrekking tot vordering
voor zover die niet strekt tot voldoening uit boedel, maar valt
onder door derde gestelde garantie, Verwijzing naar HR 12
februari 1931, NJ 1931/854; HR 18 november 1983, NJ 1984/256
(Noord-Brabant c.s./Omega c.s.) en HR 11 december 2009,
ECLI:NL:HR:2009:BK0857 (AB&P/Axa)**

Wetsbepaling(en):

[FW artikel 110](#)

Ook gepubliceerd in:

[ECLI:NL:RBROT:2018:6254](#), [INS-Updates.nl 2018-0190](#) , [RI 2018/90](#), [S&S 2018/131](#)

**JOR 2018/291, Rechtbank Rotterdam, 01-08-2018, ECLI:NL:RBROT:2018:6254,
C/10/500561 / HA ZA 16-426 (annotatie)**

Inhoudsindicatie

Niet-ontvankelijkheid verkoper in procedure tegen gefailleerde koper met betrekking tot vordering tot betaling koopprijs, Verkoper wél ontvankelijk met betrekking tot vordering voor zover die niet strekt tot voldoening uit boedel, maar valt onder door derde gestelde garantie, Verwijzing naar HR 12 februari 1931, NJ 1931/854; HR 18 november 1983, NJ 1984/256 (Noord-Brabant c.s./Omega c.s.) en HR 11 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0857 (AB&P/Axa)

Ga direct naar

[Samenvatting](#)

[Uitspraak](#)

[Beslissing/besluit](#)

[Noot](#)

Gegevens

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	01-08-2018

Publicatie	JOR 2018/291 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 11, 2018
Annotator	mr. M.C. van Genugten
ECLI	ECLI:NL:RBROT:2018:6254
Zaaknummer	C/10/500561 / HA ZA 16-426
Overige publicaties	ECLI:NL:RBROT:2018:6254 RI 2018/90 S&S 2018/131 INS-Updates.nl 2018-0190
Rechtsgebied	Insolventierecht
Rubriek	Financiering, zekerheden en insolventie
Rechters	mr. Sprenger
Partijen	De naamloze vennootschap naar Belgisch recht Transcor Energy NV te Braine l'Alleud (België), eiseres in de hoofdzaak, verweerster in tussenkomst en in reconventie, advocaat: mr. K.H.L. van Waasbergen, tegen 1. O.W. Bunker (Netherlands) BV te Rotterdam, gedaagde, niet verschenen, 2. de rechtspersoon naar Panamees recht Barker Hill Enterprises SA te Panama (Republiek Panama), gedaagde, eiseres in tussenkomst en in reconventie, advocaat: mr. R.W.J.M. te Pas.
Regelgeving	Fw - 110 Rv - 217

Samenvatting

De faillietverklaring per 21 november 2014 heeft tot gevolg dat deze schuldenaar het beheer en de beschikking over haar tot het faillissement behorend vermogen (de faillissementsboedel, hierna: de boedel) is verloren en dat zij door haar handelingen de boedel niet meer kan binden (vgl. art. 23 en 24 Fw). Deze regels hebben hun weerslag op de bevoegdheid van de gefailleerde om – als eiser of als gedaagde – in een gerechtelijke procedure op te treden. Daarbij is het van belang vast te stellen of de procedure de boedel raakt. Voor zover de vordering de boedel rechtstreeks betreft, moet men onderscheid maken tussen vorderingen die voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel hebben en andere vorderingen. Voor zover de boedel

niet rechtstreeks bij de vordering betrokken is, is de procesbevoegdheid van de gefailleerde niet aangetast door de faillietverklaring. Hierbij valt te denken aan onder meer persoonlijke of familiezaken. Echter, ook bij dergelijke procedures kan het voorkomen dat de boedel belang heeft bij (de uitkomst van) de procedure. Daartoe kan de curator zich voegen of tussenkomen op de voet van art. 217 Rv. Tegen een gewezen vonnis kan de curator opkomen met het rechtsmiddel van derdenverzet (art. 376-380 Rv). Vorderingen die voldoening uit de boedel ten doel hebben, kunnen niet anders dan ter verificatie bij de curator worden ingediend (art. 26 Fw). Dit geldt ook wanneer een dergelijke vordering ten tijde van de faillietverklaring reeds aanhangig was. Het geding wordt dan op grond van art. 29 Fw geschorst, hetzij door een enkele mededeling van partijen, hetzij ambtshalve door de rechter. De categorie andere vorderingen moet worden ingesteld door of tegen de curator (art. 25 Fw). In deze gevallen is procederen door of tegen de gefailleerde, echter, niet uitgesloten, maar een eventuele veroordeling van de gefailleerde heeft tegenover de boedel geen rechtskracht en door of tegen de gefailleerde kan alleen buiten bezwaar van de boedel worden geprocedeerd (art. 25 lid 2 Fw; vgl. HR 12 februari 1931, NJ 1931/854 en HR 18 november 1983, NJ 1984/256 (Noord-Brabant c.s./Omega c.s.)). Art. 27 en 28 Fw regelen het geval dat een vordering als bedoeld in art. 25 Fw reeds aanhangig was ten tijde van de faillietverklaring; dan kan schorsing gevraagd worden. Uit HR 11 december 2009, [ECLI:NL:HR:2009:BK0857](#) (AB&P/Axa) volgt dat ook in zodanig geval buiten bezwaar van de boedel kan worden geprocedeerd.

Eiseres vordert primair veroordelingen van failliet tot betaling van een hoofdsom, een boete, renten en kosten. Zodanige vorderingen strekken tot voldoening uit de boedel. Deze vorderingen kunnen niet anders dan ter verificatie bij de curator worden ingediend (art. 26 Fw) en wel op de in art. 110 Fw bepaalde wijze. Eiseres heeft dat ook gedaan. Daarom kan eiseres in haar primaire vordering tegen failliet niet worden ontvangen. Eiseres vordert subsidiair ten aanzien van failliet hetzelfde als primair, maar in dit geval uitdrukkelijk zonder dat de titel ten laste van de boedel ten uitvoer kan worden gelegd, maar slechts op vermogensbestanddelen welke niet tot de boedel behoren. Eiseres heeft verklaard dat de vorderingen strekken ter verkrijging van de vaststelling dat failliet het bedrag van haar factuur aan haar verschuldigd is en dat zij een zodanig vonnis niet ten laste van enig vermogen van failliet zal verhalen, maar onder de garantie. Het volgende wordt overwogen. Er bestaat een categorie vorderingen die de boedel wel raakt, maar die niet strekt tot voldoening uit de boedel. Zodanige vorderingen dient een schuldeiser ingevolge art. 25 lid 1 Fw in beginsel tegen de curator in te stellen. Echter, uit art. 25 lid 2 Fw volgt dat zodanige vorderingen ook tegen de gefailleerde zelf kunnen worden ingesteld, zij het buiten bezwaar van de boedel en zonder rechtskracht ten opzichte van de boedel. In genoemde rechtspraak wordt dat bevestigd. Inderdaad vallen de subsidiaire vorderingen van eiseres binnen het kader van art. 25 Fw. Het gaat uitdrukkelijk niet om enige vordering die strekt tot het verkrijgen van voldoening uit de boedel. Ook bij het door eiseres voorziene verhaal van een de subsidiaire vorderingen toewijzend vonnis onder de garantie leidt dat niet tot enige (indirecte) belasting van de boedel, omdat de garantie niet vanwege failliet is gesteld, maar door UK Club en uiteindelijk ten laste van gedaagde sub 2 (in de hoofzaak). Daarom is eiseres ontvankelijk in haar, zodanig gelezen, subsidiaire vorderingen tegen failliet.

Uitspraak

(...; *red.*)

2. De feiten

De rechtbank merkt de volgende feiten en omstandigheden als vaststaand aan, omdat deze door de ene partij zijn gesteld en door de andere partij niet voldoende betwist.

