



Repertoriumnummer 2021 /
Datum van uitspraak 07 juni 2021
Rolnummer

Uitgifte

Uitgereikt aan	Uitgereikt aan	Uitgereikt aan
op € BUR	op € BUR	op € BUR

☐ Mededeelbaar aan de
ontvanger

Eindarrest

Hof van beroep Antwerpen

Arrest

kamer B4M
burgerlijke zaken

Aangeboden op
Niet te registreren

O. NV, met maatschappelijke zetel te ANTWERPEN,
appellant,

vertegenwoordigd door mr., advocaat

tegen het vonnis van de rechtbank van koophandel Antwerpen, afdeling Antwerpen van 15 maart 2017, aldaar gekend onder rolnummer [...]

tegen

1. **W. AS**, vennootschap naar vreemd recht, met maatschappelijke zetel te BERGEN
[Noorwegen]
geïntimeerde,

vertegenwoordigd door mr. en Mr., advocaten

2. **O.W. B.V.**, vennootschap naar Nederlands recht,
geïntimeerde,

niet verschenen, noch vertegenwoordigd

3. **M.** wonende te ROTTERDAM, **in zijn hoedanigheid van curator over het faillissement van O.W. BV**, vennootschap naar Nederlands recht, met zetel te NEDERLAND,
geïntimeerde,

vertegenwoordigd door mr. loco mr., advocaat

4. **INV**, vennootschap naar Nederlands recht, met maatschappelijke zetel te NEDERLAND,
geïntimeerde,

vertegenwoordigd door mr. , advocaat

De door de wet vereiste processtukken zijn in behoorlijke vorm overgelegd, waaronder het bestreden vonnis van de rechtbank van koophandel Antwerpen, afdeling Antwerpen van 15.3.2017 (rolnr. [...]), betekend aan O op 28.4.2017, het verzoekschrift, ter griffie

neergelegd op 16.5.2017, waarmee hoger beroep werd ingesteld, evenals de conclusies voor partijen.

De zaak werd op de terechtzitting van 3.5.2021 op tegenspraak behandeld en in beraad genomen.

Het hof verwijst naar de artikelen 780, 744 en 748 bis Ger.W. en slaat acht op de vorderingen en excepties zoals ze in het beschikkend gedeelte van de (laatste) syntheseconclusies voor partijen werden geformuleerd en gehandhaafd.

1.

Op 20.10.2014 zou de (niet in het geding zijnde) firma W.E. in haar hoedanigheid van scheepsmanager van het *ms...*, eigendom van W AS (verder kortweg 'W' genoemd), een hoeveelheid van 60,21 MT bunkers hebben besteld bij de (evenmin in het geding zijnde) firma B AS.

Dezelfde dag nog zou B deze bestelling zelf hebben "doorgeplaatst" bij OW, verder OW genoemd, die op haar beurt een beroep zou hebben gedaan op de fysieke bunkerleverancier nv O (verder O).

2.

OW maakte net als het toen onder het Noorse ondernemingsnummer ingeschreven B, deel uit van de groep die op 7.11.2014 failliet werd verklaard na aankondiging van substantiële verliezen door het verkeerd afdekken van financiële risico's (*hedging*). Die groep wordt verder de OWB-groep genoemd.

Door het faillissement van de moedervennootschappen, werd OW eveneens failliet verklaard door de rechtbank te Rotterdam, en dit op 21.11.2014.

Voorafgaand aan dit faillissement zou door de nv I (verder kortweg I genoemd) samen met anderen op 19.12.2013 een krediet zijn verstrekt via een overeenkomst met de titel: '*Multirecurring Revolving Borrowing Base Facilities Agreement*' (verder ook 'de kredietovereenkomst' genoemd).

Als zekerheid voor deze kredietverstrekking zouden de diverse entiteiten van de OWB-groep - waaronder ook OW - hun op dat moment actuele evenals hun toekomstige schuldvorderingen op de eindklanten hebben overgedragen aan I via een overeenkomst van eveneens 19.12.2013 genaamd '*English Omnibus Security Agreement*' (verder de overdrachtsovereenkomst). In deze overdrachtsovereenkomst zou I zijn aangeduid als zekerheidsagent (*security Agent*).

3.

Op 24.10.2014 zouden de bestelde bunkers in de haven van Sluiskil (Nederland) aan boord van het *ms* zijn geleverd door O.

Na de belevering van het *ms...*, heeft B hiervoor op 24.10.2014 een factuur gericht aan W voor een bedrag van 44.254,35 USD, met een betalingstermijn van 30 dagen.

Op 24.10.2014 heeft O op haar beurt een factuur voor een bedrag van 43.772,67 USD uitgesteld. Die factuur werd geadresseerd aan "*de meester en/of eigenaars en/of bevrachters en/of exploitanten van het ms ... en/of OW*", doch enkel verzonden aan OW.

Door het faillissement van OW zou deze factuur (net als een aantal andere voor gelijkaardige leveringen van bunkers uitgeschreven facturen) niet zijn betaald.

4.

Op 6.11.2014 heeft O. via haar raadsman een e-mail gericht aan/ter attentie van W., met verzoek tot betaling van de geleverde bunkers, hetgeen door W. geweigerd zou zijn omdat zij O. niet zou kennen als contractuele wederpartij.

5.

Gelet op de betalingsaanspraak van O. verstrekke W ter vermijding van het beslag op haar schip waarmee gedreigd werd, op 8.12.2014 een garantiebrieven onder de vorm van een bankgarantie, uitgereikt door D ASA (verder "D") waarin een betaling verzekerd werd voor een maximum bedrag van 61.281,74 USD tegen een uitvoerbaar vonnis of arbitrale sententie waarbij W. en/of OW tot betaling wordt veroordeeld van de factuur uitgesteld voor de levering van bunkers aan het *ms...* of tegen een dading.

6.

Op 17.12.2014 deed O. een aangifte van schuldvordering in het faillissement van OW.

7.

Op 6.1.2015 ging O. over tot dagvaarding van OW met het oog op haar veroordeling tot betaling van de som van 43.772,67 USD, vermeerderd met intresten en kosten en een schadebeding wegens de niet betaling van haar factuur van 24.10.2014.

Hoewel het de bedoeling zou geweest zijn OW enkel "buiten de boedel" aan te spreken, werd in die dagvaarding geen melding gemaakt van het faillissement van OW.

8.

Bij verstekvonnis van 10.2.2015 werd de vordering van O. door de eerste kamer van de rechtbank van koophandel te Antwerpen (afdeling Antwerpen) gegrond verklaard en werd OW veroordeeld tot betaling van de gevorderde hoofdsom van 43.772,67 USD, vermeerderd

met een schadevergoeding van 4.377,26 USD en de intresten aan 10% vanaf de vervaldatum van de factuur.

Ook dat vonnis bevat geen enkele directe of indirecte verwijzing naar het faillissement.

9.

Op 3.4.2015 heeft O. de verstrekte bankgarantie aan de hand van dat verstekvonnis van 10.2.2015 afgeroepen.

10.

Op 13.4.2015 werd door W. derdenverzet aangetekend tegen het verstekvonnis van 10.2.2015.

11.

Op 17.4.2015 is D. overgegaan tot uitbetaling aan O. van het bedrag van 52.400,83 USD in het kader van de door haar verstrekte bankgarantie.

12.

Op 19.5.2015 kwam I. vrijwillig tussen in de procedure.

13.

W vorderde voor de eerste rechter de toewijzing van haar derdenverzet tegen het verstekvonnis van 10.2.2015 gekend onder rolnummer A/15/354.

Zij vroeg dat de rechtbank zich opnieuw recht sprekend internationaal onbevoegd/ zonder rechtsmacht zou verklaren m.b.t. de vordering van O. tegen OW. Ondergeschikt vroeg zij de afwijzing van die vordering als onontvankelijk/ ontoelaatbaar, minstens ongegrond.

Verder stelde W een vordering in tegen O., strekkende tot de veroordeling van O tot terugbetaling aan D. van de sommen die zij had ontvangen na afroeping van de bankgarantie. Zij vroeg dat O. het verbod zou worden opgelegd om die bankgarantie af te roepen tot op het ogenblik van afsluiting van het faillissement van OW.

Verder vroeg zij de rechtbank om zich internationaal onbevoegd/ zonder rechtsmacht te verklaren voor wat de tegenvorderingen van O. tegen haar betreft, ondergeschikt deze onontvankelijk/ontoelaatbaar, minstens ongegrond te verklaren en zij vroeg de afwijzing van de tegeneis van O. opzichtens haar als tergend en roekeloos.

Tenslotte vorderde zij de veroordeling van O. tot de kosten van het geding, met inbegrip van een rechtsplegingsvergoeding van 2.750,- EUR.

14.

O. vroeg de rechtbank zich onbevoegd te verklaren om uitspraak te doen over de vorderingen van W. en I. tot terugbetaling aan D. van de sommen die zij van D. had ontvangen ingevolge de afroeping van de bankgarantie en tot het opleggen van een afroepverbod.

Zij concludeerde tot de afwijzing van het derdenverzet en van de vorderingen van W. en van I. als ontoelaatbaar/ onontvankelijk, minstens ongegrond.

In ondergeschikte orde, vorderde zij dat voor recht zou worden gezegd dat de beslissing op derdenverzet geen afbreuk doet aan het gezag van gewijsde van het bestreden vonnis in de verhouding tussen O., OW en D., en dat dit het bestreden vonnis onverminderd laat voortbestaan ten aanzien van OW en D.

In uiterst ondergeschikte orde, vorderde zij minstens te zeggen voor recht dat OW aan haar de betaling verschuldigd is van een bedrag in hoofdsom van 43.772,62 USD, een schadevergoeding van 4.377,26 USD, de verwijlinteresten aan een intrestvoet van 10% op 43.772,62 USD vanaf de vervaldatum van de factuur (zijnde 14.11.2014), de gerechtelijke interesten en de kosten van het geding, dit alles na desgevallend bij tussenvonnissen overeenkomstig o.a. art. 871 en 877 e.v. Ger.W. aan I en aan de curatoren q.q. OW te hebben bevolen om alle tussen hen bestaande overeenkomsten en alle tussen hen gevoerde briefwisseling dienaangaande voor te leggen.

