

Financiering, zekerheden en insolventie

178

Betaling aan beslagleggers "ten voordele van de schuldenaar" in de zin van art. 24 IVO

Gerechtshof Amsterdam

17 december 2019, zaaknr. 200.218.561/01 en 200.227.561/01, ECLI:NL:GHAMS:2019:4493 (mr. Tromp, mr. Van Tuyll van Serooskerken-Röell, mr. Sijmons)
Noot mr. drs. D. Beunk

Bevrijdende betaling aan beslagleggers door onbekendheid derde-beslagene met opening Italiaanse insolventieprocedure.

[IVO art. 21, 24; Rv art. 465; BW art. 6:37, 6:44 lid 1, 6:119a]

Appellante maakt aanspraak op betaling door geïntimeerde van diverse facturen. Geïntimeerde beroept zich onder andere op een (jegens appellante bevrijdende) betaling aan twee beslagleggers. Appellante heeft op 12 juli 2013 bij de rechtbank te Italië een verzoek tot concordato preventivo ingediend, dit is op 22 juli 2013 gevolgd door een beschikking van de rechtbank waarin appellante onder benoeming van een gerechtelijk commissaris, een termijn is gegeven voor het deponeren van plan, voorstel en verdere bescheiden als voorzien in de Italiaanse Faillissementswet. Met appellante ervan uitgaande dat deze aanloopfase van de concordato preventivo reeds onder het bereik viel van de Insolventieverordening zoals die toen gold (Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures), kan het beroep van appellante daarop haar niet baten. Aangenomen moet immers worden dat geïntimeerde een beroep toekomt op het bepaalde in art. 24 IVO. Niet valt in te zien immers dat geïntimeerde uit de berichtgeving/mededelingen waarnaar appellante in dit verband verwijst, had moeten begrijpen dat naar aanleiding van een door appellante daartoe gedaan verzoek (reeds) een insolventieprocedure

was geopend. In dit verband is voorts van betekenis dat van publicatie in Nederland van de door appellante in gang gezette procedure op de voet van art. 21 IVO naar vaststaat geen sprake is geweest (vgl. art. 24 lid 2 IVO). Voorts is niet gebleken dat appellante stappen heeft ondernomen om zich op de voet van art. 465 Rv tegen de executoriale beslagen te verzetten. Het voorgaande leidt tot de gevolgtrekking dat geïntimeerde door betalingen aan de beslagleggers te verrichten zich tot het beloop van deze betalingen jegens appellante heeft bevrijd.

In de zaak met zaaknr. 200.218.561/01: de vennootschap naar vreemd recht *Flory Cart SRL* in concordato preventivo te Cappanori (Italië), appellante, tevens incidenteel geïntimeerde in de hoofdzaak, advocaat: mr. E.A. van der Kuilen-Stap, tegen

1. *Albert Heijn BV* te Zaandam, geïntimeerde, tevens incidenteel appellante in de hoofdzaak, advocaat: mr. M.C. van Genugten,
 2. de vennootschap naar vreemd recht *HB Transport U. Lagerhaus GmbH* te Bludech (Oostenrijk), geïntimeerde in hoofdzaak, advocaat: mr. J.A. Bloo.
- en in de zaak met zaaknr. 200.227.561/01: *Albert Heijn BV* te Zaandam, appellante in de vrijwaringszaak, advocaat: mr. M.C. van Genugten tegen
1. *Railcargo BV* te Venlo,
 2. *HB Transport U. Lagerhaus GmbH* te Bludech (Oostenrijk), geïntimeerden in de vrijwaringszaak, advocaat: mr. J.A. Bloo.

(...; red.)

2. Feiten

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.17 de vaststaande feiten vermeld die zij bij de beoordeling van deze zaken tot uitgangspunt heeft genomen. Grieven 1 en 2 in incidenteel appel zijn gericht tegen de feitenvaststelling onder 2.4 respectievelijk 2.12. Het hof zal met de daarin geuite bezwaren in het onderstaande rekening houden voor zover *Flory Cart* het standpunt van *Albert Heijn* niet bestrijdt. Voor het

overige zijn bedoelde feiten in hoger beroep niet in geschil en dienen deze derhalve ook het hof als uitgangspunt. De feiten worden in rechtsoverweging 3.1 beschreven.

3. Beoordeling

3.1. (i) Flory Cart is een Italiaanse producent van sanitaire en huishoudelijke artikelen op basis van papier, zoals toilet papier en zakdoekjes. Albert Heijn is een exploitant van een supermarktketen. HB Transport en Railcargo zijn transporteurs.

(ii) Tussen Flory Cart (als: "Supplier") en de aan Albert Heijn gelieerde vennootschap Ahold European Sourcing (als "the Contracting Party") heeft enige tijd een "Supply Agreement" bestaan. Daarin staat, voor zover van belang:

"3.1. Conform Specifications

Supplier agrees to sell and deliver to each of the Companies the products; (the 'Products'), under the terms as further specified in the Agreement and for the applicable prices (the 'Price') set forth in Exhibit B and in conformity with the specifications as agreed upon. (...)

6.1. Payment Terms

Payment shall be made within 90 Days from the date of receipt of the undisputed invoice issued after the acceptance of the Products by the relevant Company, determined in its sole discretion. (...)

7.2. Late Delivery

Delivery terms are of the essence. Company is entitled to charge a penalty of Euro €1.000 per day for late delivery, notwithstanding Ahold and/or ICA's right to claim damages. (...)"

(iii) Bij e-mail van 27 juni 2013 heeft Flory Cart aan Albert Heijn laten weten dat zij haar onderneming had laten integreren met Eurovast Group, waarmee ze een voor haar moeilijke (financiële) situatie hoopte op te lossen.

(iv) In het laatste weekend van juni 2013 heeft Flory Cart plotseling de leveringen aan Albert Heijn gestaakt.