2.1. Op of omstreeks 22 oktober 2014 heeft Barker Hill via haar manager, NGM Energy SA (hierna: NGM), ten behoeve van het haar in eigendom toebehorende zeeschip “Tequila” twee soorten brandstof (hierna gezamenlijk: bunkerolie) besteld bij OW Bunker Malta Limited (hierna: OWB Malta).

2.2. OWB Malta heeft aan de met haar in het OW Bunker concern verbonden OWB NL opdracht gegeven om de bunkerolie af te leveren, dan wel de bunkerolie bij OWB NL ingekocht. OWB NL heeft de bunkerolie ingekocht bij Transcor en Trefoil Trading B.V. (hierna: Trefoil).

2.3. Transcor en Trefoil hebben de bunkerolie aan boord van de “Tequila” afgeleverd in Rotterdam op 24 oktober 2014. Ter zake van de aflevering van het aandeel van Transcor in de bunkerolie is een “bunker delivery receipt” opgesteld dat is ondertekend door de “chief engineer/Master” van de “Tequila” en is gedateerd 24 oktober 2014.

2.4. Transcor heeft voor de levering van haar aandeel in de bunkerolie aan OWB NL een factuur gestuurd, geadresseerd aan “M/V TEQUILA AND/OR OWNERS/CHARTERERS OW Bunker Rotterdam B.V.”, met kenmerk “invoice VTB 14/10/395” en gedateerd 29 oktober 2014. Het bedrag van die factuur belooft US\$ 22.022,58. De factuur was betaalbaar “30 days after delivery” en vermeldt als “value date”: 24 november 2014.

2.5. OWB Malta heeft voor de verkoop en levering van de bunkerolie een factuur, geadresseerd aan “M/V/TEQUILA AND/OR OWNERS/CHARTERERS NGM [...]” en gedateerd 24 oktober 2014, gestuurd aan het adres van NGM. Die factuur belooft US\$ 44.241. De factuur vermeldt als “date of supply” 24 oktober 2014. De factuur was betaalbaar “30 days from date of supply” en vermeldt als “due date” 22 november 2014.

2.6. In november 2014 is het OW Bunker concern met inbegrip van de dochtermaatschappijen OWB NL en OWB Malta in staat van faillissement geraakt. Bij vonnis van de rechtbank Rotterdam van 21 november 2014 is OWB NL in staat van faillissement verklaard met aanstelling van mrs. [persoon 1] en [persoon 2] tot curatoren.

2.7. Alle vorderingen van OWB NL en OWB Malta op opdrachtgevers of kopers, waaronder Barker Hill, waren verpand dan wel overgedragen aan ING Bank N.V. (hierna: ING).

2.8. ING heeft (door tussenkomst van PricewaterhouseCoopers) betaling van Barker Hill geëist van de onder 2.5 genoemde factuur van OWB Malta. Barker Hill heeft die factuur in 2016 ING betaald.

2.9. In verband met het faillissement van OWB Malta en OWB NL is betaling van de onder 2.4 genoemde factuur van Transcor uitgebleven.

2.10. Transcor heeft haar vordering tot betaling van haar onder 2.4 genoemde factuur bij de curator in het faillissement van OWB NL ingediend ter verificatie.

2.11. Transcor heeft op 11 december 2014 bij de Rechtbank van Eerste Aanleg van Antwerpen, België, een verzoekschrift ingediend tot verloop tot het leggen van bewarend (conservatoir) beslag op de “Tequila”, die zich toen in Antwerpen bevond, ten laste van OWB NL en “de scheepskapitein Sergiy Bezgodkoc q.q. de wettelijke vertegenwoordiger van de scheepseigenaar” van de “Tequila”, tot zekerheid voor het verhaal van haar vordering wegens de levering van haar aandeel in de bunkerolie c.q. haar onder 2.4 genoemde factuur. De voor deze beoordeling relevante passages van het verzoekschrift luiden als volgt:

“6.1. Aangezien verzoekster [lees: Transcor; rechtbank] via [OWB NL] het verzoek ontving om brandstof te leveren aan boord van het schip [‘Tequila’];

Dat deze verkoopconfirmatie uitdrukkelijk vermeldt dat de verkoop geschiedt voor rekening van het betrokken schip [‘Tequila’] en tevens [OWB NL];

Dat het betrokken schip [...] de bestelde brandstoffen (bunkers genaamd) ontving en in ontvangst nam en het bunkerontvangsbewijs (bunker delivery receipt genoemd) aftekende;

Dat de betrokken leverantie gefactureerd werd aan het schip vernoemd [...], haar eigenaar en bevrachter alsmede [OWB NL].

Dat de factuur t.b.v. 22.022,58 USD onbetaald en openstaande is;

6.2. Aangezien het schip en dus, zijn eigenaars en bevrachters gehouden zijn tot betaling van de betrokken leverantie nu in de gegeven en uitgevoerd bunkeropdracht duidelijk aangegeven is dat de leverantie voor hun rekening geschiedde,

Dat het betrokken schip zonder voorbehoud de bunkers voor haar besteld aanvaarde:

Dat de intermediatie onder meer voor rekening van het schip haar eigenaars en bevrachters geschiedde via de intermediatie van hun tussenpersoon [OWB NL];

6.3. Aangezien ook [OWB NL] gehouden is;

[..]”.

De Beslagrechter heeft het verlot op 11 december 2014 verleend.

Vervolgens heeft Transcor, nog op 11 december 2014, in Antwerpen conservatoir beslag laten leggen op de “Tequila”.

2.12. Barker Hill heeft haar P&I Club, The United Kingdom Mutual Steamship Assurance Association (Europe) Limited (hierna: de UK Club), een garantie laten stellen ter opheffing van het beslag op de “Tequila”.

Transcor heeft op 12 december 2014 het beslag opgeheven tegen afgifte van een garantie van de UK Club (hierna: de garantie). De voor deze beoordeling relevante passages van de garantie luiden als volgt:

“In consideration of your releasing and/or refraining from arresting now the mv Tequila presently in the Port of Antwerp for the claim described hereunder;

we, [UK Club] [..]

herewith irrevocably and unconditionally declare to go jointly and severally bail with:

[Barker Hill] [..]

And

[OWB NL] [..]

up to a maximum amount of 31.019,86 USD [..]

in favour of [Transcor] [..]

This guarantee is given in order to secure payment of any amount awarded to [Transcor] in principal, interests and costs by any enforceable decision of a competent court and/or by arbitration award and/or by any written amicable settlement arrived at between the parties in respect of the claim as described in the arrest request and authorisation to arrest by the Antwerp Arrest judge of the 11th December 2014 in respect of invoice [Transcor] VTB 14/10/395 dd. 29/10/2014.

Payment to be done at first written demand directed to our above address accompanied by such amicable settlement and/or enforceable decision.

[..]

This guarantee is given under all reserves and without admission of liability, and is not a recognition of the validity of the arrest and/or the amounts claimed for, the right of disputing in the court the request to arrest being expressly reserved.

This guarantee is governed by Belgian law and only the Antwerp courts are competent.”.

Barker Hill heeft aan UK Club een vrijwaringsbrief verstrekt, waaronder Barker Hill dient te betalen al hetgeen UK Club onder de garantie dient te betalen.