Vervolgens vorderde O. bij tegeneis betaling door W. van de door haar aan het zeeschip *W Bremen* geleverde brandstoffen ten bedrage van 43.772,67 USD, een schadevergoeding van 4.377,26 USD, de verwijlinteresten aan een intrestvoet van 10% op 43.772,67 USD vanaf de vervaldatum van de factuur (zijnde 14.11.2014) en de gerechtelijke interesten.

Verder vroeg O. de rechtbank akte te nemen van haar op 23.10.2015 bij conclusie opzichts I ingestelde tussenvordering tot betaling van een schadevergoeding. Zij vorderde de veroordeling van I tot betaling van 48.149,93 USD, vermeerderd met de verwijlinteresten aan een interestvoet van 10% op 43.772,67 USD vanaf de vervaldatum van de factuur en de gerechtelijke interesten.

Zij vroeg de rechtbank om I desgevallend bij tussenvonnissen overeenkomstig o.a. art. 871 en art. 877 e.v. Ger.W. te veroordelen tot overlegging van haar volledige kredietdossier met betrekking tot alle vennootschappen van de OWB-groep met inbegrip van alle briefwisseling (daaronder ook begrepen elektronische post) die werd gevoerd tussen I en de betrokken vennootschappen van de OWB-groep sedert 1.8.2014, en van alle rapporten van aangestelden van I in verband met de betrokken vennootschap van de OWB-groep sedert 1.8.2014. Zij vroeg dat ook de curatoren q.q. OW veroordeeld zouden worden tot overlegging van die stukken in de mate dat deze in hun bezit zouden zijn.

Tenslotte stelde zij nog een tusseneis in tegen W en I, waarvan zij de hoofdelijke veroordeling beoogde, minstens de veroordeling in solidum, tot betaling van een schadevergoeding wegens tergend en roekeloos geding ten bedrage van 5.000,- EUR, vermeerderd met de gerechtelijke intresten.

Verder vroeg zij hun veroordeling tot de kosten van het geding, met inbegrip van een rechtsplegingsvergoeding ten bedrage van 3.000,- EUR, bedrag te verminderen tot het minimumbedrag, voor zover zij zelf als de in het ongelijk gestelde partij in de zin van artikel 1017 Ger.W. zou worden beschouwd.

15.

De curatoren qq. OW, die eerst in conclusie opwierpen dat O. na het faillissementsvonnis van 21.11.2014 geen vordering meer konden instellen voor een Belgische rechter (zie blz. 5 conclusie, neergelegd op 30.11.2015), concludeerden tot de toewijzing van het derdenverzet van W.

Zij vroegen dat de oorspronkelijke vordering van O. onontvankelijk zou worden verklaard en concludeerden tot afwijzing van de tegen hen gerichte en op de artikelen 871 en 877 Ger.W. gesteunde tegeneis tot overlegging van bijkomende stukken.

16.

I vorderde de toewijzing van haar vordering in tussenkomst en vroeg de rechtbank om het derdenverzet van W. en van haarzelf ontvankelijk en gegrond te verklaren. In hoofdde vroeg zij dat de rechtbank zich internationaal onbevoegd of zonder rechtsmacht zou verklaren, minstens dat zij de vorderingen van O. tegen OW zou afwijzen als onontvankelijk, minstens ongegrond.

I concludeerde ook tot afwijzing van de subsidiaire vordering van O. dat gezegd zou worden voor recht dat de beslissing op derdenverzet geen afbreuk doet aan het gezag van gewijsde van het bestreden vonnis in de verhouding tussen haarzelf en OW en D. en het bestreden vonnis onverminderd zou voortbestaan ten aanzien van deze twee laatste partijen.

Zij stelde zelf een tusseneis in tegen O., strekkende tot veroordeling van O. tot de terugbetaling aan D. van de sommen die zij had ontvangen na afroeping van de bankgarantie van 8.12.2014. Zij vroeg dat aan O. het verbod zou worden opgelegd om deze bankgarantie af te roepen tot op het moment van de afsluiting van het faillissement van O.

Zij concludeerde tot afwijzing van de vordering van O. tot overlegging van bijkomende stukken als ongegrond.

Verder vroeg zij de afwijzing van de door O. tegen W en tegen haar gestelde tussenvordering tot betaling van 43.772,67 USD, respectievelijk 48.149,93 USD, vermeerderd met aanleve, wegens gebrek aan rechtsmacht, en minstens als onontvankelijk, eventueel ongegrond.

Zij concludeerde verder tot afwijzing van de tegenvordering van O. tegen haarzelf wegens tergend en roekeloos geding als ongegrond.

Verder vroeg zij de veroordeling van O. tot de kosten van het geding met inbegrip van een rechtsplegingsvergoeding van 3.000,- EUR.

17.

Bij het bestreden vonnis van 15.3.2017, gewezen in de zaak A/15/5170, verklaarde de rechtbank het verzet ontvankelijk en gegrond. Het verstekvonnis van 10.2.2015, gewezen in de zaak A/15/354, werd als volgt hervormd.

De rechtbank

- verklaarde de oorspronkelijke vordering van O. tegen OW onontvankelijk;
- verklaarde de subsidiaire vordering van O., strekkende tot het horen zeggen voor recht dat de beslissing op derdenverzet geen afbreuk doet aan het gezag van gewijsde van het bestreden vonnissen aanzien van OW en D., ongegrond;
- verklaarde zich zonder rechtsmacht om kennis te nemen van de tegenvordering van O tegen W, strekkende tot betaling van de geleverde bunkers, vermeerderd met schadevergoeding en intresten;
- verklaarde zich zonder rechtsmacht om kennis te nemen van de tusseneis van O. opzichts I., strekkende tot de betaling van een schadevergoeding;
- verklaarde de vordering van W. en I. gegrond en veroordeelde O. tot terugbetaling van de onder de bankgarantie ontvangen sommen in afwachting van de afwikkeling van het faillissement van OW en zegde voor recht dat de bankgarantie niet kan worden afgeroepen voor de sluiting van dit faillissement;
- verklaarde de tegenvordering van O. opzichts I en de curatoren van OW strekkende tot neerlegging van stukken ongegrond;
- verklaarde de tegenvordering van O. opzichts W en I wegens tergend en roekeloos geding ongegrond.
- veroordeelde O. tot de kosten van het geding, in hoofde van W. begroot op de kosten van de dagvaarding in derdenverzet ten bedrage van 852,78 EUR en een rechtsplegingsvergoeding van 3.000,- EUR, en in hoofde van I. vereffend op een rechtsplegingsvergoeding van 3.000,- EUR.

18.

Tegen dit vonnis werd hoger beroep ingesteld door O. bij verzoekschrift, ter griffie neergelegd op 16.5.2017. Dit hoger beroep is gericht tegen W., OW, de curatoren q.q. OW en tegen I.

O. vordert in haar laatst neergelegde syntheseconclusie de toewijzing van haar eigen hoger beroep en de afwijzing van de incidentele beroepen en vorderingen van de wederpartijen als onontvankelijk, minstens ongegrond.

O. vordert dat het hof zich opnieuw recht doende met rechtsmacht/ bevoegdheid zou verklaren om kennis te nemen van de vorderingen van O. Zij vordert de afwijzing van het derdenverzet, de tussenkomst en de vorderingen van W., I. en de curatoren q.q. OW als ontoelaatbaar/ onontvankelijk, minstens ongegrond. Aldus zou het op derdenverzet aangevochten vonnis van 10.2.2015 bevestigd moeten worden *“met dien verstande dat de veroordeling niet ten laste van de boedel van de failliete vennootschap O.W. B.V. ten uitvoer kan worden gelegd maar slechts op vermogensbestanddelen welke niet tot die boedel behoren”*.

Subsidiair vordert O. dat voor recht zou worden gezegd dat de beslissing op derdenverzet geen afbreuk doet aan het gezag van gewijsde van het op derdenverzet aangevochten vonnis in de verhouding tussen O., O.W., en D., en het op derdenverzet aangevochten vonnis dus onverminderd laat voortbestaan ten aanzien van OW en D.

Uiterst subsidiair vordert O. dat minstens voor recht gezegd zou worden dat O.W. aan O. de betaling verschuldigd is van:

- een bedrag in hoofdsom van 43.772,67 USD
- een schadevergoeding van 4.377,26 USD
- verwijlinteressen aan een interestvoet van 10% op 43.772,67 USD vanaf de vervaldatum van de factuur (zijnde 14.11.2014) en de gerechtelijke interesten
- de kosten van het geding, met inbegrip van 668,01 EUR dagvaardingskosten en 1.100,- EUR rechtsplegingsvergoeding

met dien verstande dat de veroordeling niet ten laste van de boedel van de failliete vennootschap OW ten uitvoer kan worden gelegd, maar slechts op vermogensbestanddelen welke niet tot die boedel behoren.

Verder vordert O. de veroordeling van W. tot betaling van de door O. aan het zeeschip *W Bremen* geleverde brandstoffen en dus de veroordeling van W. tot betaling aan O. van:

- de hoofdsom van 43.772,67 USD
- een schadevergoeding van 4.377,26 USD
- verwijlinteressen aan een interestvoet van 10% op 43.772,67 USD vanaf de vervaldatum van de factuur (zijnde 14.11.2014) en de gerechtelijke interesten.

Zij vordert de veroordeling van W. tot alle gedingskosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoedingen, aan de zijde van O. begroot op een rechtsplegingsvergoeding van 3.000,- EUR per aanleg.

Voor het geval zijzelf als de in het ongelijk gestelde partij zou worden beschouwd, vraagt zij dat de rechtsplegingvergoeding bepaald zou worden op het minimumbedrag.

19.

W concludeert tot de ontoelaatbaarheid, onontvankelijkheid en/of nietigheid van het hoger beroep.

Zij stelt incidenteel beroep in met het oog op de hervorming van het bestreden vonnis in de mate de eerste rechter oordeelde dat hij over de vereiste rechtsmacht beschikte om kennis te nemen van de vordering van O tegen OW en zij vordert dat het hof zich ter zake zonder rechtsmacht/ internationaal onbevoegd zou verklaren.

Zij stelde ook een tussenvordering in, waarbij zij vordert dat alvorens recht te doen, O, OW en I overeenkomstig art. 877 Ger.W. bevolen zouden worden alle communicatie, onder welke vorm dan ook (e-mail berichten, chatgesprekken, telefaxen e.d.) tussen OW en O m.b.t. de (pre) contractuele onderhandelingen en de totstandkoming van de overeenkomst tot levering van bunkers aan het *ms* aan partijen mee te delen en ter griffie neer te leggen, onder verbeurte van een dwangsom van 5.000,- EUR per dag vertraging.