(v) Bij e-mail van 12 juli 2013 heeft Albert Heijn aan Eurovast en Flory Cart bevestigd dat Eurovast de nieuwe distributeur van de voorheen door Flory Cart geleverde artikelen aan Albert Heijn zou worden. Verder heeft Albert Heijn medegedeeld dat zij aanspraak maakte op schadevergoeding wegens het staken van de leveringen door Flory Cart gedurende enige tijd en wegens het leveren van artikelen die volgens Albert Heijn niet voldeden aan de overeengekomen specificaties.

(vi) Eveneens op 12 juli 2013 heeft Flory Cart bij de rechtbank te Lucca, Italië, een verzoek tot "concordato preventivo" ingediend. De raadkamer van die rechtbank heeft naar aanleiding van dat verzoek op 22 juli 2013 besloten dat Flory Cart een termijn van zestig dagen zou krijgen om een voorstel, plan en de documenten, zoals voorzien in de (Italiaanse) Faillissementswet, te deponeren. Tevens is hierbij een gerechtelijk commissaris benoemd en is Flory Cart opgedragen elke dertig dagen een financieel verslag in te dienen.

(vii) Bij e-mail van 15 juli 2013 heeft Flory Cart aan Albert Heijn geschreven: "(...) Up to now, as previously requested, we kindly ask you the suspension of any payments in our favor. It will be the court to divide credits in right proportion within banks and suppliers. It's very important that you stopped any payments till further communication from the court. (...)"

(viii) Op 16 juli 2013 heeft Railcargo, een door Flory Cart ingeschakelde transporteur, wegens onbetaalde facturen ten laste van Flory Cart conservatoir derdenbeslag onder Albert Heijn gelegd.

(ix) Bij e-mail van 22 juli 2013 heeft Flory Cart aan Albert Heijn geschreven: "(...) Our professionals have advised us to recourse to the composition with creditors procedure, pursuant to article 163 of the Italian Royal Decree no. 267/1942. (...) In this way we avoided the bankruptcy and ensured the best possible satisfaction of all our creditors. Of course, to access this procedure (the document was deposited in the Court the 12nd of July) we also have to preserve the value of the entire company and ensure business continuity. (...) From July 12nd, each payment of previous invoices of Flory Cart Srl (including those of Albert Heijn) must be exclusively made through the judicial commissioner, and not on the old bank accounts. This to respect the principle of equal treatment of creditors of the company and avoid that Banks retain sums which, instead, must be distributed among all creditors, according to the rules that will be established by the Court. (...)"

(x) Bij vonnis van 22 dan wel 24 juli 2013 is Flory Cart door de rechtbank te Lucca veroordeeld tot betaling van € 398.020,-, aan HB Transport. Dit bedrag was zij verschuldigd wegens in haar opdracht en voor haar rekening door HB Transport verrichte logistieke diensten.

(xi) Bij e-mail van 26 juli 2013 heeft Albert Heijn de overeenkomst met Flory Cart ontbonden omdat Flory Cart niet de bestelde artikelen had afge-

leverd. Verder heeft Albert Heijn aanspraak gemaakt op schadevergoeding wegens het niet leveren van artikelen en zich het recht voorbehouden om dit bedrag te verrekenen met openstaande facturen.

(xiii) Bij e-mail van 27 augustus 2013 gericht aan het adres aholdservicedesk@gen.pact.com heeft Flory Cart onder meer het volgende bericht: "(...) We remind you to proceed with the payment ONLY to this bank below as per instruction of the Court of Lucca (...)"

(xiv) Bij e-mail van 6 september 2013 heeft Flory Cart bij Albert Heijn European Sourcing aanspraak gemaakt op achterstallige betalingen ten bedrage van € 1.200.000,- voor Albert Heijn en € 200.000 voor Ahold Czech. In reactie daarop heeft Albert Heijn European Sourcing medegedeeld dat Flory Cart zich zal moeten wenden tot de betreffende werkmaatschappijen, maar dat zij er overigens van op de hoogte was dat er derdenbeslagen waren gelegd die eerst opgelost moesten worden.

(xv) Bij verstekvonnis van de rechtbank Limburg van 2 oktober 2013 is de vordering van Railcargo op Flory Cart wegens onbetaald gebleven (logistieke) werkzaamheden toegewezen. Bij exploit van 4 oktober 2013 is het onder Albert Heijn gelede conservatoir derdenbeslag overgegaan in een executoriaal beslag. Op 29 oktober 2013 heeft Albert Heijn ingevolge dit derdenbeslag een bedrag van € 288.219,32 aan Railcargo betaald.

(xvi) In oktober 2013 heeft HB Transport op basis van eerdergenoemd vonnis van de rechtbank te Lucca ten laste van Flory Cart conservatoir derdenbeslag gelegd onder Albert Heijn. Dit beslag is op 24 oktober 2013 overbetekend. Op 29 oktober 2013 is voormeld vonnis gewaarmerkt als Europese executoriale titel. Vervolgens is op 30 oktober 2013 onder overbetekening van onder meer het vonnis, aangekondigd dat het conservatoire beslag zou overgaan in een executoriaal derdenbeslag. Betekening aan Flory Cart van het vonnis en van het bewijs voor waarmerking als Europese executoriale titel heeft op 1 november 2013 plaatsgevonden. Op 5 november 2013 heeft Albert Heijn het door Flory Cart aan HB Transport verschuldigde bedrag van € 413.140,82 aan HB Transport betaald.

(xvii) Bij beslissing van 17 december 2013 heeft de raadkamer van de rechtbank te Lucca de procedure van het *concordato preventivo* van Flory Cart voor geopend verklaard en bepaald dat de

crediteuren op 3 april 2014 bijeengeroepen moesten worden.

(xviii) In het kader van de *concordato preventivo* is bij beschikking van 16 juni 2015 van de rechtbank te Lucca een akkoord gehomologeerd. Daartegen hebben twee crediteuren hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Florence, dat bij beschikking van 14 april 2016 het beroep gegrond heeft verklaard, het homologatiebesluit heeft herroepen en de zaak heeft terugverwezen naar de rechtbank te Livorno. Daarbij heeft het gerechtshof geoordeeld dat sprake was van frauduleuze handelingen die op grond van artikel 173 van de (Italiaanse) Faillissementswet herroeping van de *concordato preventivo* noodzakelijk maakten en dat het door Flory Cart aangeboden akkoord op onrechtmatige wijze is gebruikt om zich van de schulden te ontdoen, waardoor er sprake is van misbruik van de regeling van de *concordato preventivo*. Tegen de uitspraak van het gerechtshof is beroep in cassatie ingesteld. De rechtbank te Livorno heeft de zaak voor onbekende tijd aangehouden.