2.13. Transcor heeft voorts bij exploit van 11 december 2014 gedagvaard “BEZGODKOV Sergiy, scheepskapitein q.q. de wettelijke vertegenwoordiger van de scheepseigenaar van het ms ‘Tequila’, beweerdelijk zijnde een vennootschap ‘Baker Hill Enterprises SA, zich thans bevindende aan boord van zijn schip ms ‘Tequila’ te [..] Antwerpen” om voor de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen ter zake van de vordering van US\$ 22.022,85 met nevenvorderingen. Het exploit bevat onder meer de volgende stellingen: “Aangezien verzoekster [lees: Transcor; rechtbank] via [OWB NL] het verzoek ontving om brandstof te leveren aan boord van het schip ms ‘Tequilar’ en de verkoopconfirmatie uitdrukkelijk vermeldt dat de verkoop geschiedt voor rekening van het betrokken schip ‘Tequila’ en tevens [OWB NL]

Dat het betrokken schip de bestelde brandstoffen (‘bunkers’ genaamd) ontving en in ontvangst nam en het bunkerontvangsbewijs (bunker delivery receipt genoemd) aftekende;

Dat de betrokken leverantie gefactureerd werd aan het schip vernoemd, haar eigenaar en bevrachter alsmede [OWB NL]

Dat de niet-betwiste factuur t.b.v. 22.022,58 USD onbetaald en openstaande is, welk bedrag te verhogen valt met de laattijdigheidsinteressen cfr. de Wet op de Bestrijding van de Betalingsachterstal;

Aangezien onderhavige vordering een niet-betwiste factuur mbt. een aanvaarde levering betreft en bijgevolg bij wege van korte debatten op grond van art. 735 Ger.Wb. behandeld kan worden op de inleidingszitting.”.

2.14. Bij exploit van 29 oktober 2015 heeft Transcor bij de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen een vordering aanhangig gemaakt tegen OWB NL ter zake van dezelfde vordering.

2.15. Deze procedures in België zijn aanvankelijk aangehouden in afwachting van de uitkomst van de onderhavige procedure. Teneinde een mogelijke problematiek van litispendingie te vermijden, hebben de advocaten van Transcor ter comparitie toegezegd deze beide procedures te beëindigen.

3. De vorderingen en verweren

3.1. Transcor vordert – kort gezegd – om bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis:

- primair OWB NL te veroordelen tot betaling aan Transcor van US\$ 22.022,58 aan hoofdsom, US\$ 250 aan vertragsboete, contractuele vertragsrente van 2% per maand over de hoofdsom, € 1.642,13 aan beslagkosten en vergoeding van de buitengerechtelijke incassokosten en de proceskosten;
- subsidiair OWB NL te veroordelen tot het primair gevorderde, met dien verstande dat de titel niet ten laste van de boedel van OWB NL ten uitvoer kan worden gelegd maar slechts op vermogensbestanddelen welke niet tot de boedel behoren;
- voorts Barker Hill te veroordelen om te gehengen en te gedogen dat de primaire althans de subsidiaire vordering van Transcor tegen OWB NL wordt toegewezen.

3.2. Daartoe voert Transcor – samengevat weergegeven – het volgende aan.

Transcor vordert nakoming van de verbintenissen onder de koopovereenkomst, namelijk de verplichting tot betaling van de onder 2.4 genoemde factuur, vermeerderd met renten en kosten.

Transcor verlangt een veroordelende titel ten laste van OWB NL te verkrijgen teneinde deze onder de garantie uit te winnen. Barker Hill dient te gehengen en gedogen dat Transcor die titel onder de garantie verhaalt.

3.3. De conclusie van Barker Hill strekt – kort gezegd – tot afwijzing van de vorderingen met veroordeling van Transcor in de proceskosten, bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis.

3.4. Daartoe voert Barker Hill – samengevat weergegeven – het volgende aan.

Barker Hill kan niet worden aangemerkt als de koper van de bunkerolie ten opzichte van Transcor, dat was OWB NL. OWB NL trad niet op als vertegenwoordiger van Barker Hill. Barker Hill is daarom niet de schuldenaar van de koopprijs.

Barker Hill heeft de koopprijs voor de door haar van OWB Malta gekochte en (door Transcor en Trefoil als uitvoeringshulpen van deze) afgeleverde bunkerolie desgevraagd betaald aan ING, de pandhouder of cessionaris van OWB Malta. Daarmee heeft Barker Hill aan haar verbintenis tot betalen van de koopprijs voldaan.

De vordering tegen OWB NL kan slechts bij de curator worden ingediend, ter verificatie. Transcor heeft die weg ook gevolgd en dient daaraan te worden gehouden.

Ten onrechte tracht Transcor langs de weg van de garantie betaling te verkrijgen, niet van OWB NL maar van UK Club, die voor zodanige betaling regres heeft op Barker Hill. Barker Hill loopt zodoende het risico dat bij toewijzing van de vordering tegen OWB NL (bij verstek) zij twee keer moet betalen voor de aan haar geleverde bunkerolie. Daarom dient de vordering tegen OWB NL niet (bij verstek) te worden toegewezen. Barker Hill behoeft onder deze omstandigheden niet te aanvaarden dat een OWB NL veroordelend vonnis onder de garantie zal worden verhaald.

3.5. Barker Hill is geïntervenieerd in het geding tussen Transcor en OWB NL. Onder verwijzing naar haar standpunt in conventie, vordert Barker Hill – kort gezegd – dat de rechtbank bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis:

- primair Transcor niet ontvankelijk zal verklaren in haar vorderingen tegen OWB NL (althans haar curator, althans haar bestuurder) dan wel deze vorderingen zal afwijzen en voor recht zal verklaren dat Barker Hill niet verplicht is om een tweede keer te betalen voor dezelfde levering van de bunkerolie, waartoe het uitwinnen van de garantie zal leiden;
- subsidiair, indien Transcor ontvankelijk is in haar vorderingen tegen OWB NL en de vorderingen van Transcor tegen OWB NL niet worden afgewezen, de primaire en/of de subsidiaire vorderingen van Transcor alleen toe te wijzen onder de uitdrukkelijke voorwaarde dat Transcor enige titel niet ten uitvoer mag leggen onder de garantie;
- meer subsidiair, indien de primaire en/of subsidiaire vordering(en) van Transcor tegen OWB NL (althans haar curator, althans haar bestuurder) zonder beperking worden toegewezen, tegelijkertijd voor recht zal verklaren dat Transcor gehouden is Barker Hill te vrijwaren tegen alle nadelige gevolgen van een mogelijke tenuitvoerlegging van een tegen OWB NL (althans haar curator, althans haar bestuurder) verkregen titel en

Transcor tevens zal veroordelen per omgaande een afroepgarantie van een bank te doen stellen ten gunste van Barker Hill ter hoogte van US\$ 50.000 of een door de rechtbank te bepalen bedrag;

– uiterst subsidiair, indien de primaire en/of subsidiaire vordering(en) van Transcor tegen OWB NL (althans haar curator, althans haar bestuurder) zonder beperking worden toegewezen, tegelijkertijd voor recht zal verklaren dat Transcor gehouden is Barker Hill te vrijwaren tegen alle nadelige gevolgen van een mogelijke tenuitvoerlegging van een tegen OWB NL (althans haar curator, althans haar bestuurder) verkregen titel; met veroordeling van Transcor in de proceskosten.