Ter terechtzitting van 3.5.2021 werd namens W. verklaard die tussenvordering tot overlegging van stukken niet langer te handhaven, waarvan akte.

Voor het overige vordert W. de afwijzing van het hoger beroep van O. als onontvankelijk, minstens ongegrond. Het bestreden vonnis zou minstens bevestigd moeten worden door toewijzing van het derdenverzet van W., door afwijzing van de vordering van O. tegen O.W. als onontvankelijk, door veroordeling van O. tot terugbetaling van de onder de bankgarantie ontvangen bedragen en door zich zonder rechtsmacht te verklaren m.b.t. de vordering van O. tegen W. Die laatst genoemde vordering zou minstens als onontvankelijk of ongegrond moeten worden afgewezen.

Ondergeschikt stelt zij incidenteel hoger beroep in, doch louter indien het hof de hoofd- en/of ondergeschikte vordering van O. tegen O.W. ontvankelijk en gegrond zou verklaren. In dat geval vraagt zij het hof om te zeggen voor recht dat O. niet gerechtigd was een gebeurlijk veroordelend arrest t.a.v. enkel O.W. ten uitvoer te leggen op enige door W. n.a.v. het scheepsbeslag op het *ms* verleende garantie, en O. te veroordelen tot terugbetaling van het bedrag van 52.400,83 USD dat door D. aan O. werd uitbetaald onder de bankgarantie.

Tot slot vordert zij de veroordeling van O. tot de kosten van het geding, aan haar zijde begroot op de rechtsplegingsvergoeding ten bedrage van 3.000,- EUR per aanleg.

20.

De curator q.q. OW concludeert tot de afwijzing van het hoger beroep van O. als ongegrond. Ook in hoger beroep argumenteert hij dat O. na het faillissementsvonnis van 21.11.2014

geen vordering meer kon instellen voor de Belgische rechter, zodat hij minstens maar zeker het gebrek aan rechtsmacht van die Belgische rechter opwerpt.

21.

I concludeert als volgt.

In hoofdorde vordert zij dat het hoofdberoep van O. nietig zou worden verklaard omdat het verzoekschrift hoger beroep niet geldig betekend werd aan OW.

Zij stelt incidenteel hoger beroep in tegen de beslissing van de eerste rechter waar deze oordeelde over de vereiste rechtsmacht te beschikken om kennis te nemen van de vorderingen van O. tegen OW ('en tegen W). Zij vraagt het hof dan te oordelen als volgt. In hoofdorde vraagt I. het bestreden vonnis op deze punten teniet te doen en, opnieuw rechtdoende, zich voor wat betreft de vorderingen van O. ten aanzien van OW (zowel in hoofdorde als in ondergeschikte orde) en ten aanzien van W, zonder rechtsmacht te verklaren.

In ondergeschikte orde, als het hof zou oordelen dat het rechtsmacht heeft, vraagt I dat het bestreden vonnis zou worden bevestigd en dat de vorderingen van O ten aanzien van OW en W zouden worden afgewezen als onontvankelijk, minstens ongegrond.

Verder vraagt I het hof om het bestreden vonnis te bevestigen

- m.b.t. de beslissing betreffende de ontvankelijkheid van de vordering tot tussenkomst van I;
- m.b.t. de beslissing betreffende de tussenvordering van I tot veroordeling van O tot terugbetaling aan D van de bedragen die O had ontvangen na afroeping van de bankgarantie van 8.12.2014, met verbod om de bankgarantie of andere zekerheid die desgevallend zou worden gesteld door de scheepseigenaar van het beleverde schip of een andere belanghebbende af te roepen tot op het moment van het sluiten van het faillissement van OW.

Zij concludeert tot afwijzing van de tussenvordering van W m.b.t. de overlegging van stukken overeenkomstig art. 877 Ger.W.

TOELAATBAARHEID RECHTSMIDDELEN

GELDIGHEID EN TOELAATBAARHEID HOGERE BEROEPEN

22.

W en I werpen de nietigheid op van het hoger beroep (of van de akte van hoger beroep) omdat het verzoekschrift waarmee door O hoger beroep werd ingesteld, dat ter griffie werd neergelegd op 16.5.2017, niet op rechtsgeldige wijze zou zijn betekend aan OW.

23.

Het hof wijst erop dat enkel O en OW partij waren in de zaak die geleid heeft tot het verstekvonnis van 10.2.2015. Hoewel O wist dat OW in staat van faillissement was verklaard, werd daarvan geen enkele melding gemaakt in de dagvaarding of in het verstekvonnis. De bewering dat dit gemeld zou geweest zijn aan de rechtbank van koophandel, en dat O de rechtbank toen gemeld zou hebben OW enkel 'buiten de boedel' te willen aanspreken, wordt op geen enkele wijze gestaafd.

24.

De dagvaarding in derdenverzet van 13.4.2015 werd zowel aan OW betekend, op het adres van haar laatste maatschappelijke zetel, als aan haar toenmalige curatoren

W heeft zich er op die wijze van verzekerd dat de oorspronkelijk verstek latende partij alleszins op een correcte wijze in de procedure op derdenverzet zou worden betrokken.

25.

De vraag stelt zich of het verzoekschrift waarbij het hoofdberoep werd ingesteld op rechtmatige wijze betekend werd aan OW, en of dat in het andere geval de nietigheid van de akte van hoger beroep tot gevolg heeft.

In deze zaak is de in staat van faillissement verklaarde vennootschap OW alleszins op rechtsgeldige wijze opgeroepen op het adres van de curator. Daarnaast werd OW ook opgeroepen te Rotterdam waarop ook verdere kennisgevingen en betekeningen zijn gebeurd. De gerechtsbrieven verzonden naar het adres te Rotterdam werden systematisch teruggezonden aan dit hof nu OW niet meer op dat adres bereikt kon worden. De meeste gerechtsbrieven die werden teruggezonden bevatten op de teruggezonden enveloppe een melding van de Nederlandse post dat de bestemming "verhuisd" was. O heeft in deze zaak de griffie bovendien verzocht OW op te roepen op het adres van haar voormalig bestuurder.

Krachtens art. 14 van de Verordening nr. 1393/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 13.11.2007 inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken en tot intrekking van de Verordening (EG) nr. 1348/2000 van de Raad (hierna afgekort door "Betekeningsverordening") kan elke lidstaat de betekening of kennisgeving van gerechtelijke stukken aan in een andere lidstaat verblijvende personen rechtstreeks door postdiensten doen verrichten bij aangetekend schrijven met ontvangstbevestiging of op gelijkwaardige wijze. Aan deze vereiste werd in casu voldaan.

Art. 19 van deze Betekeningsverordening voorziet dat, wanneer een stuk dat het geding inleidt of een daarmee gelijk te stellen stuk overeenkomstig de bepalingen van die verordening ter betekening of kennisgeving naar een andere lidstaat moest worden gezonden en de verweerder niet is verschenen, de rechter de beslissing aanhoudt totdat is gebleken dat:

a) hetzij van het stuk betekening of kennisgeving is gedaan met inachtneming van de in de wetgeving van de aangezochte lidstaat voorgeschreven vormen voor de betekening of kennisgeving van stukken die in dat land zijn opgemaakt en voor zich op het grondgebied van dat land bevindende personen bestemd zijn, of

b) hetzij het stuk daadwerkelijk is afgegeven aan de verweerder in persoon of aan zijn woonplaats op een andere in deze verordening geregelde wijze en dat de betekening of kennisgeving respectievelijk de afgifte zo tijdig is geschied dat de verweerder gelegenheid heeft gehad verweer te voeren.

Nog afgezien van het feit dat OW in eerste aanleg vertegenwoordigd werd door haar toenmalige curatoren, geschiedt de betekening ten aanzien van een niet-ontbonden privaatrechtelijke rechtspersoon krachtens art. 50 van het Nederlandse wetboek van burgerlijke rechtsvordering (hierna 'NWBR') aan het kantoor van de betrokken rechtspersoon of aan de persoon of de woonplaats van één van haar bestuurders; wanneer een curator is aangesteld kan de betekening dus ook rechtsgeldig geschieden aan de persoon of de woonplaats van de curator.

In casu werd alleszins rechtsgeldig betekend op het kantooradres van de curator die verweer voert namens de failliete vennootschap.

26.

De akte van hoger beroep werd OW dus op rechtsgeldige wijze ter kennis gebracht. Daarenboven zou de toepassing van art. 19 van de Betekeningsverordening slechts aanleiding kunnen geven tot het aanhouden van de beslissing.

De wijze waarop hoger beroep tegen het vonnis van 15.3.2017 kon worden ingesteld, wordt bepaald door het Belgisch gerechtelijk recht. Zelfs wanneer de akte van hoger beroep aangetast zou geweest zijn door een gebrekkige vermelding van het adres waarop een gedaagde in hoger beroep kon worden bereikt (art. 1057, 3° Ger.W.), zou een eventuele nietigheid ervan bij toepassing van art. 864 Ger.W. hoe dan ook gedekt geweest zijn nu zij niet voor enig ander middel werd opgeworpen. De nietigheid van de akte van hoger beroep werd in casu niet in limine litis opgeworpen.

Volkomen ten overvloede merkt het hof op dat in casu ook helemaal geen belangenschade wordt aangetoond.

Het hof kan slechts besluiten dat de akte van hoger beroep niet door nietigheid is aangetast.

27.

Het hoofdberoep werd tijdig ingesteld en de akte van hoger beroep is regelmatig naar de vorm. Bovendien spreekt het belang van O bij haar hoger beroep voor zich.

Dit hoger beroep is toelaatbaar.

28.

De incidentele hoger beroepen, ingesteld door W en door I, zijn eveneens toelaatbaar. Zij werden op regelmatige wijze in conclusie geformuleerd, en ook deze partijen hebben belang bij de door hen ingestelde beroepen.

TOELAATBAARHEID DERDENVERZET

29.

De dagvaarding in derdenverzet, op 13.4.2015 betekend op verzoek van W, is regelmatig naar de vorm. Bij gebrek aan betekening van het verstekvonnis van 10.2.2015 aan W, werd het derdenverzet binnen de door art. 1128 en art. 1129 Ger.W. bepaalde termijn en dus tijdig ingesteld.

30.