In de hoofdzaak

3.2. HB Transport voert terecht aan dat Flory Cart tegen haar als in eerste aanleg aan de zijde van Albert Heijn gevoegde partij niet in hoger beroep een zelfstandige rechtsvordering kan instellen. Het hof zal de eiswijziging van Flory Cart derhalve buiten beschouwing laten.

3.3. Flory Cart maakt aanspraak op betaling door Albert Heijn van diverse facturen ten bedrage van in totaal € 2.017.275,46 ter zake van aan deze laatste geleverde zaken, te vermeerderen met rente en kosten en te verminderen met een bedrag van € 690.182,-. Albert Heijn voert daartegen het verweer, voor zover in hoger beroep van belang, dat het ter zake van deze facturen door haar nog verschuldigde dient te worden verrekend met een aanspraak harerzijds op schadevergoeding, dan wel vermindering van de koopprijs. Voorts beroept zij zich ten aanzien van een bedrag van € 701.360,14 op (jegens Flory Cart bevrijdende) betaling aan Railcargo c.s. De rechtbank heeft de vordering van Flory Cart gedeeltelijk toegewezen. Flory Cart komt in hoger beroep tegen deze beslissing met zes grieven op voor zover het het afgewezen deel van haar vordering betreft, Albert Heijn richt negen incidentele grieven tegen het vonnis van de rechtbank, deze hebben zowel betrekking op daarin vervatte overwegingen als op

de toewijzing van een deel van de vordering van Flory Cart.

3.4.1. De grieven 1 en 2 in principaal appel en grief 3 in incidenteel appel hebben betrekking op de vraag of de rechtbank terecht de aan Railcargo c.s. (afzonderlijk) verrichte betalingen ten belope van in totaal € 701.360,14 als bevrijdend jegens Flory Cart heeft aangemerkt.

Het gaat hier om vorderingen op Flory Cart ter zake van transportkosten waarvoor door Railcargo (op 16 juli 2013) en HB Transport (in oktober 2013) onder Albert Heijn ten laste van Flory Cart conservatoir derdenbeslag is gelegd. In beide gevallen zijn de conservatoire beslagen overgegaan in een executoriaal beslag waarna Albert Heijn tot betaling is overgegaan, aan Railcargo op 29 oktober 2013 en aan HB Transport op 5 november 2013.

3.4.2. Flory Cart heeft op 12 juli 2013 een (door overlegging van drie jaarverslagen toegelicht) verzoek tot *concordato preventivo* ingediend, dit is op 22 juli 2013 gevolgd door een beschikking van de rechtbank waarin Flory Cart onder benoeming van een gerechtelijk commissaris, een termijn is gegeven voor het deponeren van plan, voorstel en verdere bescheiden als voorzien in de Italiaanse Faillissementswet.

Met Flory Cart ervan uitgaande dat deze aanloopfase van de *concordato preventivo* reeds onder het bereik viel van de Insolventieverordening zoals die toen gold (Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures), kan het beroep van Flory Cart daarop haar niet baten. Aangenomen moet immers worden dat Albert Heijn een beroep toekomt op het bepaalde in artikel 24 van deze verordening. Niet valt in te zien immers dat Albert Heijn uit de berichtgeving/mededelingen waarnaar Flory Cart in dit verband verwijst (onder meer e-mails van 15 juli 2013 en 22 juli 2013 aan European Sourcing Manager [naam] en e-mail van 28 augustus 2013 aan Ahold Servicedesk, respectievelijk producties 24.15 bij akte overlegging producties en eisvermindering en producties 6 en 7 bij inleidende dagvaarding) had moeten begrijpen dat naar aanleiding van een door Flory Cart daartoe gedaan verzoek (reeds) een insolventieprocedure was *geopend*. Dat deze wetenschap bij Albert Heijn ook niet aanwezig was vindt steun in haar interne mail van 23 augustus 2013 (productie 7 bij conclusie van antwoord) waarin valt te lezen dat omtrent de *concordato* nog geen uit-

spraak is gedaan. Het hof wijst er in dit verband voorts op dat in de hiervoor genoemde e-mail van 22 juli 2013 wordt gesproken over maatregelen die nodig zijn “to access this procedure”, waaruit Albert Heijn moeilijk iets anders heeft kunnen opmaken dan dat Flory Cart op dat moment nog doende was om de opening van de procedure voor te bereiden.

In dit verband is voorts van betekenis dat van publicatie in Nederland van de door Flory Cart in gang gezette procedure op de voet van artikel 21 van de Insolventieverordening (oud) naar vast staat geen sprake is geweest (vgl. artikel 24 lid 2). Voorts is niet gebleken dat Flory Cart stappen heeft ondernomen om zich op de voet van artikel 465 Rv tegen de executoriale beslagen te verzetten.

3.4.3. Het voorgaande leidt tot de gevolgtrekking dat Albert Heijn door onder de door Railcargo c.s. gelegde executoriale derdenbeslagen betalingen aan Railcargo c.s. te verrichten zich tot het beloop van deze betalingen jegens Flory Cart heeft bevrijd, de grieven 1 en 2 in het principaal appel treffen derhalve geen doel en behoeven geen verdere bespreking. Grief 3 in het incidenteel appel is op zichzelf terecht voorgesteld.