3.6. In de zaak tussen haarzelf en Transcor vordert Barker Hill onder verwijzing naar haar standpunt in conventie, in voorwaardelijke reconventie voor het geval haar in tussenkost ingestelde vorderingen niet slagen – kort gezegd – dat de rechtbank bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis:

– primair Transcor niet-ontvankelijk in haar vorderingen tegen OWB NL (althans haar curator, althans haar bestuurder) zal verklaren, althans deze zal afwijzen en voor recht zal verklaren dat Barker Hill niet verplicht is om een tweede keer te betalen voor dezelfde levering van de bunkerolie, waartoe het uitwinnen van de garantie zal leiden;

– subsidiair voor recht zal verklaren dat enige titel verkregen door Transcor naar aanleiding van het instellen van de in de dagvaarding genoemde vorderingen, niet ten uitvoer mag worden gelegd onder de garantie;

– meer subsidiair voor recht zal verklaren dat Transcor verplicht is Barker Hill te vrijwaren tegen alle nadelige gevolgen van een mogelijke tenuitvoerlegging van een tegen OWB NL (althans haar curator, althans haar bestuurder) verkregen titel en Transcor tevens zal veroordelen per omgaande een afroepgarantie van een bank te doen stellen ten gunste van Barker Hill ter hoogte van US\$ 50.000 of een door de rechtbank te bepalen bedrag;

– uiterst subsidiair, indien de primaire en/of subsidiaire vordering(en) van Transcor tegen OWB NL (althans haar curator, althans haar bestuurder) zonder beperking worden toegewezen, tegelijkertijd voor recht zal verklaren dat Transcor gehouden is Barker Hill te vrijwaren tegen alle nadelige gevolgen van een mogelijke tenuitvoerlegging van een tegen OWB NL (althans haar curator, althans haar bestuurder) verkregen titel; – met veroordeling van Transcor in de proceskosten.

3.7. De conclusies van Transcor in tussenkost en in voorwaardelijke reconventie strekken tot afwijzing van de vorderingen, met veroordeling van Barker Hill in de proceskosten bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis.

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

4. De beoordeling

4.1. Deze zaak betreft een internationaal geval, aangezien Transcor in België, OWB NL in Nederland en Barker Hill in Panama is gevestigd. Daarom dient de rechtbank eerst haar internationale bevoegdheid (rechtsmacht) en het toepasselijk recht te bepalen.

4.2. De rechtbank gaat ervan uit dat de bij exploit van 11 december 2014 tegen (de kapitein van de “Tequila” als vertegenwoordiger van) Barker Hill en bij exploit van 29 oktober 2015 tegen OWB NL bij de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen ingeleide procedures, die kennelijk dezelfde vorderingen en onderwerpen betreffen als de onderhavige zaken, conform de toezeggingen van de advocaten definitief zijn beëindigd. Vragen naar litispendingie kunnen daarom geen rol (meer) spelen.

De bevoegdheid

4.3. Ingevolge artikel 5 lid 1 Verordening (EU) Nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (Brussel Ibis-Vo) heeft de Nederlandse rechter bevoegdheid om van de vordering van Transcor tegen OWB NL kennis te nemen. De dagvaarding is, immers, na 10 januari

2015 uitgebracht en uit de stellingen van Transcor blijkt dat het gaat om een burgerlijke en handelszaak. De uitzondering van artikel 1 lid 2 aanhef en onder b Brussel Ibis-Vo is hier niet van toepassing. De Verordening (EG) Nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures (Insolventie-Vo), die van kracht was ten tijde van het instellen van de onderhavige procedure, geeft geen van het vorenstaande afwijkende regeling.

Op grond van artikel 99 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) is de rechtbank Rotterdam bevoegd. Ingevolge artikel 6 Brussel Ibis-Vo in samenhang met artikel 7 Rv heeft de Nederlandse rechter bevoegdheid om van de vordering van Transcor tegen Barker en die van Barker Hill in tussenkomst en in voorwaardelijke reconventie kennis te nemen. Transcor en Barker Hill hebben ter comparitie verklaard dat er geen discussie (meer) bestaat over de bevoegdheid van de Nederlandse rechter in deze zaak.

Op grond van artikel 107 Rv is de rechtbank Rotterdam bevoegd.

Het toepasselijk recht op de rechtsverhoudingen

4.4. De vraag naar ontvankelijkheid van Transcor in haar vorderingen tegen OWB NL dient op grond van artikel 4 lid 1 Insolventie-Vo te worden beoordeeld aan de hand van het Nederlandse faillissementsrecht, omdat de insolventieprocedure betreffende OWB NL in Nederland is geopend. Transcor en Barker Hill zijn het daarover eens.

4.5. De vraag naar het overigens op de rechtsverhouding tussen Transcor en OWB NL toepasselijke recht laat zich beantwoorden aan de hand van de Verordening (EG) Nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I-Vo), omdat uit de stellingen van Transcor blijkt dat het gaat om gestelde verbintenissen uit overeenkomst in een burgerlijke en handelszaak die na 17 december 2009 is gesloten.

Transcor baseert haar vorderingen tegen OWB NL op een internationale koopovereenkomst van een partij bunkerolie en stelt dat in de toepasselijke voorwaarden een keuze is gemaakt voor Belgisch recht. Nu België en Nederland partij zijn bij dat verdrag en gesteld noch gebleken is dat toepasselijkheid van dat verdrag is uitgesloten, is ingevolge artikel 1 aanhef en onder a van dat verdrag van toepassing het VN-verdrag inzake internationale koopovereenkomsten van roerende zaken van 11 april 1980 (CISG). Ingevolge artikel 3 lid 1 Rome I-Vo is ingevolge de rechtskeuze aanvullend Belgisch recht van toepassing.

4.6. Voor zover Transcor enige verbintenis van Barker Hill baseert op een gestelde contractuele grondslag, is ten aanzien van zodanige rechtsverhouding eveneens de Rome I-Vo van toepassing. Barker Hill baseert haar vorderingen tegen Transcor niet op enige contractuele grondslag.

De vraag naar het op een buiten-contractuele rechtsverhouding tussen Transcor en Barker Hill toepasselijke recht laat zich beantwoorden aan de hand van de Verordening (EG) Nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II-Vo).

De Rome II-Vo was temporeel van toepassing ten tijde van de bestelling van de bunkerolie in oktober 2014, respectievelijk de beslaglegging op de "Tequila" op 11 december 2014, toen de rechtsverhouding tussen partijen aanving. Die rechtsverhouding laat zich kwalificeren als een burgerlijke of handelszaak in de zin van artikel 1 Rome II-Vo.

Bij gebreke van een rechtskeuze in de zin van artikel 14 Rome II-Vo, wordt de rechtsverhouding ingevolge artikel 4 lid 1 Rome II-Vo beheerst door het recht van het land waar de schade zich voordoet, zich voordoen, nu Transcor en Barker Hill niet in hetzelfde land gevestigd zijn en gesteld noch gebleken is dat uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de buitencontractuele rechtsverhouding een kennelijk nauwere band heeft met een ander dan land. Het land waar eventuele schade van Transcor zich voordoet is het land van haar vestiging, België. Het land waar schade of dreigende schade (artikel 2 Rome II-Vo) van Barker Hill zich voordoet is eveneens België, omdat de (dreigende) financiële schade die Barker Hill in deze zaak stelt is een rechtstreeks gevolg is van de schade die Barker Hill leed of zou leiden ten gevolge van de beslaglegging en de vervanging van de in het beslag gelegen zekerheid door de garantie, welke beide in België plaats vonden.

De buitencontractuele rechtsverhouding tussen Transcor en Barker Hill wordt daarom door Belgisch recht beheerst.

De vorderingen in conventie en in tussenkomst

4.7. De rechtbank behandelt de vorderingen in conventie en in tussenkomst gezamenlijk.

De (ontvankelijkheid van Transcor in haar) vorderingen tegen OWB NL

4.8. Over de vorderingen van Transcor tegen OWB NL en de ontvankelijkheid van Transcor in die vorderingen overweegt de rechtbank het volgende.

4.9. Zoals hiervoor gezegd, is OWB NL per 21 november 2014 in staat van faillissement verklaard.

4.9.1. Ingevolge de Insolventie-Vo wordt het in Nederland over het vermogen van OWB NL geopende faillissement onder meer in België erkend.

4.9.2. Alle gerechtelijke acties vanwege Transcor tegen OWB NL, zoals de indiening van het verzoekschrift tot beslagverlof, de beslaglegging op de “Tequila”, de dagvaarding van OWB NL voor de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen en de dagvaarding voor deze rechtbank in de onderhavige zaak zijn van recenter datum dan 21 november 2014.