O werpt met verwijzing naar de artikelen 17 en 18 Ger.W. op dat W niet over het rechtens vereiste belang zou beschikken om dit rechtsmiddel aan te wenden.

W argumenteert dat zij door de afroep van de bankgarantie verplicht was om de onder die bankgarantie aan O betaalde bedragen, terug te betalen aan D. W beschikt dus wel degelijk over een actueel, reeds verkregen belang bij haar vordering. Het verstekvonnis benadeelde de rechten van W op ingrijpende wijze.

31.

Verder argumenteert O dat het derdenverzet bij toepassing van art. 1130 Ger.W. als ontoelaatbaar zou moeten aangemerkt.

Art. 1130 Ger.W. bevat evenwel geen toelaatbaarheidsvereiste, maar enkel een bepaling m.b.t. de rechtsgevolgen van de toewijzing van een derdenverzet. Bovendien spreekt het voor zich dat in casu de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing onverenigbaar zou zijn met de tenuitvoerlegging van de vernietigde beslissing. O verwacht het door art. 1130 Ger.W. bepaald criterium (de onverenigbaarheid) ten onrechte met datgene dat geldt voor de onsplitsbaarheid (de materiële onmogelijkheid).

Het hof merkt hierbij op dat het voor zich spreekt dat de tenuitvoerlegging van het verstekvonnis, gewezen lastens OW waarvan niet gemeld was dat die failliet was verklaard en waarbij - in tegenstelling tot wat O beweert – geen beperking tot een aanspraak 'buiten de boedel' was beoordeeld, volkomen onverenigbaar is met de tenuitvoerlegging van een beslissing waarbij bepaald zou worden dat enkel de Nederlandse rechter zich over zulk een vordering tegen de failliete vennootschap zou kunnen uitspreken, of dat die vordering ontoelaatbaar of ongegrond is.

Het hoger beroep van W is alleszins toelaatbaar, net zoals haar derdenverzet, en er kan gelet op het voorgaande hoe dan ook niet ingegaan worden op de vordering van O dat dit hof zou

bepalen dat zijn arrest het gezag van gewijsde van het vonnis van 10.2.2015 in de rechtsverhouding tussen O enerzijds en OW en D anderzijds, niet kan beïnvloeden.

32.

I heeft in haar verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomst, neergelegd op 19.5.2015, en in conclusie eveneens de nietigverklaring van het verstekvonnis gevorderd, en daarmee dus minstens impliciet ook zelf derdenverzet tegen het vonnis van 10.2.2015 ingesteld. Dit derdenverzet is eveneens tijdig. O leidt geen exceptie af uit het feit dat dit derdenverzet niet bij dagvaarding, maar bij verzoekschrift en daarna ook incidenteel bij schriftelijke conclusie overeenkomstig art. 1125, lid 2 Ger.W. werd ingesteld.

33.

O werpt op dat ook I geen belang zou hebben bij haar tussenkomst die een derdenverzet inhoudt. Bovendien argumenteert zij dat I als schuldeiser in de zin van art. 1122, lid 2, 3° Ger.W. niet over dit rechtsmiddel kon beschikken.

I die beweert in het kader van met de vennootschappen van de OWB-groep gesloten Overdrachtsovereenkomst de schuldvorderingen van de entiteiten van de OWB-groep op de eindklanten te hebben overgenomen, waaronder dus ook deze ten opzichte van W voor de bunkerlevering aan het *ms.*, heeft in haar hoedanigheid van “Security Agent” [zekerheidsagent - beheerder van de zekerheden van de overige kredietverstrekkers aan leden van de OWB-groep] kennelijk een eigen recht verkregen dat verschilt van datgene dat partijen in het geding laten gelden; zij beschikt over het vereiste belang en de hoedanigheid om via een vrijwillige tussenkomst mee verweer te voeren tegen de aanspraken van O die haar eigen rechtspositie nadelig kunnen beïnvloeden. Haar tussenkomst werd terecht als toelaatbaar aangemerkt.

I stelt haar vordering niet in in de hoedanigheid van schuldeiser van OW zelf. Ten overvloede weze opgemerkt dat, als die eis toch vanuit die hoedanigheid gesteld zou zijn, het derdenverzet niet is uitgesloten voor bevoorrechte schuldeisers. Zo bepaalt art. 1122, lid 2, 3° Ger.W. uitdrukkelijk: “...*behalve ... wanneer zij zich kunnen beroepen op een hypotheek, een voorrecht of enig ander recht dat buiten hun schuldvordering ligt*”.

I leidt het belang bij haar derdenverzet af uit het feit dat de uitkomst van het geding een evidente invloed heeft op haar mogelijkheid om de aan haar overgedragen schuldvordering op W, die de factuur van Bergen Bunkers niet betaald heeft om te vermijden dat zij twee keer voor éénzelfde bunkerlevering zou dienen te betalen, te innen. De negatieve invloed van het verstekvonnis op haar rechtstoestand, die voortvloeit uit de poging van O om niet gehinderd door gelijk welke samenloopregel en los van de rechten van de bevoorrechte schuldeisers zoals I, betaling te bekomen van haar schuldvordering op OW, spreekt voor zich, en dat belang volstaat.

Het derdenverzet vanwege I werd terecht toelaatbaar verklaard door de eerste rechter.

34.

Hoewel partijen amper aandacht hebben besteed aan dat gegeven, kan het hof er niet om heen dat ook de curatoren q.q. OW zich in hun conclusie, ter griffie neergelegd op 29.7.2015, aangesloten hebben bij het door W en I ingestelde derdenverzet. Zij hadden de rechtbank van koophandel ook van hun kant verzocht om te bepalen dat het de Belgische rechter na het faillissementsvonnis niet toekwam recht te spreken over de vordering van O en de oorspronkelijke eis hoe dan ook af te wijzen.

Nog afgezien van het feit dat de toewijzing van een derdenverzet in casu zou leiden tot een vernietiging van het bestreden verstekvonnis ten aanzien van alle partijen, en dus ook ten aanzien van OW/ de curator q.q. OW, lijkt de in hun conclusie geformuleerde vordering neer te komen op een eigen verzet, wat gelet op het feit dat art. 143 Wet 6.7.2017 nog niet in werking was getreden mogelijk zou geweest zijn, te meer daar het verstekvonnis hen niet betekend was. Gelet op de draagwijdte van art. 1130, lid 2 Ger.W. (supra), hoeft hier echter niet verder op te worden ingegaan. In die omstandigheden dient ook niet ingegaan te worden op de kennelijke ongeldigheid van de akte van betekening van 17.3.2015 op een voormalig, geruime tijd niet meer gebruikt kantooradres van de failliete vennootschap die geen kennis meer kon krijgen van brieven die aan dat adres zouden worden verzonden of van exploten die door verzending naar of achterlating op dat adres zouden worden betekend.

EXCEPTIE VAN INTERNATIONALE ONBEVOEGDHEID (*gebrek aan rechtsmacht*)

35.

Art. 7 van het Verdrag van Brussel tot het vaststellen van enige eenvormige regels betreffende het bewarend beslag op zeeschepen van 10.5.1952 is in casu zonder belang voor de beoordeling van de internationale bevoegdheid. In deze zaak werd immers niet overgegaan tot een bewarend beslag op het zeeschip toen het zich in het Rijk bevond, zodat hoe dan ook niet voldaan is aan de toepassingsvoorwaarde van art. 7.1° van dat Verdrag.

36.

O, OW en de curatoren q.q. OW hebben hun 'woonplaats' in een lidstaat van de Europese Unie. De bevoegdheidskwestie dient dus in die rechtsverhouding beoordeeld te worden in functie van de toepasselijke Europese Verordeningen, en wordt dus in casu niet geregeld door het Wetboek Internationaal Privaatrecht. De talrijke verwijzingen vanwege O naar dat wetboek zijn volkomen naast de kwestie voor wat de beoordeling van de rechtsvraag naar de internationale bevoegdheid m.b.t. de vordering van O tegen OW betreft.

W heeft haar zetel in Noorwegen. De internationale bevoegdheid in de rechtsverhouding tussen O en W wordt geregeld door het Verdrag van Lugano van 30.10.2007 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.

De verwijzing door O naar een uitspraak van een Canadese federale rechtbank is totaal irrelevant. Nog afgezien van het feit dat de huidige zaak berecht dient te worden aan de hand van wetten en hogere rechtsnormen, en niet aan de hand van precedentes (vgl. art. 6 Ger.W.), wordt niet ingezien wat het belang zou kunnen zijn van het oordeel van die rechtbank van buiten de Europese Unie voor de thans te beoordelen rechtsvraag naar de internationale bevoegdheid van dit hof.

Vordering O tegen OW

37.

W, de curator q.q. OW en I werpen op dat O na het faillissementsvonnis van 21.11.2014 geen vordering meer kon instellen voor de Belgische rechter. Al deze partijen werpen het gebrek aan internationale bevoegdheid of rechtsmacht op; dit geldt evenzeer voor wat de curatoren q.q. OW betreft, al wordt de door hen opgeworpen onmogelijkheid om zich tot de Belgische rechter te wenden in het beschikkend gedeelte van hun conclusie als een onontvankelijkheid gekwalificeerd. Onder de randnrs. 13 en 14 van hun conclusie, ter griffie neergelegd op 16.4.2018, wordt ook in hoger beroep opnieuw eerst en voor ieder ander middel de exceptie opgeworpen dat O na het faillissementsvonnis geen vordering tegen OW meer kon instellen voor een Belgische rechter.

Opmerking: Het komt het hof toe te bepalen wat de precieze aard is van de in die randnrs. 13 en 14 van die conclusie opgeworpen exceptie; deze blijkt onmiskenbaar een exceptie van internationale onbevoegdheid in te houden.

Nu een rechter die kennis neemt van een derdenverzet een volledige rechtsmacht uitoefent m.b.t. hetgeen in de bestreden beslissing werd beslist en de positie van de derde aanbelangt, mag de derde alle middelen in feite en in rechte aanvoeren, zonder daarbij beperkt te worden door de proceshouding die door de oorspronkelijke partijen was aangenomen (zie ook in die zin Cass. 29.6.2006, RABG 2007, 703; Cass. 2.5.2013, Arr.Cass. 2013, 1073). Daaruit vloeit voort dat ook W en I over de mogelijkheid beschikken de internationale bevoegdheid te betwisten.

38.