3.5. Grief 3 in het principaal appel heeft betrekking op de vraag of Albert Heijn terecht ter zake van schadevergoeding wegens niet uitgevoerde leveringen een bedrag van € 200.333,33 op het door haar aan Flory Cart verschuldigde in mindering heeft gebracht. Met de rechtbank is het hof van oordeel dat uit de inhoud van de e-mail van 22 juli 2013 van [naam] aan [naam] (onderdeel van productie 6 bij inleidende dagvaarding) valt op te maken dat Flory Cart de verschuldigdheid van de door Albert Heijn becijferde schade ter zake van begin juli 2013 niet verrichte leveranties in feite erkent (zij het dat zij de qua hoogte niet sterk uiteenlopende bedragen ter zake van niet verrichte leveranties en niet conforme leveringen verwisselt). Dat het hier om een buitengewone claim gaat en dat Albert Heijn moet hebben geweten dat Unguentini daarover niet mocht beslissen, is door Flory Cart, mede in het licht van de (prominente) rol die Unguentini speelde in de contacten met Albert Heijn over de onderhavige leveranties, onvoldoende toegelicht.

Daarbij komt dat Albert Heijn deze schadepost wel degelijk voldoende heeft toegelicht, het hof wijst in dit verband op het gestelde in de conclusie van antwoord onder 84 en de inhoud van de daar-

bij overgelegde productie 33 (aangevuld met productie 51 bij memorie van antwoord). Hetgeen Flory Cart daartegen inbrengt is te vaag om als voldoende gemotiveerde betwisting te gelden. Albert Heijn heeft voldoende feitelijk onderbouwd dat van een relevante kostenbesparing geen sprake is geweest.

Ook deze grief treft derhalve geen doel.

3.6. Grief 4 van Flory Cart strekt ten betoge dat de rechtbank bij de vaststelling van de hoogte van het openstaande factuurbedrag geen (doorslaggevende) betekenis had mogen toekennen aan de brief van de gerechtelijk commissaris van 28 februari 2014. Volgens Flory Cart bedroeg haar vordering op Albert Heijn (afgezien van de verschuldigde rente) € 2.055.226,36 en zijn in het bedrag dat de rechtbank ter zake van onbetaalde facturen in aanmerking heeft genomen (€ 1.846.989,76) diverse volledig en gedeeltelijk onbetaalde facturen ten onrechte niet inbegrepen. Ook deze grief kan Flory Cart niet baten. Albert Heijn wijst er terecht op dat de gerechtelijk commissaris reeds bij beschikking van 22 juli 2013 is benoemd en dat ervan uitgegaan moet worden dat deze bij zijn onderzoek naar de administratie van Flory Cart zorgvuldig te werk is gegaan. Vast staat dat Flory Cart na 2013 geen facturen meer heeft verzonden en er derhalve per 28 februari 2014 reeds gedurende enige tijd een eindtoestand was ingetreden.

Albert Heijn heeft gemotiveerd bestreden dat zij meer dan het door haar, althans de gerechtelijk commissaris, becijferde bedrag ter zake van onbetaalde facturen aan Flory Cart verschuldigd was (zie onder meer conclusie van antwoord onder 58 en 59 en 63 tot en met 69 met bijbehorende producties). In het licht van het voorgaande had het op de weg van Flory Cart gelegen om haar standpunt dat zij meer van Albert Heijn te vorderen had dan dat de rechtbank in navolging van de gerechtelijk commissaris tot uitgangspunt heeft genomen nader te onderbouwen, bijvoorbeeld door een verklaring hieromtrent of nadere berekening van deze laatste over te leggen. Dit heeft zij niet althans onvoldoende gedaan, met name de (ongedateerde) overzichten waarnaar Flory Cart in dit verband verwijst (producties van 17 en 18 van Flory Cart in eerste aanleg) acht het hof in het licht van het door Albert Heijn gevoerde verweer ontoereikend. Ook deze grief treft derhalve geen doel.

3.7. Gelet op het voorgaande missen de grieven 5 en 6 zelfstandige betekenis. Deze treffen derhalve evenmin doel.

3.8. Grievens 1, 2 en 3 in incidenteel appel zijn in het voorgaande reeds besproken. Grief 4 is gericht tegen de overweging van de rechtbank (in rov. 7.5 en 7.7 van het bestreden vonnis) dat Albert Heijn aanspraak maakt op vergoeding van winst of van nettowinst. Nu de vordering waarop deze overweging betrekking heeft ook door het hof (integraal) toewijsbaar wordt geoordeeld (zie hierboven onder 3.4) bestaat bij (de bespreking van) deze grief onvoldoende belang.

3.9. Grief 5 van Albert Heijn heeft betrekking op de verwerping door de rechtbank van haar verweer dat op het door Flory Cart gevorderde een bedrag van € 199.082,95 in mindering dient te worden gebracht wegens non-conforme leveringen. Deze grief treft geen doel, waarbij het hof in het midden laat of de rechtbank terecht heeft aangenomen dat Albert Heijn ter zake van het gebrek in de leveringen tijdig heeft geklaagd.

In dit verband is van belang dat Albert Heijn ook in hoger beroep niet (voldoende) heeft toegelicht dat zij vanwege de gestelde afwijkingen de desbetreffende producten voor een andere, lagere prijs heeft doorverkocht dan wel anderszins van de (naar zij stelt) non-conforme leveringen nadeel heeft ondervonden, bijvoorbeeld doordat zij dientengevolge minder van deze producten heeft verkocht. In het licht hiervan valt niet aan te nemen dat de afwijkingen van de door Flory Cart geleverde producten van zodanige aard waren dat dit een partiële ontbinding van de overeenkomst rechtvaardigde. De door Albert Heijn aangevoerde grondslag voor vermindering van de koopprijs doet zich derhalve niet voor. Het hier bedoelde verweer is derhalve terecht door de rechtbank verworpen.

