

gedurende faillissement [gedaagde] I liep (en niet voorafgaande aan dat faillissement). Zodanige rente kwam, zoals gezegd, niet in aanmerking voor verificatie in faillissement [gedaagde] I. Zoals eveneens eerder gezegd, had [eiser] niet medege-deeld dat zij aanspraak maakte op enige rentevergoeding. Na uitkering aan de schuldeisers, waar- onder [eiser], en het afleggen van rekening en verantwoording is de curator in faillissement [gedaagde] I gedefungeerd. Eerst nadien heeft [eiser] haar renteaanspraak kenbaar gemaakt.

Daarom heeft de curator in faillissement [gedaag- de] I geen aandacht hoeven schenken aan een, hem niet bekende en de faillissementsboedel niet rakende, eventuele aanspraak van [eiser] op rente na beëindiging van dat faillissement.

3.8. Anders dan [eiser] lijkt te betogen, heeft het wijzigen van artikel 2:23 lid 6 (oud) BW of de re- geling van de artikelen 2:23a, 23b en 23c BW niet de strekking renteaanspraken van concurrente schuldeisers te creëren. Indien een schuldeiser een renteaanspraak heeft, dient de vereffenaar daarmee overeenkomstig de regeling van onder meer de artikelen 2:23a, 23b en 23c BW met die aanspraak rekening te houden.

Echter, in het onderhavige geval blijkt [eiser] geen aanspraak op rente te hebben.

3.9. De rechtbank komt dan nog niet toe aan het verweer dat de brief van 2 juli 2013, waarbij de vordering werd ingediend, niet voldoet aan het vereiste van een behoorlijk gedocumenteerde vordering, omdat daaraan geen documentatie van de renteaanspraken is toegevoegd.

3.10. Op het vorenstaande stuit vordering af.

De rechtbank zal [eiser] als de in het ongelijk ge- stelde partij in de proceskosten veroordelen. (...; red.)

4. De beslissing

De rechtbank

4.1. wijst de vordering af;

4.2. veroordeelt [eiser] in de proceskosten (...; red.).

45

Gerechtshof Amsterdam
2 juni 2015, zaaknr. 200.153.183/01,
ECLI:NL:GHAMS:2015:2101
(mr. Oranje, mr. Melissen, mr. Tromp)
Noot mr. C. Dullaart

Leegstandschade als gevolg van tussentijdse beëindiging huurovereenkomst door opzegging ex art. 39 Fw door curator van huurder. Na uitbetaling aan verhuurder onder bankgarantie verrekent bank haar vordering uit hoofde van door failliet gestelde contragarantie met creditsaldo failliet. Betaling op grond van bankgarantie gekoppeld aan contragarantie is in strijd met doel en strekking van art. 39 Fw. Ongerechtvaardigde verrijking. Verwijzing naar HR 14 januari 2011, «JOR» 2011/101, m.nt. JJvH (Aukema q.q./Uni-Invest) en HR 28 oktober 2011, «JOR» 2011/387, m.nt. Damminga en Rijckenberg (Van Hees q.q./Y). Tussenarrest.

[Fw art. 39; BW art. 6:212]

De bank heeft aan geïntimeerde een bankgarantie verstrekt waarin zij zich heeft verbonden om als eigen schuld aan geïntimeerde (onder meer) te voldoen de schade die geïntimeerde lijdt doordat de huurovereenkomst in geval van faillissement tussentijds door de curator wordt opgezegd. De bank heeft dienovereenkomstig aan geïntimeerde de leegstandschade betaald. Nu niet in geschil is dat de bank haar vordering uit hoofde van de door failliet gestelde contragarantie heeft verrekend met het creditsaldo van failliet op een bij de bank aangehouden bankrekening, is de leegstandschade aldus ten laste van de boedel gebracht. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 14 januari 2011, «JOR» 2011/101, m.nt. JJvH (Aukema q.q./Uni-Invest) geoordeeld, nadat hij daaraan voorafgaand heeft overwogen dat uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 39 Fw moet worden afgeleid dat die regeling berust op een afweging van enerzijds het belang van de boedel tot voorkoming van het oplopen van boedelschulden ter zake van niet langer gewenste huurverhoudingen en anderzijds het belang van de verhuurder bij betaling van de huurprijs, dat de opzegging op de voet van art. 39 Fw een regelmatige wijze van beëindiging van de huurovereenkomst is, die niet tot schadevergoeding verplicht en dat het resultaat van de bedoelde