Bij arrest van het Hof van Justitie van 13.6.2013 werd geoordeeld dat de internationale bevoegdheid niet kan worden betwist na het tijdstip van de stellingname die naar nationaal procesrecht te beschouwen is als het eerste voor de aangezochte rechter voorgedragen verweer (zie HvJ 13.6.2013, C-144/12, ECLI:EU:C:2013:393C, r.o. 37).

Krachtens art. 854 Ger.W. moet de onbevoegdheid van de rechter voor wie de zaak aanhangig is, in de regel, voor alle exceptie of verweer worden voorgedragen. Derhalve dient ook de exceptie van internationale onbevoegdheid in limine litis opgeworpen te worden (HvJ, 7.7.2016, C-222/15, ECLI:EU:C:2016:525 en Cass., 2.1.2014, C.12,0463.N, www.juportal.be).

Het staat niet ter betwisting dat de exceptie van internationale onbevoegdheid of gebrek aan rechtsmacht zowel door de curatoren q.q. OW als door W en I in limine litis werd opgeworpen.

Bovendien werd OW in de verstekprocedure geacht de internationale bevoegdheid te betwisten, bij toepassing van art. 26.1 Verordening nr. 44/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 22.12.2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (Brussel I-Verordening).

Opmerking: De inleidende dagvaarding dateert van 6.1.2015; de vordering werd dus nog net voor 10.1.2015 ingesteld, zodat de zaak temporeel niet beheerst door de Verordening nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12.12.2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (Brussel I bis-Verordening), maar nog door de Brussel I-Verordening. Art. 28.1 van de Verordening nr. 1215/2012 bevat eenzelfde bepaling (vgl. ook art. 630, laatste lid Ger.W. voor wat de territoriale bevoegdheid betreft).

De rechtbank van koophandel had haar internationale bevoegdheid moeten onderzoeken nu OW niet ter terechtzitting van 3.2.2015 was verschenen en ook niet eerder een verklaring van verschijning had afgelegd.

Nu de internationale bevoegdheid van de Belgische rechtbanken en hoven m.b.t. de eis van O tegen OW niet als door OW aanvaard kan worden aangemerkt, dient deze thans nader te worden onderzocht.

39.

De vraag naar de internationale bevoegdheid wordt beoordeeld op het ogenblik van het aanhangig maken van de zaak. Deze bevoegdheid wordt dus in principe beoordeeld in functie van wat gevorderd werd in de dagvaarding van 6.1.2015. De nationale rechter kan zijn internationale bevoegdheid evenwel toetsen aan alle gegevens die hem ter beschikking staan, daaronder begrepen, in voorkomend geval, de betwistingen van de verwerende partij, zonder dat evenwel moet worden overgegaan tot een gedetailleerde bewijsvoering met betrekking van zowel voor de bevoegdheid als voor de gegrondheid relevante feiten, waardoor vooruitgelopen zou worden op het onderzoek van de gegrondheid (zie HvJ 28.1.2015, C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37, Harald Kolassa, r.o. 64; HvJ, 16.6.2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449, Universal Music, r.o. 45).

40.

Krachtens artikel 3.1. van de temporeel toepasselijke Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29.5.2000 betreffende insolventieprocedures (hierna afgekort door “Insolventieverordening”), is de lidstaat op wiens grondgebied de insolventieprocedure is

geopend, op grond van deze bepaling internationaal bevoegd om kennis te nemen van vorderingen die rechtstreeks uit deze procedure voortvloeien en daarmee nauw samenhangen (zie ook HvJ, 12.2.2009, C-339/07, Christopher Seagon /Deko Marty Belgium nv, Jur. 2009, I, 767).

Krachtens art. 1.2.b) van Verordening nr. 44/2001 is deze verordening niet van toepassing op het faillissement, akkoorden en andere soortgelijke procedures. [Vgl. ook art. 1.2.b) van Verordening nr. 1215/2012].

Het doorslaggevende criterium voor het Hof van Justitie om vast te stellen onder welk gebied een vordering valt, is niet de procedurele context van die vordering, maar de rechtsgrondslag van die vordering. Volgens deze benadering moet worden nagegaan of het recht of de verbintenis waarop de vordering is gebaseerd, voortvloeit uit de gemeenschappelijke regels van het burgerlijk recht en het handelsrecht dan wel uit specifieke afwijkende regels voor insolventieprocedures (zie HvJ arrest 6.2.2019, C-535/17, NK t. nv BNP Paribas Fortis, randnr. 28). Daarnaast is het volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie *“de intensiteit van het verband tussen een vordering in rechte en de insolventieprocedure die bepalend is voor de beslissing of de in artikel 1, lid 2, onder b), van verordening nr. 44/2001 genoemde uitsluiting moet worden toegepast”* (arrest van 9.11.2017, C-641/16, Tünkers France en Tünkers Maschinenbau, C-641/16, EU:C:2017:847, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

41.

De vordering van O ten opzichte van OW zoals gesteld in de dagvaarding, betreft de invordering van een onbetaald gebleven factuur, uitgeschreven voor het faillissement van OW, voor aan het zeeschip *ms* geleverde bunkers. Op het ogenblik van de betekening van de dagvaarding, was het faillissement van OW echter reeds enige tijd uitgesproken.

In zoverre O met de inleidende dagvaarding een titel beoogde die rechten opzichts de failliete boedel zou bevestigen, was zulk een vordering alleszins onderworpen aan wat ter zake door de artikelen 25 en 110 van de Nederlandse Faillissementswet van 30.9.1893 bepaald wordt.

Hoewel dat niet duidelijk uit de tekst van de dagvaarding blijkt, beweert O echter dat zij OW enkel buiten de boedel aanspreekt. Zij beroept zich daarbij op art. 25.2 Nederlandse Faillissementswet, op grond waarvan zij haar vordering zou hebben kunnen richten tegen OW zelf in plaats van tegen de curator q.q. OW, en zou zij zich aldus tot de Belgische rechter hebben kunnen wenden.

Art. 25 van de Nederlandse Faillissementswet luidt als volgt:

“1. Rechtsvorderingen, welke rechten of verplichtingen tot de failliete boedel behorende ten onderwerp hebben, worden zowel tegen als door de curator ingesteld.

2. Indien zij, door of tegen de gefailleerde ingesteld of voortgezet, een veroordeling van de gefailleerde ten gevolge hebben, heeft die veroordeling tegenover de failliete boedel geen rechtskracht.”

Volgens O zou een dergelijke vordering in de zin van art. 25.2 Nederlandse Faillissementswet niet onder de Insolventievordering vallen omdat die vordering betrekking heeft op het vermogen van de gefailleerde buiten de boedel en zou een daaruit voortvloeiende veroordeling van OW krachtens art. 25.2 van die wet geen rechtskracht hebben ten aanzien van de failliete boedel.

Evenwel blijkt dat O diezelfde vordering ook heeft gesteld ten opzichte van de boedel door een schuldvordering bij de curator te hebben ingediend, zoals bedoeld bij art. 26 Nederlandse Faillissementswet juncto art. 110 van diezelfde wet.

42.

Uit het advies van Prof. Mr B. Wessels te Dordrecht (randnrs. 11 - 13), door O zelf aangewend als overtuigingsstuk G.3, blijkt dat de vraag of de thans door O geformuleerde vordering ontvankelijk is, onder meer afhangt van de vraag of de vordering betrekking heeft op “niet verifieerbare verplichtingen” (verplichtingen, niet vallend onder art. 26 Nederlandse Faillissementswet), dan wel verplichtingen die tot de boedel behoren en die vallen onder art. 26 Nederlandse Faillissementswet.

In zoverre in de inleidende dagvaarding een vordering “buiten de boedel” gesteld werd, moet vastgesteld worden dat het antwoord op die rechtsvraag hoe dan ook de toepassing van de specifieke regels van het Nederlandse faillissementsrecht vereist.

Bovendien stelt zich de vraag of O in casu dezelfde vordering zowel ten opzichte van de failliete boedel van OW kan stellen (door het indienen in Nederland van een schuldvordering bij de curator in de zin van art. 26 juncto 110 Nederlandse Faillissementswet), als “buiten de boedel” in de zin van art 25.2. Nederlandse Faillissementswet door OW in België te dagvaarden met het oogmerk op het bekomen van een titel die uitvoerbaar zou zijn op vermogensbestanddelen “buiten de boedel”. Ter zake verwijst het hof naar het punt 4 van de voorafgaande overwegingen bij de Insolventieverordening, waarvan de tekst als volgt luidt: *“De goede werking van de interne markt moet verhinderen dat er prikkels voor partijen bestaan om ter verbetering van hun rechtspositie geschillen of goederen van de ene lidstaat naar de andere over te brengen (“forum shopping”).”*

Kennelijk wenst O een veroordeling van OW “buiten de boedel” te bekomen om op basis hiervan afroep te vorderen van de in het voordeel van O uitgestelde bankgarantie. In de bankgarantie lijkt hierbij geen onderscheid te zijn gemaakt tussen een vordering of veroordeling “buiten de boedel” in de zin van art. 25.2 Nederlandse Faillissementswet of “uit de boedel” in de zin van art. 26 van diezelfde wet.

43.

Hoe dan ook dient voor de beoordeling van de thans door O tegen OW ingestelde vordering, te worden uitgemaakt of de thans ingeroepen betalingsverplichting van OW ten opzichte van O zou kunnen beschouwd worden als een “niet verifieerbare verplichting” die buiten de boedel valt.

Deze vraag kan enkel beantwoord worden volgens de regels van het Nederlandse faillissementsrecht en niet volgens deze van het gewone burgerlijke en ondernemingsrecht.

Door het stellen van dezelfde vordering tegen OW, zowel buiten de boedel (art. 25.2 Nederlandse Faillissementswet) als ten opzichte van de boedel (art. 25.1 en 26 Nederlandse Faillissementswet), blijkt dat op zijn minst voldaan is aan de vereiste van een *“intens verband tussen een vordering in rechte en de insolventieprocedure”* zoals door het Hof van Justitie vooropgesteld als bepalend criterium voor de vraag of al dan niet de Insolventieverordening dient te worden toegepast. Door het stellen van beide vorderingen wordt immers door O aanspraak gemaakt op het volledige vermogen van OW (zowel de failliete boedel als het vermogen buiten de boedel), waarbij uitgemaakt zal moeten worden of de betalingsverplichting van OW ten opzichte van O al dan niet moet beschouwd worden als een verplichting die tot de boedel behoort.