4.9.3. De faillietverklaring van OWB NL per 21 november 2014 heeft tot gevolg dat deze schuldenaar het beheer en de beschikking over haar tot het faillissement behorend vermogen (de faillissementsboedel, hierna: de boedel) is verloren en dat zij door haar handelingen de boedel niet meer kan binden (vgl. artikel 23 en 24 Faillissementswet; Fw). Deze regels hebben hun weerslag op de bevoegdheid van de gefailleerde om – als eiser of als gedaagde – in een gerechtelijke procedure op te treden. Daarbij is het van belang vast te stellen of de procedure de boedel raakt. Voor zover de vordering de boedel rechtstreeks betreft moet men onderscheid maken tussen vorderingen die voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel hebben en andere vorderingen.

4.9.4. Voor zover de boedel niet rechtstreeks bij de vordering betrokken is, is de procesbevoegdheid van de gefailleerde niet aangetast door de faillietverklaring. Hierbij valt te denken aan onder meer persoonlijke of familiezaken. Echter, ook bij dergelijke procedures kan het voorkomen dat de boedel belang heeft bij (de uitkomst van) de procedure. Daartoe kan de curator zich voegen of tussenkomen op de voet van artikel 217 Rv. Tegen een gewezen vonnis kan de curator opkomen met het rechtsmiddel van derdenverzet (artikel 376 - 380 Rv).

4.9.5. Vorderingen die voldoening uit de boedel ten doel hebben kunnen niet anders dan ter verificatie bij de curator worden ingediend (artikel 26 Fw). Dit geldt ook wanneer een dergelijke vordering ten tijde van de faillietverklaring reeds aanhangig was. Het geding wordt dan op grond van artikel 29 Fw geschorst, hetzij door een enkele mededeling van partijen, hetzij ambtshalve door de rechter.

4.9.6. De categorie andere vorderingen moet worden ingesteld door of tegen de curator (artikel 25 Fw). In deze gevallen is procederen door of tegen de gefailleerde, echter, niet uitgesloten, maar een eventuele veroordeling van de gefailleerde heeft tegenover de boedel geen rechtskracht en door of tegen de gefailleerde kan alleen buiten bezwaar van de boedel worden geprocedeerd (artikel 25 lid 2 Fw; vgl. HR 12 februari 1931, NJ 1931, 854 en HR 18 november 1983, NJ 1984/256 – Noord-Brabant c.s./Omega c.s.). De artikelen 27 en 28 Fw regelen het geval dat een vordering als bedoeld in artikel 25 Fw reeds aanhangig was ten tijde van de faillietverklaring; dan kan schorsing gevraagd worden. Uit HR 11 december 2009 ([ECLI:NL:HR:2009:BK0857](#) – AB&P/Axa) volgt dat ook in zodanig geval buiten bezwaar van de boedel kan worden geprocedeerd.

4.9.7. In het onderhavige geval is de curator in kennis gesteld van het geding doordat het exploit van dagvaarding ook aan curator mr. Otten is betekend.

4.10. Over de primaire vorderingen van Transcor tegen OWB NL en de ontvankelijkheid van Transcor in die vorderingen overweegt de rechtbank voorts het volgende.

4.10.1. Transcor vordert primair veroordelingen van OWB NL tot betaling van een hoofdsom, een boete, renten en kosten.

4.10.2. Zodanige vorderingen strekken tot voldoening uit de boedel. Zoals hiervoor gezegd, kunnen deze vorderingen niet anders dan ter verificatie bij de curator worden ingediend (artikel 26 Fw) en wel op de in artikel 110 Fw bepaalde wijze.

Transcor heeft dat ook gedaan.

4.10.3. Daarom kan Transcor in haar primaire vordering tegen OWB NL niet worden ontvangen.

4.11. Over de subsidiaire vorderingen van Transcor tegen OWB NL en de ontvankelijkheid van Transcor in die vorderingen overweegt de rechtbank voorts het volgende.

4.11.1. Transcor vordert subsidiair ten aanzien van OWB NL hetzelfde als primair, maar in dit geval uitdrukkelijk zonder dat de titel ten laste van de boedel ten uitvoer kan worden gelegd maar slechts op vermogensbestanddelen welke niet tot de boedel behoren. Transcor heeft verklaard dat de vorderingen strekken ter verkrijging van de vaststelling dat OWB NL het bedrag van haar onder 2.4 genoemde factuur aan haar verschuldigd is en dat zij een zodanig vonnis niet ten laste van enig vermogen van OWB NL zal verhalen, maar onder de garantie.

4.11.2. Mede naar aanleiding van het verweer van Barker Hill in tussenkomst, dat de bepalingen van de Faillissementswet aan het instellen van de subsidiaire vorderingen in de weg staan, overweegt de rechtbank het volgende.

Zoals hiervoor onder 4.9.6 besproken, bestaat er een categorie vorderingen die de boedel wel raakt, maar die niet strekken tot voldoening uit de boedel. Zodanige vorderingen dient een schuldeiser ingevolge artikel 25 lid 1 Fw in beginsel tegen de curator in te stellen. Echter, uit het tweede lid van dat artikel volgt dat zodanige vorderingen ook tegen de gefailleerde zelf kunnen worden ingesteld, zij het buiten bezwaar van de boedel en zonder rechtskracht ten opzichte van de boedel. In de onder 4.9.6 genoemde rechtspraak wordt dat bevestigd.

4.11.3. Inderdaad vallen de subsidiaire vorderingen van Transcor, gelezen in de vorm als samengevat onder 4.11.1, binnen het kader van artikel 25 Fw. Het gaat uitdrukkelijk niet om enige vordering die strekt tot het verkrijgen van voldoening uit de boedel. Ook bij het door Transcor voorziene verhaal van een de subsidiaire vorderingen toewijzend vonnis onder de garantie leidt dat niet tot enige (indirecte) belasting van de boedel, omdat de garantie niet vanwege OWB NL is gesteld, maar door UK Club en uiteindelijk ten laste van Barker Hill.

4.11.4. Daarom komt de rechtbank tot de conclusie dat Transcor ontvankelijk is in haar, zodanig gelezen, subsidiaire vorderingen tegen OWB NL.

4.12. Vanwege OWB NL is niemand in het geding verschenen. Barker Hill voert in tussenkomst geen verweer tegen de door Transcor gestelde verschuldigdheid door OWB NL van de hoofdsom van de factuur van Transcor van 29 oktober 2014, boete, renten en kosten. Gezien de koopovereenkomst tussen Transcor en OWB NL met betrekking tot de bunkerolie en de aflevering daarvan, komen de vorderingen de rechtbank niet ongegrond of onrechtmatig voor. In dat kader stelt de rechtbank vast dat Transcor in de onderhavige procedure het standpunt inneemt dat (slechts) OWB NL als haar koper valt aan te merken en dat Transcor derhalve is teruggekomen van haar in het verzoekschrift tot beslagverlof en de dagvaarding, beide van 11 december 2014, ingenomen standpunt dat Barker Hill (of het schip zelf) als koper van de bunkerolie dient te worden aangemerkt en OWB NL als vertegenwoordiger (zie onder 2.11 en 2.13); zie ook hierna onder 4.13.1). Derhalve zal de rechtbank zodanige verschuldigdheid vaststellen.

Het verdere verweer en de eis in tussenkomst

4.13. Het verweer van Barker Hill (in conventie en in tussenkomst) komt erop neer dat de door Transcor voorgenomen verhaalsactie onder de garantie langs de band van OWB NL in feite te haren laste komt, terwijl zij niet de schuldenaar is van de vordering van Transcor op OWB NL en zij al heeft betaald voor de bunkerolie aan (ING als cessionaris of pandhouder van) haar verkoper OWB Malta, dat Barker Hill die

verhaalsactie daarom niet behoeft te gehengen of gedogen, dat die verhaalsactie onrechtmatig jegens haar is en daarom niet toelaatbaar is. Daarover overweegt de rechtbank het volgende.