3.10. Grief 6 richt zich ertegen dat de rechtbank een bedrag van € 4.831,64 ter zake van kostennota's toewijsbaar heeft geacht. Ook deze grief faalt. Flory Cart heeft in eerste aanleg toegelicht dat deze nota's betrekking hebben op dozen/colli die wel zijn geleverd maar niet in de, voorafgaand aan de desbetreffende leverantie reeds opgemaakte factuur, waren betrokken. Zij heeft een overzicht van deze nota's overgelegd bij inleidende dagvaarding (productie 19), deze zijn alle terug te vinden in het door Flory Cart opgemaakte *statement account* dat blijktens de e-mail van Flory Cart van 30 augustus 2013 (productie 25 van Flory Cart bij

akte overlegging producties en eisvermindering) op genoemde datum naar Albert Heijn is verstuurd. De desbetreffende nota's zijn bij memorie van antwoord in incidenteel appel in het geding gebracht. In het licht van een en ander had het op de weg van Albert Heijn gelegen om ten minste in te gaan op deze (correctie)nota's en de door Flory Cart gestelde grondslag daarvan. Albert Heijn heeft weliswaar bij pleidooi in hoger beroep betwist dat zij "lijsten" van Flory Cart heeft ontvangen (waarmee kennelijk wordt bedoeld op het reeds genoemde *statement account*), maar het hof gaat aan deze tardieve en ongemotiveerde betwisting voorbij en sluit zich aan bij het oordeel van de rechtbank dat dit onderdeel van de vordering van Flory Cart als onvoldoende weersproken toewijsbaar is.

3.11. Grief 7 van Albert Heijn is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat de wettelijke handelsrente vanaf 5 november 2013 weer is gaan lopen. Het hof komt ook op dit punt niet tot een ander oordeel dan de rechtbank. Uit het bepaalde in artikel 6:119a BW volgt dat Albert Heijn in principe rente verschuldigd is vanaf het moment van verstrijken van de betaaltermijn van de desbetreffende nota's. Dit kan op grond van het bepaalde in lid 8 van bedoeld artikel anders zijn indien de vertraging niet aan Albert Heijn kon worden toegerekend. Dat dit laatste zich in dit geval vanaf 5 november 2013 voordeed vindt in het feitenmateriaal onvoldoende steun. Flory Cart wijst in dit verband terecht op de inhoud van haar e-mail van 22 juli 2013 waarin is vermeld dat betalingen dienden plaats te vinden "through the judicial commissioner and not on the old bank accounts", alsmede haar e-mails van 27 augustus en 30 augustus 2013 (onderdelen 19 en 21 van productie 24 van Flory Cart) waarin is vermeld op welk bankrekeningnummer en bij welke bank het aan Flory Cart verschuldigde diende te worden voldaan. Dat deze zijn gezonden naar Ahold Service Desk – volgens Albert Heijn een extern boekhoudkantoor dat geen onderdeel van Albert Heijn of Ahold is – en deze de door haar ontvangen e-mails niet doorzond aan Albert Heijn, zoals Albert Heijn bij pleidooi in hoger beroep heeft betoogd, kan haar niet baten. De wijze waarop zij contacten met leveranciers betreffende facturen en de betaling daarvan heeft georganiseerd komt in beginsel voor rekening van Albert Heijn. Flory Cart voert voorts terecht aan dat voor zover bij Albert Heijn twijfel bestond over de wijze waarop

zij het aan Flory Cart verschuldigde diende te voldoen, het op haar weg lag om daaromtrent nadere informatie in te winnen. Van een niet toerekenbare vertraging kan in het licht van het voorgaande niet worden gesproken.

Ook het beroep op het bepaalde in artikel 6:37 BW stuit hierop af.

Waar Albert Heijn zich op het standpunt stelt dat zij wegens het ontbreken van een ingebrekestelling vanaf 5 november 2013 niet in verzuim verkeerde, ziet zij over het hoofd dat ingevolge het bepaalde in artikel 6:119a BW de verschuldigheid van wettelijke handelsrente intreedt ook zonder dat de schuldenaar in verzuim verkeert. Het hof verwerpt ten slotte het betoog van Albert Heijn dat er in de gegeven omstandigheden grond is om de wettelijke handelsrente te matigen. Dat sprake is van kennelijk onaanvaardbare gevolgen indien deze rente wordt toegekend vindt in het feitenmateriaal onvoldoende steun, evenmin is daarin voldoende grond gelegen om die toekenning naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te achten. Flory Cart voert terecht aan dat het hier om een wettelijke fixatie van de vertragungsschade gaat en dat de vraag of de schuldeiser daadwerkelijk schade heeft geleden en of de schuldenaar van het uitstel van de betaling voordeel heeft genoten daarbij (in beginsel) geen rol speelt. Door Albert Heijn zijn geen feiten of omstandigheden aangevoerd die een uitzondering op dit uitgangspunt rechtvaardigen.

3.12. Met haar achtste grief betoogt Albert Heijn dat Flory Cart door niet te reageren op haar brief van 2 december 2014 stilzwijgend heeft toegestemd dat het door Albert Heijn betaalde bedrag van € 690.182,-, anders dan uit het bepaalde in artikel 6:44 lid 1 volgt, eerst in mindering komt op de hoofdsom. Ook deze grief treft geen doel. In bedoelde brief stelt Albert Heijn zich op het standpunt dat geen rente verschuldigd is en berekent zij het bedrag dat zij aan Flory Cart verschuldigd meent te zijn. Dat het haar bedoeling was daarmee voor het geval wel rente verschuldigd zou zijn een andere volgorde van imputatie aan te wijzen dan in de wet voorzien, is daarin onvoldoende tot uitdrukking gebracht. Dat Albert Heijn op grond van het niet direct reageren van Flory Cart op deze brief het gerechtvaardigd vertrouwen kon ontlenen dat deze instemde met een afwijkende (en voor Flory Cart nadelige) wijze van toerekening valt reeds daarom niet aan te nemen.

3.13. Grief 9 heeft betrekking op het door de rechtbank toegewezen bedrag ter zake van buitengerechtigde kosten en proceskosten. Albert Heijn stelt zich op het standpunt dat voor zover ter zake al enig bedrag toewijsbaar zou zijn bij de bepaling van de hoogte daarvan rekening moet worden gehouden met het feit dat zij bij brief van 2 december 2014 heeft bevestigd tot betaling van een bedrag van € 690.182,- te zullen overgaan. Het hof ziet in het betoog van Albert Heijn geen aanleiding om op dit punt anders dan de rechtbank te beslissen nu op het tijdstip van de inleidende dagvaarding (29 december 2014) bedoeld bedrag nog niet was voldaan.