De thans gestelde vordering van O “buiten de boedel” ten aanzien van OW in de zin van art. 25.2 Nederlandse Faillissementswet is dus wel degelijk gegrond op de specifieke, afwijkende regels voor insolventieprocedures, en niet op de gemene regels van het burgerlijk recht en het handelsrecht, zodat zij wel degelijk onder de toepassing van de Insolventieverordening valt.

Krachtens de uitsluiting van art. 1.2.b) Brussel I-Verordening juncto art. 3.1. van de Insolventieverordening, is het hof internationaal onbevoegd om over de vordering van O tegen OW te oordelen.

Nu het hof internationaal onbevoegd is om kennis te nemen van de vordering tegen OW, behoeft het middel van ontoelaatbaarheid van deze vordering, in zoverre gericht tegen OW, geen antwoord meer. Deze internationale onbevoegdheid geldt evenzeer m.b.t. de ondergeschikte vordering van O die ertoe strekt dat voor recht zou worden gezegd dat OW aan O betaling verschuldigd is van 43.772,67 USD, vermeerderd met aanleve, met dien verstande dat die titel slechts ten uitvoer zou kunnen worden gelegd op vermogensbestanddelen die niet tot de boedel van de failliete vennootschap behoren.

Tussenvordering O tegen W

44.

W, een vennootschap naar Noors recht, wier schip in Nederland beleverd werd na bestelling van bunkers door de Noorse scheepsexploitant bij een Noors bedrijf, wierp in eerste aanleg

in limine litis de exceptie van internationale onbevoegdheid op, ook voor wat de tussenvordering van O tegen haar betreft.

De eerste rechter verklaarde zich zonder rechtsmacht en dus internationaal onbevoegd om kennis te nemen van de vordering van O tegen W tot betaling van de prijs van de door de scheepsexploitant in Noorwegen bestelde en te Sluiskil (Nederland) geleverde bunkers, vermeerderd met een schadevergoeding en intresten.

W concludeert tot de bevestiging van het bestreden vonnis op dat vlak, terwijl O argumenteert dat de Belgische rechtbanken wel degelijk internationaal bevoegd zijn om van die vordering kennis te nemen.

45.

Hoger werd reeds geoordeeld dat het hof niet bevoegd is om van de oorspronkelijke hoofdeis van O tegen OW kennis te nemen. De vraag naar de internationale bevoegdheid m.b.t. de hoofdeis werd, zoals hoger vermeld, beoordeeld in functie van wat gevorderd werd in de dagvaarding van 6.1.2015 waarmee het geding werd ingeleid; het is die dagvaarding die bij de beoordeling van dat bevoegdheidsvraagstuk onderzocht diende te worden; het exploot dat op 13.4.2015 betekend werd hield immers slechts een rechtsmiddel in tegen het verstekvonnis waartoe de dagvaarding van 6.1.2015 aanleiding had gegeven.

46.

De internationale bevoegdheid in de rechtsverhouding tussen O en W, wordt geregeld door het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, ondertekend te Lugano op 30.10.2007 ('Verdrag Lugano 2007').

Gelet op de primauteit van het verdragsrecht, is de verwijzing door O naar afwijkende bepalingen van het Wetboek Internationaal Privaatrecht per definitie ondoeltreffend.

47.

Wanneer in het kader van een derdenverzet tegen een oorspronkelijk veroordelend vonnis, dat hervormd wordt op grond van de internationale onbevoegdheid om van de oorspronkelijke eis tegen de beweerde medecontractant kennis te nemen, een tussenvordering wordt ingesteld door de verwerende partij op derdenverzet, de oorspronkelijke eisende partij, tegen een eisende partij op derdenverzet die oorspronkelijk geen procespartij was, en die tussenvordering gesteund is op de - beweerdelijk op voortschrijdend inzicht gesteunde - bewering dat eigenlijk gecontracteerd zou geweest zijn met de eisende partij op derdenverzet, kan de internationale bevoegdheid van dit hof om van die tussenvordering kennis te nemen alleszins niet autonoom gesteund worden op art. 6.2 of 6.3 Verdrag Lugano 2007.

Deze bepaling wordt overigens niet eens door O ingeroepen ter staving van haar stelling dat de Belgische rechtbanken en hoven bevoegd zouden zijn om van haar eis tegen W kennis te nemen.

Opmerking: bij toepassing van art. 1125 Ger.W. moest het derdenverzet hoe dan ook worden ingesteld bij de rechter die de bestreden beslissing had gewezen, en dus bij de rechter die internationaal niet bevoegd was om van de oorspronkelijke vordering kennis te nemen. Het instellen van derdenverzet hield geen aanvaarding in van de bevoegdheid van de rechter voor wie het derdenverzet was ingesteld en die niet bevoegd was om de oorspronkelijke eis te beoordelen, om kennis te nemen van tussenvorderingen die de oorspronkelijk eisende partij tegen de eisende partij op derdenverzet zou instellen in de loop van die procedure op derdenverzet. W, die als derde bij de oorspronkelijke verstekprocedure bij toepassing van art. 1124 Ger.W. alle haar toebehorende rechten, rechtsvorderingen en excepties behouden had, beschikte wel degelijk over de mogelijkheid om de internationale bevoegdheid om van die tusseneis tegen haar kennis te nemen, in limine litis te betwisten.

48.

Het hof stelt verder vast dat O de internationale bevoegdheid voor wat haar tussenvordering tegen W betreft, ook niet ent op de door D op 8.12.2014 uitgeschreven bankgarantie, waarin een forumbeding ten gunste van de Antwerpse rechtbank van koophandel werd opgenomen. In die omstandigheden gaat het hof ervan uit dat de partijen bij het akkoord over het stellen van die bankgarantie en over de afroepmodaliteiten ervan, een enge invulling van dat forumbeding voor ogen hadden, en dat het geenszins de bedoeling was die bevoegdheid uit te breiden tot vorderingen die O mogelijkerwijze los van die bankgarantie tegen W zou willen instellen. Er wordt alleszins geen samenhang in de zin van art. 28 Verdrag Lugano 2007 ingeroepen met de tussenvordering die op de bankgarantie zelf betrekking heeft, en er stelt zich in casu geen gevaar van onverenigbare beslissingen.

49.

O beschouwt de internationale bevoegdheid van de Belgische hoven en rechtbanken m.b.t. haar tussenvordering tegen de Noorse scheepseigenaar die derdenverzet had ingesteld en die de internationale bevoegdheid in de oorspronkelijke zaak tegen de failliete Nederlandse contractspartij van O terecht betwist heeft, als een evidentie, hoewel het geschil kennelijk geen enkele andere band met België heeft dan dat O, de oorspronkelijke eisende partij zelf, daar haar “woonplaats” heeft en in haar eigen algemene voorwaarden ten opzichte van haar Nederlandse contractspartij OW de bevoegdheid van de Antwerpse rechtbanken zou hebben bedongen.

W is gevestigd in Noorwegen, de bunkers werden door de Noorse scheepsexploitant besteld in Noorwegen, bij een bunkerleverancier met zetel in Noorwegen, en de bunkers werden geleverd in Nederland. De enige bepaling van het Verdrag van Lugano van 2007 waarop O de

internationale bevoegdheid ent voor wat haar vordering tegen W betreft, is in casu art. 23 van dat Verdrag.

50.

Een geldig forumbeding in de zin van art. 23 van het Verdrag van Lugano 2007 veronderstelt in casu minstens dat partijen elkaars contractuele wederpartij zouden zijn bij de koop/verkoop van de scheepsbrandstof.

Dat artikel is immers van toepassing indien de contractspartijen een bevoegd gerecht hebben aangewezen bij schriftelijke overeenkomst of bij een schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst, of in een vorm die overeenstemt met een tussen de partijen gebruikelijk geworden handelswijze, of – in de internationale handel – in een vorm die overeenstemt met een gewoonte waarvan de partijen op de hoogte zijn of hadden behoren te zijn en die in de internationale handel algemeen bekend is en door partijen bij dergelijke overeenkomsten in de betrokken handelsbranche doorgaans in acht worden genomen.

Volgens de eerste rechter kunnen W en O op het eerste gezicht niet als contractspartijen van mekaar worden aangemerkt. In het bestreden vonnis werd benadrukt dat O enkel OW als haar contractuele wederpartij had beschouwd in de verstekprocedure; de bewering dat W zelf de contractueel met haar verbonden koper zou geweest zijn en dat OW slechts een lasthebber zou geweest zijn, leek moeilijk verenigbaar met wat in de dagvaarding van 6.1.2015 was geargumenteed.

51.

Het hof treft hoegenaamd geen schriftelijke overeenkomst aan of een schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst tussen O en W in de zin van art. 23.1.a) Verdrag Lugano 2007.

52.

Evenmin ligt enig bewijs voor van een overeenkomst tussen W en O tot aanwijzing van een bevoegd gerecht, gesloten in een vorm die wordt toegelaten door de handelswijzen die tussen partijen gebruikelijk zijn geworden in de zin van art. 23.1.b) van datzelfde Verdrag.

De eerdere orderbevestigingen die O als overtuigingsstuk N.01 en N.02 voorbrengt hebben kennelijk betrekking op andere schepen van andere scheepseigenaars, en tonen per definitie geen gebruikelijke handelswijze aan tussen O en de vennootschap W die in deze zaak procespartij is.

Er ligt trouwens niet het geringste bewijs voor dat ook maar één van die door O naar aanleiding van een bestelling door een entiteit van de OWB-groep opgestelde orderbevestigingen, digitaal of op andere wijze aan de scheepseigenaar, de scheepsexploitant of de scheepsmanager verzonden zou geweest zijn.

Al deze orderbevestigingen hebben bovendien gemeen dat de entiteiten van de OWB-groep die bunkers besteld hadden bij O, de bestellingen voor eigen rekening geplaatst hadden (“account: OW Bunker ...”). Het feit dat O in de orderbevestigingen ten overstaan van de entiteiten van de OWB-groep met wie zij een contractuele verhouding had en die de bestellingen voor eigen rekening geplaatst hadden, een forumclausule had opgenomen, verandert hier niets aan, nu die overeenkomsten tussen O en de respectieve OWB-entiteiten bij toepassing van art. 1165 Oud BW geen nadeel konden toebrengen aan derden bij die overeenkomsten.