4.13.1. Het huidige standpunt van Transcor (en Barker Hill) dat OWB NL als haar wederpartij onder de koopovereenkomst van de bunkerolie valt aan te merken (en niet als vertegenwoordiger van Barker Hill) vindt steun in haar eigen stellingen onder de nummers 1 en 4 van de dagvaarding en onder nummer 4 van de akte vooruitlopend op de comparitie van partijen. Voorts vindt dat standpunt steun in de “sales order confirmation” van Transcor van 22 oktober 2014 (productie 1 van Transcor), omdat deze bevestiging aan (geen ander dan) OWB NL is gericht en daarin staat vermeld “Account: [OWB NL] and/or MV TEQUILA”, terwijl deze bevestiging geen aanduiding bevat dat OWB NL daarbij als vertegenwoordiger optrad. Dat standpunt vindt ook steun in de factuur van Transcor van 29 oktober 2014, omdat Transcor die factuur, hoewel geadresseerd aan “M/V TEQUILA AND/OR OWNERS/CHARTERERS [OWB NL]” (zie onder 2.4), aan geen ander heeft gestuurd dan OWB NL. De rechtbank gaat er daarom vanuit dat de partijen bij die koopovereenkomst van de bunkerolie waren Transcor als verkoper en OWB NL als koper.

4.13.2. Geen regel van de op de rechtsverhouding tussen Transcor en OWB NL toepasselijke CISG of Belgisch recht bepaalt dat naast de koper, OWB NL, tevens de eigenaar van het schip aan boord waarvan de bunkerolie werd afgeleverd, verplicht is om de koopprijs te betalen.

4.13.3. Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat (geen ander dan) OWB NL gehouden is om de koopprijs onder de onder 2.4 genoemde factuur te betalen en dat Barker Hill dat niet is.

4.13.4. Men zou kunnen betogen dat Barker Hill door de ontvangst van de bunkerolie aan boord van haar schip “Tequila” in Rotterdam ongerechtvaardigd werd verrijkt en dat Transcor als verarmde partij een vordering tot schadevergoeding op Barker Hill kan doen gelden. Zodanig betoog gaat niet op, omdat Barker Hill die bunkerolie ontving op grond van de door haar met OWB Malta gesloten koopovereenkomst en omdat Barker Hill de koopprijs onder die overeenkomst heeft betaald.

4.13.5. Daargelaten dat het Belgische recht tot in juni 2016 wellicht niet duidelijk was, is een vordering wegens leverantie aan boord van een schip ten aanzien waarvan een ander dan de eigenaar of de bevrachter van dat schip als de schuldenaar valt aan te merken, niet verhaalbaar op het schip (vgl.: HvC 30 juni 2016, zaak C.16.0061 N – “Annette Essberger” in welke zaak Transcor partij was; HvC 26 september 2016, zaak C.16.0107.N – “Ramona”). Barker Hill behoefde dan ook niet ten gevolge van een beslag op de “Tequila” op te draaien voor de door OWB NL onbetaald gelaten factuur van Transcor van 29 oktober 2014.

4.13.6. De reden dat thans wel dreigt dat Barker Hill voor de door OWB NL onbetaald gelaten factuur van Transcor van 29 oktober 2014 moet opdraaien, ligt niet in enige rechtsregel, maar in een combinatie van de door Transcor in het verzoekschrift tot beslagverlof van 11 december 2014 ingenomen standpunten (en de bewoordingen van de garantie. In dat beslagrekest stelt Transcor, immers, dat Barker Hill (zelf) als schuldenaar van de factuur moet worden aangemerkt. Dat blijkt uit de onder 2.11 aangehaalde bewoordingen:

“Aangezien het schip en dus, zijn eigenaars en bevrachters gehouden zijn tot betaling van de betrokken leverantie nu in de gegeven en uitgevoerd bunkeropdracht duidelijk aangegeven is dat de leverantie voor hun rekening geschiedde;

Dat het betrokken schip zonder voorbehoud de bunkers voor haar besteld aanvaarde;

Dat de facturatie onder meer voor rekening van het schip haar eigenaars en bevrachters geschiedde via de intermediatie van hun tussenpersoon [OWB NL]”.

De Beslagrechter heeft mede op basis van die stellingen beslagverlof verleend (zie de bij productie 5 door Transcor overgelegde beschikking).

Vervolgens heeft Barker Hill met bijstand van UK Club de met het bewarend beslag verkregen zekerheid doen vervangen door de garantie, waarin is gesteld:

“In consideration of your releasing and/or refraining from arresting now the mv Tequila presently in the Port of Antwerp for the claim described hereunder;

we, [UK Club] [..]

herewith irrevocably and unconditionally declare to go jointly and severally bail with:

[Barker Hill] [..]

And

[OWB NL] [..]

up to a maximum amount of 31.019,86 USD [..]
in favour of [Transcor] [..]

This guarantee is given in order to secure payment of any amount awarded to [Transcor] in principal, interests and costs by any enforceable decision of a competent court and/or by arbitration award and/or by any written amicable settlement arrived at between the parties in respect of the claim as described in the arrest request and authorisation to arrest by the Antwerp Arrest judge of the 11th December 2014 in respect of invoice [Transcor] VTB 14/10/395 dd. 29/10/2014.”

In de garantie werd zodoende aangeknoopt bij het verzoekschrift tot beslagverlof. Die bewoordingen van de garantie brengen mee dat deze – op papier althans – ook strekt tot verhaal voor een vordering op OWB NL, los van de vragen of Barker Hill als schuldenaar van zodanige vordering dient te worden aangemerkt en of de vordering op de “Tequila” verhaalbaar is.

4.13.7. Zoals hiervoor overwogen, zou Transcor, de garantie weggedacht, voor haar vordering op OWB NL geen verhaal hebben op Barker Hill of de “Tequila”. Zou Transcor zodanig verhaal dan wel toekomen, nu zij inmiddels afstand heeft genomen van haar in het verzoekschrift tot beslagverlof en de daarop geënte garantie ingenomen, onjuiste standpunt dat zij verhaal heeft op Barker Hill of de “Tequila”? De vraag stellen is haar beantwoorden. De enkele omstandigheid dat de garantie is geformuleerd zoals zij is, biedt Transcor daaronder geen verhaal nu het Transcor is die (achteraf) tot het inzicht is gekomen dat haar ten tijde van de garantiestelling ingenomen standpunt niet juist is. Onder deze omstandigheden en in de wetenschap dat Barker Hill aan UK Club dient te vergoeden al hetgeen deze P&I Club onder de garantie aan Transcor zou moeten betalen, zou het jegens Barker Hill onrechtmatig zijn indien Transcor haar vordering op (geen ander dan) OWB NL onder de garantie zou kunnen uitwinnen.

4.14. De verweren in conventie en in tussenkomst treffen daarom doel.

4.15. Echter, met de uit te spreken vaststelling dat OWB NL de schuldenaar is van de hoofdsom van de factuur van Transcor van 29 oktober 2014, boete, renten en kosten en het afwijzen van de vordering tegen Barker Hill tot gehengen en gedogen, is – zoals Barker Hill terecht ziet – de angel nog niet uit de zaak. Immers, wellicht kan Transcor betaling van UK Club onder de garantie verkrijgen louter op basis van de genoemde vaststelling. Derhalve dienen de vorderingen van Barker Hill in tussenkomst te worden behandeld.

4.16. Uit hetgeen onder 4.11 is overwogen en geoordeeld, volgt dat de primaire vordering van Barker Hill dient te worden afgewezen.