3.14. Partijen hebben geen stellingen aangevoerd en te bewijzen aangeboden die indien bewezen tot een andere uitkomst van het geding kunnen leiden. Hun bewijsaanbiedingen worden mitsdien gepasseerd.

3.15. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat het vonnis in de hoofdzak dient te worden bekrachtigd. Flory Cart dient de kosten van het principaal appel te dragen. Albert Heijn zal als hoofdzakelijk in het ongelijk gestelde partij de kosten van het incidenteel appel dienen te dragen. Het hof wijst er in dit verband op dat de incidentele grieven die slagen ook via de devolutieve werking van het appel aan de orde zouden zijn gekomen, zodat deze in dit verband buiten beschouwing worden gelaten.

In de vrijwaringszaak

3.16. Blijkens het voorgaande komt het hof tot de slotsom dat de door Albert Heijn aan Railcargo c.s. onder de door de executoriale derdenbeslagen verrichte betalingen jegens Flory Cart bevrijdend zijn en deze terecht op de vordering van Flory Cart in mindering zijn gebracht. Nu er ter zake geen betalingsverplichting op Albert Heijn rust ontbreekt een grondslag om Railcargo c.s. te veroordelen tot het vrijwaren van Albert Heijn ter zake van deze betalingsverplichting. De rechtbank heeft de vordering in de vrijwaringszaak derhalve terecht afgewezen. De tegen deze beslissing gerichte grieven treffen geen doel, bij een verdere bespreking daarvan bestaat onvoldoende belang.

3.17. Het vonnis waarvan beroep zal derhalve ook wat de beslissing in de vrijwaringszaak betreft worden bekrachtigd, Albert Heijn zal worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep aan de zijde van Railcargo c.s. gevallen.

4. Beslissing

Het hof:

in de hoofdzak

rechtdoende in principaal en in het door Albert Heijn ingestelde incidenteel appel:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt Flory Cart in de kosten van het principaal appel (...; *red.*);

veroordeelt Albert Heijn in de kosten van het incidenteel appel (...; *red.*);

verklaart deze kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het anders of meer gevorderde af;

in de vrijwaringszaak

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep:

veroordeelt Albert Heijn in de kosten van het geding in hoger beroep (...; *red.*);

verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. Bovenstaand arrest betreft een incassoprocedure waarbij de in Italië gevestigde vennootschap Flory Cart SRL betaling vordert van onbetaalde facturen van Albert Heijn BV. De registers worden aan beide zijden opengetrokken. Albert Heijn wijst onder meer op verrekening in verband met uitgebleven leveringen (r.o. 3.5) en non-conforme leveringen (r.o. 3.9), hetgeen Flory Cart (ten dele) betwist met een beroep op de klachtplicht en het ontbreken van schade aan de zijde van Albert Heijn. Ook bestaat discussie over onder andere het openstaande factuurbedrag (r.o. 3.6 en 3.10) en de verschuldigde wettelijke handelsrente (r.o. 3.11-3.12). Ik beperk mij in deze annotatie echter tot het verweer van Albert Heijn dat zij reeds bevrijdend heeft betaald aan derden die onder haar executoriaal beslag hadden gelegd (r.o. 3.4.1-3.4.3) en de IPR-perikelen die daarbij spelen.

2. Albert Heijn is op 29 oktober 2013 respectievelijk 5 november 2013 overgegaan tot betaling aan de beslagleggers, Railcargo BV en HB Transport U. Lagerhaus GmbH ("HB Transport") ter voldoening van haar schulden aan Flory Cart. Op het moment van voldoening was op Flory Cart een "*concordato preventivo*" van toepassing (een Italiaanse insolventieprocedure), althans een *voorlopige concordato preventivo*. Op 22 juli 2013 had de rechtbank te Lucca namelijk besloten

(op basis van een daartoe strekkend verzoek) Flory Cart een termijn van zestig dagen te geven om een voorstel, plan en de documenten, zoals voorzien in de Italiaanse faillissementswet, te deponeren. Bij deze beslissing is tevens een gerechtelijk commissaris benoemd en is Flory Cart opgedragen elke dertig dagen een financieel verslag in te dienen. Pas bij beslissing van 17 december 2013 is deze concordato preventivo (definitief) voor geopend verklaard.

3. Het hof gaat er in dit arrest van uit dat deze aanloopfase van de concordato preventivo valt onder het bereik van de toenmalige Insolventieverordening (nr. 1346/2000, hierna: "IVO"). Het is de vraag of deze aanname juist is. De IVO is namelijk alleen in volle omvang van toepassing indien de beslissing van de rechtbank te Lucca van 22 juli 2013 kwalificeert als "een beslissing tot opening van een insolventieprocedure". In Eurofood heeft het Hof van Justitie aangenomen dat een beslissing die in de betreffende lidstaat niet formeel wordt gekwalificeerd als beslissing tot opening, toch als zodanig moet worden beschouwd als "alle wezenlijke elementen" van art. 1 lid 1 IVO aanwezig zijn. Zie HvJ EG 2 mei 2006, «JOR» 2006/224, m.nt. Veder (*Eurofood*), r.o. 54. Daarbij moet het gaan om een beslissing (i) gebaseerd een verzoek tot opening van een procedure als bedoeld in bijlage A bij de IVO, (ii) waarbij een in bijlage C bedoelde curator wordt aangesteld, en (iii) waarbij de schuldenaar het beheer en de beschikking over zijn vermogen verliest. Wat betreft de eerste twee vereisten: de procedure van de concordato preventivo prijkt op bijlage A van de IVO en ik ga ervan uit dat de op 22 juli 2013 benoemde gerechtelijke commissaris een "commissario" betreft als bedoeld in bijlage C. Of *in casu* echter ook wordt voldaan aan het derde vereiste, wordt mij niet duidelijk uit het arrest. Vgl. overigens voor de Nederlandse (voorlopige) surseance van betaling, Rb. Amsterdam 31 januari 2007 en 28 februari 2007, «JOR» 2008/17 en 18, beide m.nt. Faber, waarin werd aangenomen dat de beslissing ex art. 215 lid 2 Fw de opening van een insolventieprocedure markeerde (en dus niet pas de beschikking ex art. 218 Fw).