Hetzelfde geldt voor wat de overtuigingsstukken betreft die O in kافت K voorbrengt. Ook die stukken tonen geen gebruikelijke handelswijze aan tussen O en W. De voorgebrachte documenten hebben betrekking op bestellingen door OWB Switzerland bij O. Slechts twee stukken hebben betrekking op bestellingen vanwege Bergen Bunkers en slechts één bunkertransactie heeft betrekking op een belevring van het *ms*.

Alle in kافت K voorgebrachte facturen van O vermelden enkel het adres van de respectieve entiteiten van de OWB-groep, die de bunkers bij haar besteld hadden en die de facturen van O hadden ontvangen en betaald. Er is niet de geringste indicatie dat de scheepsexploitanten, -eigenaars of -managers die bunkers bestelden bij de respectieve entiteiten van de OWB-groep, daarmee een contractuele relatie met O zouden zijn aangegaan. De entiteiten van de OWB-groep hebben de brandstoffen integendeel telkens in eigen naam en voor eigen rekening aan hun klanten verkocht en daarbij een forum bedongen buiten dit Rijk. Bovendien hebben de OWB-entiteiten telkens zelf de in hun contractuele relatie bedongen aankooprijs, die hoger was dan de prijs die O ten opzichte van haar eigen klanten had weten te bedingen, gefactureerd aan de kopers.

53.

O meent zich alleszins minstens op art. 23.1.c) van het Verdrag van Lugano 2007 te kunnen beroepen. Daarvoor moet O zich kunnen steunen op een overeenkomst tussen O en W tot aanwijzing van een bevoegd gerecht in een vorm die overeenstemt met een gewoonte waarvan de partijen op de hoogte zijn of hadden behoren te zijn en die in de internationale handel algemeen bekend is en die door partijen bij dergelijke overeenkomsten in de betrokken handelsbranche doorgaans in acht wordt genomen.

Hoewel het het hof in het kader van een bevoegdheidsonderzoek niet toekomt ten gronde na te gaan of de door O ingeroepen overeenkomst met W waarvan een forumbeding in zulke vorm deel uitmaakt, wel bestaat, kan slechts vastgesteld worden dat die overeenkomst op het eerste gezicht helemaal niet bestaat, net zomin als die gewoonte, zodat de bevoegdheid ook niet met succes gesteund kan worden op art. 23.1.c) van het Verdrag van Lugano 2007.

Uit de neergelegde stukken kan immers worden afgeleid dat een opeenvolgende reeks van afzonderlijke koopovereenkomsten werd gesloten en dat W zich louter ten aanzien van B verbonden heeft: als scheepsmanager van het *ms* plaatste zij op 20.10.2014 in eigen naam

en voor rekening van de scheepseigenaar een bestelling bij B. Deze bezorgde diezelfde dag een orderbevestiging in die zin aan W, waarop vermeld werd dat W optrad voor rekening van de scheepseigenaar. Op deze orderbevestiging bevindt zich geen enkele verwijzing naar het feit dat de fysieke levering door een andere bunkerleverancier zou gebeuren. In de overeenkomst tussen W en B werd bovendien uitdrukkelijk een forumclausule ten gunste van de Noorse rechtbanken opgenomen (vgl. stuk 1 dossier W en stuk 9 dossier I).

Er bestaat geen in de internationale handel algemeen bekende gewoonte die doorgaans in de betrokken handelsbranche in acht wordt genomen, die ertoe strekt dat een verdere schakel in een reeks opeenvolgende koop- verkoopovereenkomsten in functie van zijn wens om zich zo goed mogelijk tegen het insolventierisico van zijn contractuele wederpartij in te dekken, de forumclausule die hij in zijn eigen contractuele relatie bedongen heeft, kan opdringen aan de eindkoper die met zijn verkoper een overeenkomst tot aanwijzing van een ander forum had gesloten.

Uit volgende stukken kan alleszins afdoende worden afgeleid dat de ingeroepen overeenkomst tussen O en W, die een forumbeding ten gunste van de Belgische rechtbanken zou bevatten, helemaal niet bestaat:

- In uitvoering van deze koopovereenkomst, schreef B op 24.10.2014 een factuur uit voor de verkoop van de bunkers (stuk 7 dossier I). Deze factuur werd verzonden aan W, de enige schuldenaar aan wie de factuur werd gericht. B had de bunkers op haar beurt besteld bij OW, ook handel drijvend onder de handelsbenaming OW. In de schriftelijke aankoopbevestiging uitgaande van Ben gericht aan OW, werd geen enkele verwijzing opgenomen naar enig mandaat vanwege een derde (stuk nr. 4 dossier I).
- OW bestelde de bunkers tenslotte op haar beurt bij O. In de orderbevestiging, verstuurd door O op 20.10.2014, werd uitdrukkelijk vermeld dat OW de bestelling voor eigen rekening geplaatst had ("account: OWB ARA"). Bovendien werd deze orderbevestiging slechts naar OW verstuurd en helemaal niet naar W (stuk A.01 dossier O).
- De eenzijdige vermelding door O bovenaan de orderbevestiging die zij op 20.10.2014 om 13.59 uur aan OW mailde, *"to master and/or Owners and/or Managing owners and/or Charterers and/or Operators of M/V W Bremen"* (vertaling: *"aan de kapitein en/of de eigenaars en/of de beheerders en/of de bevrachters en/of de exploitanten van het ms"*) deed W of de vennootschap W die procespartij is in deze zaak geenszins toetreden tot de koopovereenkomst, nu blijkt dat zij hoegenaamd niet bij het sluiten van de koopovereenkomst met O betrokken werden en zij zelfs geen kennis gekregen hebben van deze orderbevestiging, die enkel naar OW verstuurd werd. Uit deze vermelding op de orderbevestiging kan niets meer afgeleid worden dan dat deze in het beste geval diende ter kennisgeving aan de eigenaars en bevrachters van het *ms* dat O de kwestieuze bunkerlevering zou doen, niets meer, niets minder. Dat dat stuk A.01 hen ter kennis zou zijn gebracht, blijkt uit niets.

- Ook de factuur van O van 24.10.2014 werd louter verstuurd op het adres van OW zodat al evenmin blijkt dat W of W Eurocarriers er kennis van zouden genomen hebben. Het gegeven dat O de factuur zowel aan OW als aan de *“master and/or Owners and/or Managing owners and/or Charterers and/ Or Operators of MV W Bremen”* uitgesteld heeft, betreft een louter eenzijdige vermelding van O die geen afbreuk doet aan de contractuele verhoudingen zoals deze blijken uit de vooraf gesloten overeenkomsten. Een factuur kan immers niet meer dan een bevestiging uitmaken van een vooraf reeds gesloten overeenkomst en kan dus geen bijkomende verbintenissen in hoofde van partijen creëren. Dit is des te meer het geval nu deze enkel op het adres van OW werd verstuurd.
- Dat er slechts een keten van afzonderlijke koopovereenkomsten gesloten werd, blijkt verder nog uit het gegeven dat W en W Eurocarriers ten aanzien van Bergen Bunkers (in hun onderlinge koopovereenkomst) gehouden waren tot een andere prijs (44.254,35 USD) dan deze die OW ten opzichte van O diende te betalen (43.772,67 USD). De prijs maakt een essentieel bestanddeel uit van de koop en het feit dat O een andere prijs heeft gefactureerd dan deze waartoe W en WC zich verbonden hadden, bewijst op zich reeds dat W en WC zich nooit contractueel verbonden hebben ten aanzien van O.
- De impliciete verwijzingen vanwege bunkerhandelaars in de verdere verkoopketen naar een gehoudenheid van de niet nader genoemde scheepseigenaar of bevrachter, waren op geen enkele wijze gesteund op enig mandaat vanwege W, die blijkens stuk nr. 7 van het dossier van I een koop met B had gesloten en geen lastgeving. De loutere wens van verdere schakels in de verkoopketen om met eenzijdige standaardvermeldingen eventuele insolabiliteitsrisico's af te wentelen op derden bij de door hen gesloten koopovereenkomsten, kon die derden geen nadeel toebrengen (zie - voor wat de door het Belgisch recht beheerste koop tussen O en OW betreft - art. 1165 Oud BW).
- De effectieve bunkerlevering vond plaats op 24.10.2014. Het gegeven dat op de bunkerleveringsnota van 24.10.2014 vermeld werd *“for the account of: master and/or owners of charterers and/or operators”* deed al evenmin W toetreden tot de overeenkomst. De bunkerleveringsnota werd immers uitgesteld in het kader van de uitvoering van de koopovereenkomst. Zij kon geen bijkomende verbintenissen creëren in hoofde van partijen die niet voorzien waren in de oorspronkelijke overeenkomst. De bunkerleveringsnota werd kennelijk ook niet door de kapitein ondertekend. De handtekening die een ontvangstbevestiging inhoudt, is geplaatst in de rubriek voorzien voor de *“chief-engineer”* (eerste machinist). Maar zelfs indien de kapitein bij ondertekening van een bunkerleveringsnota de scheepseigenaar krachtens art. 46 Zeewet verbindt, verbindt hij deze voor wat de ontvangst van de bunkers betreft binnen het kader van de reeds bestaande rechten en verplichtingen van partijen zoals deze voortvloeien uit de daartoe vooraf gesloten overeenkomsten. De ingeroepen goedkeuring van de leveringsbon door de ondertekening door de *“chief-engineer”* aan boord van het zeeschip, houdt slechts de bevestiging in van de goede ontvangst en van de conformiteit van de geleverde brandstof met de bestelde.

Uit de loutere verwijzing naar de algemene voorwaarden van O op dat leveringsdocument kan geen instemming of tegenstelbaarheid met de algemene voorwaarden van O worden afgeleid in hoofde van W die zich enkel verbonden hadden ten opzichte van B.