4.17. Uit hetgeen onder 4.13 is overwogen en geoordeeld, volgt dat de subsidiaire vordering van Barker Hill dient te worden toegewezen. De rechtbank zal bepalen dat de titel houdende vaststelling van verschuldigheid door OWB NL niet mag worden ten uitvoer gelegd onder de garantie.

Slotsom

4.18. De slotsom is dat de rechtbank in conventie zal vaststellen dat OWB NL de hoofdsom van de factuur van Transcor van 29 oktober 2014, de boete, de renten en de kosten verschuldigd is, alsmede in tussenkomst dat zodanige titel niet mag worden ten uitvoer gelegd onder de garantie. Waar het Transcor te doen is om verhaal onder de garantie, dient zij als de in overgrote mate in het ongelijk gestelde partij te worden aangemerkt.

De overige vorderingen in conventie en in tussenkomst komen niet voor toewijzing in aanmerking.

4.19. Gezien deze slotsom, wordt de voorwaarde voor het instellen van de eisen in reconventie niet vervuld.

Proceskosten

4.20. De rechtbank zal Transcor als de in overgrote mate in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten veroordelen. De proceskosten in het interventie-incident dienen ook ten laste van Transcor te komen, nu gebleken is dat de tussenkomst nodig was.

De rechtbank zal de aan de zijde van Barker Hill tot deze uitspraak gevallen proceskosten begroten op: (...; *red.*)

Als gevorderd en niet zelfstandig bestreden, zal de rechtbank bepalen dat de proceskosten binnen veertien dagen na de dag van de uitspraak moeten zijn betaald.

Eveneens als gevorderd en niet zelfstandig bestreden, zal de rechtbank het vonnis voor zover het de proceskostenveroordeling betreft uitvoerbaar bij voorraad verklaren.

4.21. De kosten aan de zijde van de niet verschenen gedaagde worden begroot op nihil.

5. De beslissing

De rechtbank
in conventie:

5.1. verklaart Transcor niet-ontvankelijk in haar primaire vorderingen tegen OWB NL;

5.2. verklaart voor recht, zonder rechtskracht ten aanzien van de faillissementsboedel van OWB NL en zonder dat deze titel ten laste van de boedel ten uitvoer mag worden gelegd, dat OWB NL aan Transcor verschuldigd is ter zake van de koopovereenkomst van de bunkerolie, respectievelijk de factuur van Transcor van 29 oktober 2014:

– een hoofdsom ad US\$ 22.022,58;

– contractuele verdragingsboete ad US\$ 250;

– contractuele verdragingsrente van 2% per maand over de hoofdsom te rekenen vanaf 24 november 2014 tot aan de dag der algehele voldoening;

– een vergoeding van de kosten van het in Antwerpen gelegde bewarend beslag ad € 1.642,13 (ex BTW);

– een vergoeding van de door Transcor gemaakte buitengerechtelijke incassokosten (...; *red.*);

in tussenkomst:

5.3. verklaart voor recht dat Transcor de titel houdende de onder 5.2 gegeven verklaring voor recht niet mag ten uitvoer leggen onder de garantie;

in conventie en in tussenkomst voorts:

5.4. veroordeelt Transcor in de proceskosten;

(...; *red.*)

5.5. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

5.6. wijst af het meer of anders gevorderde;

in reconventie:

5.7. verstaat dat de voorwaarde voor de eisen in reconventie niet is vervuld.

Noot

1. Deze uitspraak ziet op de situatie waarbij een schuldeiser na faillissement van zijn debiteur, een betalingsgarantie wil inroepen, maar daarvoor vereist is dat aan de garant een vonnis wordt overhandigd, gewezen tegen de debiteur waarin bestaan en hoogte van de vordering is vastgesteld. De mogelijkheid een dergelijk vonnis te verkrijgen na faillissement is beperkt. De Faillissementswet schrijft voor dat (geld)vorderingen eerst ter verificatie moeten worden ingediend, en alleen in geval van betwisting ter verificatievergadering onderwerp van een (renvooi)procedure kunnen zijn. Tot die tijd kan in beginsel niet (verder) geprocedeerd worden over bestaan en hoogte van de vordering (art. 26 en 29 Fw). De ratio is dat ook andere schuldeisers in de gelegenheid moeten worden gesteld om de vordering ter verificatievergadering te betwisten en desgewenst deel kunnen nemen aan de (renvooi)procedure over bestaan en hoogte van de

vordering. In veel faillissementen vindt echter nooit een verificatievergadering plaats of kan het vele jaren duren voordat deze wordt gehouden. De garantie zou dan niet (tijdig) kunnen worden ingeroepen. Normaliter wordt hierom in de garantie bepaald dat ook tegen de garant geprocedeerd kan worden in geval van faillissement van de debiteur. In de hier besproken zaak was kennelijk geen sprake van een dergelijk beding.

2. Een geldvordering op de gefailleerde instellen in een procedure is dus niet mogelijk na faillissement. Het is wel mogelijk om over vorderingen die niet-verifieerbaar zijn, zoals vorderingen die strekken tot een verklaring voor recht, tot ontbinding of vernietiging etc., buiten de verificatieprocedure om te procederen (art. 25 en 28 Fw). Gelet hierop kan geprobeerd worden tijdens het faillissement een vonnis met een verklaring voor recht te verkrijgen dat ertoe strekt dat de gefailleerde een bepaald geldbedrag verschuldigd is, zodat op basis daarvan de garantie bij de derde kan worden getrokken. In HR 21 maart 2014, «JOR» [2014/152](#), m.nt. Bakker (*Publiekhuysen/SRC*) is echter geoordeeld dat over vorderingen die niet-verifieerbaar zijn, maar alleen tot doel hebben bestaan en hoogte van een verifieerbare vordering vast te laten stellen, ook niet buiten de verificatieprocedure om mag worden geprocedeerd als die vorderingen “geen zelfstandige betekenis hebben”. Heeft een vordering tot verklaring voor recht wel zelfstandige betekenis als die wordt ingesteld om een bankgarantie in te roepen? In Rb. Amsterdam 30 maart 2016, «JOR» [2016/249](#), m.nt. Bertrams, oordeelde de rechter hierover negatief. Daarbij werd echter ook betrokken dat door de (automatische) gevolgen van de contragarantie die de gefailleerde had gesteld als gevolg van het trekken van de garantie de boedel nadeel zou ondervinden en de facto de verificatieprocedure zou worden omzeild.

3. In de onderhavige casus lagen de feiten iets anders en komt de Rechtbank Rotterdam ook tot een andere conclusie. Samengevat draait het om het volgende. De eiser (“Transcor”) had een (onbetwiste) geldvordering op de gefailleerde gedaagde (“O.W. Bunker”). De geldvordering kon alleen ter verificatie worden ingediend bij de curator (art. 26 Fw) en dat had Transcor ook gedaan. Transcor had echter ook een garantie voor haar vordering die door een derde was gesteld. O.W. Bunker had hiervoor geen contragarantie afgegeven. Na het faillissement van O.W. Bunker wilde Transcor de garantie trekken en moest zij daarvoor een vonnis zien te verkrijgen waarin haar vordering op O.W. Bunker werd vastgesteld. De marsroute van Transcor bestond eruit dat O.W. Bunker (en niet de curator) werd gedagvaard en naast een primaire geldvordering subsidiair een veroordeling werd gevorderd die door de rechtbank wordt begrepen als een verklaring voor recht dat een bepaald bedrag door O.W. Bunker verschuldigd is, zonder dat de titel ten laste van de boedel ten uitvoer mag worden gelegd.

O.W. Bunker had zich niet gesteld in de procedure. Wel was een derde (“Barker Hill”) geïntervenieerd. Barker Hill had een contragarantie verstrekt jegens de garant. Als de garantie uiteindelijk getrokken zou worden, zou Barker Hill daar dus voor opdraaien. Barker Hill voerde onder andere het verweer dat de vordering alleen ter verificatie kon worden ingediend bij de curator.