4. Indien de Insolventieverordening van toepassing is, volgt hieruit dat Albert Heijn een beroep kan toekomen op art. 24 IVO. Art. 24 lid 1 IVO bepaalt immers dat degene die te goeder trouw in een lidstaat een verbintenis uitvoert ten gunste

van een schuldenaar die is onderworpen aan een in een andere lidstaat geopende insolventieprocedure en in dat kader eigenlijk aan de curator had moeten betalen, bevrijd wordt. Daarbij kleurt art. 24 lid 2 IVO de vereiste goeder trouw nader in met twee – spiegelbeeldige – bewijsvermoedens, die gekoppeld zijn aan de uitvoering van bepaalde openbaarmakingsmaatregelen als bedoeld in art. 21 IVO.

5. Alvorens echter aan enig beroep van Albert Heijn op art. 24 IVO toe te komen, is vaststelling van het toepasselijke nationale recht van belang. Dit is niet zozeer vanwege art. 24 IVO zelf. Dit artikel is namelijk – anders dan de meeste bepalingen in de IVO – een bepaling van materieel recht en geldt ongeacht het toepasselijke nationale recht. Zie ook HvJ EU 19 september 2013, «JOR» 2014/113, m.nt. Gispén en Nylund (*Curatoren Grontimmo/BIL*), r.o. 23. Het belang is erin gelegen dat bescherming door art. 24 IVO niet nodig is indien het toepasselijke nationale recht geen restricties stelt aan de (bevrijdende) betaling aan anderen dan de curator in een insolventieprocedure. Het valt op dat het hof hier niet op ingaat. In Rb. Noord-Holland 8 maart 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:1968, r.o. 7.1-7.4, dat aan dit hoger beroep ten grondslag ligt, is immers uitgebreid stilgestaan bij het toepasselijke – *in casu* Italiaanse – recht (hier als *lex concursus* van toepassing, gelet op art. 4 IVO). De rechtbank heeft zich daarbij gebogen over de vraag of art. 44 van de Italiaanse faillissementswet, waaruit voortvloeit dat derden niet bevrijdend kunnen betalen aan crediteuren van de failliet, al dan niet van toepassing is op de concordato preventivo. De rechtbank oordeelde dat art. 44 van de Italiaanse faillissementswet *niet* van toepassing was op de concordato preventivo, zodat de betalingen van Albert Heijn aan de beslagleggers bevrijdend waren. De rechtbank kwam daarmee niet toe aan art. 24 IVO.

6. Het hof heeft mijns inziens ten onrechte deze stap overgeslagen. Uiteindelijk komt hij met toepassing van art. 24 IVO wel tot hetzelfde resultaat. Het hof (i) neemt namelijk aan dat Albert Heijn niet wist van de opening van de insolventieprocedure ten aanzien van Flory Cart en (ii) stelt vast dat evenmin uitvoering is gegeven aan de openbaarmakingsmaatregelen van art. 21 IVO. Dit leidt volgens het hof tot de slotsom dat Albert Heijn, door haar betalingen aan Railcargo

en HBTransport, tot het beloop van deze betaling jegens Flory Cart is bevrijd.

7. Met betrekking tot punt (i) wijst het hof onder meer op een e-mail van Flory Cart van 22 juli 2013 waarin zij beschrijft dat zij maatregelen heeft getroffen die nodig zijn “to access this procedure [de concordato preventivo, DB]”. Volgens het hof had Albert Heijn moeilijk iets anders uit deze e-mail kunnen opmaken dan dat Flory Cart op dat moment nog bezig was om de opening van de concordato preventivo voor te bereiden. Er wordt veel waarde gehecht aan deze – mogelijk wat ongelukkig gekozen en wellicht uit het Italiaans vertaalde – bewoordingen, terwijl Flory Cart in deze e-mail mijns inziens toch ook zeer nadrukkelijk meldt dat vanaf 12 juli 2013 elke betaling “must be exclusively made through the judicial commissioner, and not on the old bank accounts”. Nu echter de gerechtelijke commissaris van Flory Cart eind oktober/begin november 2013 nog (steeds) geen verzoek tot openbaarmaking van de insolventieprocedure in Nederland had ingediend, werkt hier het bewijsvermoeden van art. 24 lid 2 IVO (als bedoeld onder punt (ii)) in het voordeel van Albert Heijn.

8. Overigens is de regel uit art. 24 IVO in ongewijzigde vorm opgenomen in art. 31 van de herschikte Insolventieverordening (nr. 2015/848, hierna: “IVO II”). Hoewel dit voor de hand had gelegen, is de goede trouw niet gekoppeld aan het in te voeren “Europese insolventieregister”. Zie ook Veder, in zijn noot onder HvJ EU 19 september 2013, NJ 2017/271, nr. 8 (*Curatoren Grontimmo/BIL*).

9. Had het feit dat het gaat om betalingen aan een derde, niet zijnde de schuldenaar, voorgaande slotsom anders moeten maken? Het Hof van Justitie overwoog in het arrest Curatoren Grontimmo/BIL dat art. 24 IVO ziet op de bescherming van personen “die, rechtstreeks of indirect, te goeder trouw een verbintenis uitvoeren ten gunste van deze laatste” (r.o. 31). Mede gelet op deze overweging meen ik dat ook onderhavige betaling aan de beslagleggers van een schuldenaar onder de werkingssfeer van art. 24 IVO kan vallen. De betaling komt immers indirect ten gunste van de schuldenaar.

10. Een andere interessante vraag is in hoeverre nog bevrijdend kon worden betaald aan de beslagleggers op grond van het beslag. Waren de beslagen niet al komen te vervallen als gevolg van de concordato preventivo? Ik neem aan dat

hiervan kennelijk geen sprake was, nu dit in bovenstaande procedure geen onderwerp van discussie is geweest. Dit is anders in het (aan onderhavige casus gelieerde) vonnis van Rb. Noord-Holland van 20 maart 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2713. Dat vonnis betreft een opheffingskortgeding geëntameerd door Flory Cart tegen HBTransport. HBTransport heeft na het eerdere onder punt 2 bedoelde (succesvolle) beslag, nog tweemaal beslag gelegd onder Albert Heijn ten laste van Flory Cart. Door dit vonnis weten we dat Flory Cart na de concordato preventivo te hebben beproefd, op 4 oktober 2018 (alsnog) in staat van faillissement is verklaard. Waarschijnlijk heeft dit ermee te maken dat, zoals te lezen is in bovenstaand arrest, een eerder gehomologeerd akkoord is herroepen in verband met kennelijke frauduleuze handelingen (r.o. 3.1. (xviii)).