- De koopovereenkomst tussen Wen B was onderworpen aan de algemene voorwaarden van Bergen Bunkers waarnaar verwezen werd op de verkoopbevestiging. Alleszins blijkt uit niets dat W kennis zou gehad hebben, dan wel zou ingestemd hebben met de algemene voorwaarden van O die niet te beschouwen was als haar contractspartij.
- In de algemene voorwaarden van B werd uitdrukkelijk bedongen dat haar voorwaarden steeds voorrang hebben op die van de leverancier (art. X). Van een doorwerking van de algemene voorwaarden van O via de toepassing van de algemene voorwaarden van B en van OW of de OWB-groep, kan geen sprake zijn. De algemene voorwaarden van B worden beheerst door het Noorse recht en die van de OWB-groep door het Engelse recht, zodat niet tot de door O ingeroepen “doorwerking” volgens de principes uit het Belgisch recht kan worden besloten. Naar Belgisch recht brengen overeenkomsten enkel gevolgen teweeg tussen contracterende partijen en brengen zij aan derden geen nadeel toe (art. 1165 Oud BW). Derhalve zou er slechts sprake zijn van tegenstelbaarheid van deze algemene voorwaarden van O aan W voor zover er sprake zou zijn van een overeenkomst tussen hen en W kennis zou genomen hebben van deze algemene voorwaarden, en deze ook zou hebben aanvaard. De algemene voorwaarden van O, waarvan de aan de contractsluiting voorafgaande kennisname, laat staan de aanvaarding door W in het geheel niet is aangetoond, konden naar Belgisch recht dus niet “doorwerken” via de algemene voorwaarden van B, laat staan via die van OW.

Een overeenkomst tussen W en O tot aanwijzing van een bevoegd gerecht in de zin van art. 23.1.c) Verdrag Lugano 2007 is dus geenszins aangetoond, en kan ook niet afgeleid worden uit een kennelijk onbestaand schijnmandaat, of uit het loutere gegeven dat gebruiken een overeenkomst die bewezen zou geacht worden, zouden kunnen aanvullen.

54.

In de voornoemde omstandigheden, dient het bestreden vonnis te worden bevestigd waar het oordeelde dat de Belgische rechtbanken geen rechtsmacht hebben/ internationaal onbevoegd zijn om kennis te nemen van de tussenvordering die O in deze procedure tegen W formuleert.

Tussenvordering m.b.t. de bankgarantie

55.

Waar het hoger beroep vanwege O er ook toe strekt dat alle oorspronkelijke tussenvorderingen van W en van I zouden worden afgewezen, dient ook nagegaan te worden of dit hof over de internationale bevoegdheid beschikt om zich uit te spreken over de oorspronkelijke vordering van W tegen O, strekkende tot de terugbetaling aan D van de sommen die zij had ontvangen na afroeping van de bankgarantie, met verbod om de bankgarantie af te roepen voor de afsluiting van het faillissement van OW.

Het hof stelt vast dat het om de enige thans nog actuele vordering gaat, waaromtrent geen exceptie van internationale bevoegdheid wordt gehandhaafd, nu in die door D op 8.12.2014 uitgeschreven bankgarantie, een forumbeding ten gunste van de Antwerpse rechtbank van koophandel werd opgenomen m.b.t. de afroeping van die garantie.

Het hof is in die omstandigheden bevoegd om van die oorspronkelijke vordering kennis te nemen.

TOELAATBAARHEID VORDERING M.B.T. BANKGARANTIE

56.

De toelaatbaarheid van de vordering m.b.t. de bankgarantie wordt niet met inhoudelijk ter zake doende en doeltreffende argumenten betwist. W heeft een evident belang bij die vordering. W, die bij afroep van de bankgarantie gehouden is tot terugbetaling van D, beschikt over het rechtens vereiste belang en over de hoedanigheid om die vordering in te stellen. De argumenten die door O worden aangehaald betreffen de grond van de zaak en doen geen afbreuk aan de toelaatbaarheid van deze vorderingen.

TEN GRONDE

57.

In de bankgarantie werd bepaald dat deze kon worden afgeroepen op basis van een in België uitvoerbare veroordelende gerechtelijke uitspraak of arbitrale beschikking, tegen OW, of tegen W, dit zelfs los van de vraag ten opzichte van wie van die schuldenaars de veroordeling geldt. Een tweede mogelijkheid tot afroeping is gesteund op een dading.

Een dading werd nooit gesloten en het verstekvonnis van 10.2.2015 werd door de eerste rechter, daarin bevestigd door dit hof, teniet gedaan, zodat het evenmin aanleiding kan geven tot afroeping van de bankgarantie. Een titel opzichts W is er evenmin.

De beslissing van de eerste rechter dat de onder de bankgarantie van 8.12.2014 betaalde bedragen terugbetaald dienen te worden en dat de bankgarantie niet kan worden afgeroepen voor de afsluiting van het faillissement, was dan ook terecht.

Gelet op het feit dat het faillissement van OW nog niet afgesloten is en gelet op de bewoordingen van de garantie waarin bepaald werd dat deze kan worden afgeroepen op

basis van een veroordelend vonnis tegen OW, zonder dat vermeld werd of dit dan een veroordeling uit of buiten de boedel zou moeten zijn, heeft de eerste rechter die het verstekvonnis hervormde hoe dan ook terecht beslist dat de garantie niet kon worden afgeroepen.

Door eenzelfde vordering zowel uit de boedel als buiten de boedel van OW te richten met het oog op de afroep van de garantie waarin geen onderscheid naar de aard van de veroordeling werd gemaakt, wordt door O overigens in essentie aanspraak gemaakt op het volledig vermogen van OW.

Het afroepen van een bankgarantie op grond van een – inmiddels overigens hervormde - veroordeling ten laste van OW, zonder dat een onderscheid gemaakt werd over de aard van deze veroordeling (buiten de boedel of uit de boedel), maakt overigens een vorm van gerechtelijke tenuitvoerlegging uit die onverenigbaar is met de in casu van toepassing zijnde Nederlandse Faillissementswet. Art. 33 Nederlandse Faillissementswet bepaalt:

"1. Het vonnis van faillietverklaring heeft ten gevolge, dat alle gerechtelijke tenuitvoerlegging op enig deel van het vermogen van de schuldenaar, vóór het faillissement aangevangen, dadelijk een einde neemt, en dat, ook van hetzelfde ogenblik af, geen vonnis bij lijfswang kan worden ten uitvoer gelegd.
2. Gelegde beslagen vervallen; de inschrijving van een desbetreffende verklaring van de rechter-commissaris machtigt de bewaarder van de openbare registers tot doorhaling. Het beslag herleeft, zodra het faillissement een einde neemt ten gevolge van vernietiging of opheffing van het faillissement, mits het goed dan nog tot de boedel behoort. Indien de inschrijving van het beslag in de openbare registers is doorgehaald, vervalt de herleving, indien niet binnen veertien dagen na de herleving een exploot is ingeschreven, waarbij van de herleving mededeling aan de schuldenaar is gedaan."

Volgens deze wetsbepaling konden geen uitvoeringsmaatregelen genomen worden vanaf het faillissement. Gelet op de samenloop van schuldeisers, dient de afroep van bankgarantie die als beslagvervangende maatregel gesteld werd bij toepassing van art. 5 van het Verdrag van 10.5.1952 inzake het bewarend beslag op zeeschepen, geschorst te blijven zolang het faillissement geopend is.

Kosten van het geding

58.

Overeenkomstig art. 1017 Ger.W. vallen de gerechtskosten ten laste van de in het ongelijk gestelde partij.

Gelet op het voorgaande is dit O.

W maakt aanspraak op een rechtsplegingsvergoeding, begroot overeenkomstig de artikelen 2 en 8 KB 26.10.2007 op 3.000,- EUR.

O uit op zich geen betwisting dat de rechtsplegingsvergoeding overeenkomstig art. 2 en 8 van het KB van 26.10.2007 moet begroot worden, maar vordert wel de herleiding van de rechtsplegingsvergoeding naar het minimumbedrag, voor zover zij in het ongelijk zou worden gesteld. Er is evenwel geen enkele valabele reden om van het basisbedrag af te wijken.

I en curator q.q. OW hebben hun aan de procedure in hoger beroep verbonden kosten niet begroot, waarvan akte.

BESLISSING

HET HOF beslist op tegenspraak.

Het hoofdberoep en de incidentele hogere beroepen worden toelaatbaar verklaard.

Het bestreden vonnis van 15.3.2017, gewezen in de zaak A/15/5170, wordt binnen de perken van de hoger beroepen bevestigd

- in zoverre het de tussenkomst vanwege de vennootschap naar Nederlands recht I als ontvankelijk aanmerkte, het derdenverzet van de vennootschap naar Noors recht W en van de vennootschap naar Nederlands recht I ontvankelijk verklaarde en gegrond in de mate het bestreden verstekvonnis van 10.2.2015 in de zaak A/15/354 teniet werd gedaan;
- in zoverre het oordeelde dat niet kan worden ingegaan op de vordering dat gezegd zou worden voor recht dat de beslissing op derdenverzet geen afbreuk doet aan het gezag van gewijsde van het vonnis van 10.2.2015 ten aanzien van de failliete vennootschap naar Nederlandse recht OW en D;
- in zoverre de eerste rechter zich zonder rechtsmacht/ internationaal onbevoegd verklaarde om kennis te nemen van de tussenvordering van de nv O tegen de vennootschap naar Noors recht W strekkende tot betaling van de geleverde bunkers, vermeerderd met een schadevergoeding en met intresten;
- in zoverre het de nv O veroordeelde tot terugbetaling van de onder de door D verstrekte bankgarantie van 8.12.2014 ontvangen bedragen in afwachting van de afwikkeling van het faillissement van de vennootschap naar Nederlands recht OW en voor recht zegde dat de bankgarantie niet kan worden afgeroepen voor de afsluiting van dat faillissement
- in zoverre het uitspraak deed over de kosten van het geding.

Het bestreden vonnis van 15.3.2017, gewezen in de zaak A/15/5170, wordt hervormd waar het de internationale bevoegdheid aannam voor wat de vordering van de nv O tegen de failliete vennootschap naar Nederlands recht OW betreft, en opnieuw recht sprekend stelt dit hof vast niet internationaal bevoegd te zijn om van die vordering kennis te nemen.

Het hof veroordeelt de nv O tot de kosten van de beroepsprocedure, aan de zijde van de vennootschap naar Noors recht W begroot op een rechtsplegingsvergoeding hoger beroep van 3.000, - EUR, aan de zijde van mr. B q.q. de vennootschap naar Nederlands recht OW en aan de zijde van de vennootschap naar Nederlands recht nv I telkens begroot op nihil.

De rechtspleging verliep in overeenstemming met de wet van 15 juni 1935 op het gebruik van de taal in gerechtszaken.

Dit arrest werd uitgesproken in de openbare zitting van 07 juni 2021 door

Voorzitter

Raadsheer

Raadsheer

Griffier