4. De rechtbank geeft een goede samenvatting van wat de gevolgen van het faillissement zijn voor de mogelijkheden van de gefailleerde om – als eiser of gedaagde – in een procedure op te treden. Er zijn hier drie soorten rechtsvorderingen te onderscheiden. De eerste categorie betreft vorderingen die betaling uit de boedel tot doel hebben en geverifieerd kunnen worden. Over deze vorderingen kan buiten de verificatieprocedure om niet geprocedeerd worden tegen de curator of gefailleerde (art. 26 en 29 Fw). De tweede categorie betreft vorderingen die niet geverifieerd kunnen worden omdat zij niet strekken tot betaling uit de boedel, maar die wél betrekking hebben op rechten en plichten van de schuldenaar die tot de boedel behoren. Het gaat bijvoorbeeld om vorderingen tot vaststelling van een recht of rechtsverhouding, tot revindicatie of tot ontbinding of vernietiging van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst. Over dergelijke vorderingen kan buiten de verificatieprocedure om worden geprocedeerd (art. 25 Fw en art. 28 Fw). Een procedure hierover moet door of tegen de curator worden ingesteld (art. 25 lid 1 Fw). Procederen tegen de gefailleerde is echter niet uitgesloten maar dan heeft een veroordeling van de gefailleerde geen rechtskracht tegenover de boedel (art. 25 lid 2 Fw en HR 12 februari 1931, *NJ* 1931/854). Ook art. 28 Fw laat de mogelijkheid open dat over dergelijke vorderingen buiten de curator verder geprocedeerd wordt tegen de gefailleerde. De derde en laatste categorie betreft vorderingen die geen betrekking hebben op het tot de boedel behorende vermogen. Alleen de schuldenaar zelf is bevoegd hierover te procederen. Bij deze categorie vorderingen moet gedacht worden aan vorderingen inzake rechtshandelingen die na

faillietverklaring zijn verricht door de schuldenaar, persoons- en familierechten, (pensioen)rechten die buiten de boedel vallen, tuchtrechtelijke vorderingen etc.

5. De rechtbank komt uiteindelijk tot de conclusie dat de primaire vordering tegen O.W. Bunker (betaling van een geldbedrag) alleen ter verificatie kan worden ingediend en dat Transcor niet-ontvankelijk is (art. 26 Fw). De subsidiaire vordering tot een verklaring voor recht dat een geldbedrag verschuldigd is, kan wel worden toegewezen. Hiervoor worden de volgende argumenten gegeven. Ten eerste vloeit uit art. 25 lid 1 Fw voort dat een dergelijke vordering weliswaar tegen de curator moet worden ingesteld, maar volgt uit art. 25 lid 2 Fw en HR 12 februari 1931, *NJ* 1931/854 dat procederen tegen de gefailleerde ook mogelijk is (waarbij het gewezen vonnis dan geen rechtskracht heeft tegen de boedel). Ten tweede strekt de vordering uitdrukkelijk niet tot voldoening uit de boedel nu verhaal jegens de boedel in de ingestelde vordering uitdrukkelijk was uitgezonderd. Ten derde leidt het voorziene verhaal onder de bankgarantie ook niet tot een (indirecte) belasting van de boedel nu O.W. Bunker zelf geen contragarantie had gesteld.

6. De uitkomst acht ik passend gelet op het belang van Transcor om als gevolg van het faillissement niet met een onbruikbare garantie opgezadeld te worden. Bij de redenering van de rechtbank plaats ik wat vraagtekens. De rechtbank lijkt om mij onduidelijke redenen doorslaggevend te achten dat – kort gezegd – het vermogen dat tot de boedel behoort door toewijzing van de subsidiaire vordering niet geraakt wordt. Daarvoor zou van belang zijn dat vordering was ingesteld met daarin opgenomen de beperking dat die niet ten uitvoer gelegd kon worden op de boedel. De rechtbank voegt in het petitum daarnaast nog toe dat het vonnis geen rechtskracht heeft jegens de boedel. Dat het vonnis geen rechtskracht heeft jegens de boedel vloeit echter voort uit de wet (art. 25 lid 2 Fw). Er hoeft dus wat mij betreft geen beperking in de vordering zelf of in het petitum besloten te liggen wil deze toegewezen kunnen worden. De rechtbank lijkt het verder belangrijk te vinden dat er geen contragarantie was gesteld door de gefailleerde, maar ook dat acht ik niet doorslaggevend. Als een dergelijke contragarantie zou zijn verstrekt, is dat onderdeel van een vóór het faillissement vastgestelde rechtsverhouding tussen de garant en de gefailleerde waaraan de boedel na de faillietverklaring nu eenmaal gebonden is. Dit lijkt mij onvoldoende reden om de crediteur een oordeel over een (niet-verifieerbare) vordering te ontzeggen op basis waarvan hij betaling van de garant zou kunnen verkrijgen. Garanties waar na het faillissement geen vonnis vereist is om die te kunnen trekken of waar rechtstreeks tegen de garant kan worden geprocedeerd omtrent aard en omvang van de vordering, kunnen immers ook gewoon worden getrokken met alle gevolgen voor de boedel van dien.

7. Wanneer nu precies wel of geen beslissingen tegen de curator dan wel de gefailleerde kunnen worden gewezen buiten de verificatieprocedure om over vorderingen die eventueel in een andere vorm (ook) verifieerbaar zijn, blijft lastig. Uit HR 1 mei 1914, *NJ* 1914/707, vloeit in ieder geval voort dat de gefailleerde zelf geen procedures buiten de curator kan starten op basis van art. 25 lid 2 Fw. Verder zal een schuldeiser die op basis van art. 25 Fw wenst te procederen tegen de curator of de gefailleerde naar mijn mening altijd concreet moeten stellen waarom niet gewacht kan worden op de verificatieprocedure voor het laten beoordelen van een verklaring voor recht, ontbinding, vernietiging etc. Als er op dit punt goede argumenten worden aangevoerd is het wenselijk dat de rechter vervolgens welwillend naar een oplossing zoekt, mede omdat in de meeste faillissementen ook nooit een verificatievergadering plaatsvindt. Op dit punt bestaat mijns inziens ruimte voor rechterlijk maatwerk. Dit volgt uit het oordeel dat om redenen van doelmatigheid vorderingen ook buiten de verificatieprocedure mogen worden beoordeeld (HR 8 november 1991, *NJ* 1992/174 (*Nimox/van den End*)). Verzoeken om beslissingen moeten dus niet te snel worden afgedaan met als argument dat de verificatieprocedure maar moet worden gevolgd.

8. Alhoewel het een interessante uitspraak opleverde, schoot Transcor zelf uiteindelijk niets op met de bereidwilligheid van de rechter ten aanzien van de gevorderde verklaring voor recht. De rechter wijst namelijk ook het door Barker Hill (als interveniërende partij) in reconventie gevorderde verbod tot het daadwerkelijk inroepen van de garantie op basis van de verkregen uitspraak toe. Reden hiervoor is dat Barker Hill de garantie heeft doen stellen naar aanleiding van een beslag van Transcor onder Barker Hill met het oog op een directe actie tegen Barker Hill. Transcor besloot echter uiteindelijk alleen tegen O.W. Bunker een vordering in te stellen. Nu Barker Hill verder in haar verhouding met O.W. Bunker de betreffende vordering al had voldaan, acht de rechtbank het niet aanvaardbaar dat door het inroepen van de garantie Barker Hill nogmaals zou moeten betalen, terwijl na het opheffen van het onder haar gelegde beslag helemaal geen vordering tegen haar was ingesteld.

mr. M.C. van Genugten, advocaat bij Pot Jonker Advocaten te Haarlem