11. Deze latere faillissementsprocedure en de gevolgen daarvan worden – net als de concordato preventivo – beheerst door Italiaans recht als *lex concursus* (nu op grond van art. 7 van IVO II). Ik leid uit het vonnis af dat art. 51 van de Italiaanse faillissementswet op vergelijkbare wijze als art. 33 Fw bepaalt dat vanaf de dag dat het faillissement wordt uitgesproken geen individuele maatregelen ter executie of bewaring kunnen worden ingesteld of voortgezet op zaken die tot het faillissement behoren. Gelet op deze bepaling heeft de voorzieningenrechter de ten laste van Flory Cart op 23 maart 2017 en 10 januari 2020 onder Albert Heijn gelegde beslagen opgeheven, voor zover deze – zoals ik zou menen – niet al waren vervallen door het faillissement van Flory Cart.

mr. drs. D. Beunk
advocaat bij Florent te Amsterdam

179

Bankgarantie geen vervangende zekerheid voor depot bij aannemingsovereenkomst: onrechtmatige daad notaris en bank

Gerechtshof Amsterdam
28 januari 2020, zaaknr. 200.246.699/01,
ECLI:NL:GHAMS:2020:224
(mr. De Jongh, mr. Hoekzema, mr. Keirse)
Noot mr. P.C. Russcher

Bankgarantie. Aannemingsovereenkomst voor de bouw van appartementen. Appartementseigenaren storten deel aanneemsom in depot bij notaris. Na stellen bankgarantie keert notaris depot uit aan aannemer. Voorwaarden waaronder de bankgarantie kon worden ingeroepen (vervaltermijn), waren zodanig, dat de garantie niet kan worden aangemerkt als vervangende zekerheid. Bank dient ook belangen van begunstigden in het oog te houden. Onrechtmatige daad bank jegens appartementseigenaren. Verwijzing naar HR 13 maart 2015, «JOR» 2015/184, m.nt. Bergervoet (ABN AMRO/Amstelpark) en HR 18 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1607 (ISG/Natwest).

[BW art. 6:51 lid 2, 6:162, 7:768]

Ingevolge art. 7:768 lid 1 BW kan de consument-opdrachtgever zonder een beroep te doen op art. 6:262 BW en onder behoud van zijn recht op oplevering, ten hoogste 5% van de aanneemsom inhouden op de laatste termijn(en) en dit bedrag in plaats van aan de aannemer te betalen, in depot storten bij een notaris. Bij de beantwoording van de vraag of een door de aannemer aangeboden zekerheid de vrijgave van het depot rechtvaardigt, is beslissend of de aangeboden zekerheid aan de eisen van art. 6:51 lid 2 BW voldoet (vgl. HR 18 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1607 (ISG/Natwest)). In dit geval hebben alle appartementseigenaren gebruikgemaakt van hun bijzonder opschortingsrecht door ieder 5% van het op het desbetreffende appartementsrecht betrekking hebbende bedrag bij de notaris in depot te stor-

ten. De notaris heeft ten aanzien van negen van de elf appartementseigenaren het depot vrijgegeven nadat failliet een bankgarantie had gesteld. Hij heeft met de appartementseigenaren geen overleg gehad over de inhoud van de bankgarantie. De bankgarantie kon slechts worden ingeroepen nadat een partijen bindende beslissing was gewezen in een procedure tussen failliet en de desbetreffende appartementseigenaar. Tevens bevatte de bankgarantie een vervaltermijn per 1 juni 2016. Zij had daarmee een looptijd van nog geen zes maanden. Daarmee was bij voorbaat duidelijk dat vrijwel ondenkbaar was dat de bankgarantie met succes zou kunnen worden ingeroepen: ten aanzien van een geschil dat nog moest ontstaan in verband met de op 18 december 2015 nog niet gerealiseerde oplevering zou dan vóór 1 juni 2016 een partijen bindende uitspraak moeten zijn gewezen. Gelet op deze voorwaarden waaronder de bankgarantie kon worden ingeroepen, was van vervangende zekerheid als bedoeld in art. 7:768 lid 3 BW in verbinding met art. 6:51 lid 2 BW geen sprake.

Appellante stelt dat de bank onrechtmatig jegens de appartementseigenaren heeft gehandeld door het opnemen van een vervaltermijn in de bankgarantie. De garanderende bank moet niet slechts de belangen van degene die de opdracht gaf tot het stellen van de garantie, in het oog houden, maar ook die van degene te wiens gunste de garantie is gesteld (vgl. HR 13 maart 2015, «JOR» 2015/184, m.nt. Bergervoet (ABN AMRO/Amstelpark)). Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan deze verplichting meebrengen dat de bank ook bij het stellen van een abstracte bankgarantie acht dient te slaan op de onderliggende rechtsverhouding. In dit geval zijn de volgende omstandigheden van belang. De bank was bekend met art. 7:768 BW; zij was ervan op de hoogte dat het 5%-depot zou vrijvallen wanneer door de aannemer vervangende zekerheid was verstrekt. Daartoe hanteerde de bank een specifiek model bankgarantie, ook in dit geval. De bankgarantie is gesteld op uitsluitend verzoek van failliet. Bijzonderheid daarbij is dat failliet de bank verzocht af te wijken van haar model door een vervaltermijn van nog geen zes maanden op te nemen. Failliet stuurde aanvankelijk aan op een vervaltermijn van slechts drie maanden. De notaris had bezwaar gemaakt tegen die vervaltermijn en aangedrongen op een vervaltermijn van een jaar. In het licht van het cumulatieve vereiste dat