belangenafweging niet kan worden doorbroken door het bedingen van een recht op schadevergoeding ter zake van de huur die verschuldigd zou zijn geworden indien de huurovereenkomst niet tussentijds op de voet van art. 39 Fw zou zijn beëindigd. Het resultaat van de bedoelde belangenafweging kan evenmin worden doorbroken door het bedingen van een zodanig recht op schadevergoeding over de band van een bankgarantie waarmee een derde zich verbindt tot betaling van die schadevergoeding als een eigen schuld en de betaling door die derde (ingevolge een contragarantie) vervolgens geschiedt ten laste van de faillissementsboedel. Met een dergelijke transactie wordt deze belangenafweging per saldo immers evenzeer doorkruist. Nu geïntimeerde krachtens een met doel en strekking van art. 39 Fw strijdige transactie betaling verkreeg ten laste van de faillissementsboedel is geïntimeerde ongerechtvaardigd verrijkt. Dat geïntimeerde de betaling ontving van de bank op grond van een bankgarantie staat niet in de weg aan een vordering van de curator uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Een verrijking van een partij bij een overeenkomst ten koste van een derde wordt immers niet steeds en zonder meer gerechtvaardigd door die overeenkomst (zie HR 28 oktober 2011, «JOR» 2011/387, m.nt. Damminga en Rijckenberg (Van Hees q.q./Y)). De bankgarantie, gekoppeld aan een contragarantie, maakt deel uit van de met het doel en de strekking van art. 39 Fw strijdige transactie en is dan ook niet een omstandigheid die de verarming kan rechtvaardigen die in verband met deze transactie bij de boedel is ingetreden. Ook de contragarantie staat aan de vordering van de curator niet in de weg. Nu deze, in het kader van de transactie, de strekking heeft dat de betaling van de schadevergoeding aan geïntimeerde ten laste van de boedel wordt gebracht, is deze evenmin een omstandigheid die de verarming kan rechtvaardigen. Vergoeding door geïntimeerde van in beginsel een bedrag gelijk aan het door haar ontvangen bedrag dat ten laste van de boedel is gebracht, is redelijk met het oog op doel en strekking van art. 39 Fw.

Mr. J.L.G.M. Verwiel te Breda, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Bouwgros BV,
appellant,
advocaten: mr. A. van Hees en mr. P.A. Kerkhof,
tegen
Hansteen Netherlands BV te Amsterdam,
geïntimeerde,
advocaat: mr. M. van Schoonhoven-Sloot.

(...; red.)

2. Feiten

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2. de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, komen de feiten neer op het volgende.

2.1. Op 1 oktober 2008 heeft Bouwgros Holding B.V. (hierna: Bouwgros Holding), de moedermaatschappij van Bouwgros B.V. (hierna Bouwgros), het bedrijfspand gelegen aan de Zalmweg 32 te Raamsdonkveer verkocht aan Hansteen. Bouwgros heeft de huur van het bedrijfspand voortgezet.

2.2. In de tussen Hansteen en Bouwgros gesloten huurovereenkomst gedateerd 24 december 2007 is, voor zover van belang, bepaald:

“Artikel 3 Duur, verlenging en opzegging

3.1. Deze overeenkomst is aangegaan voor de duur van tien (10) jaar (...)

Artikel 4 Huurprijs (...)

(...)

4.7. Per betaal periode van één (1) maand bedraagt bij aanvang van de huurovereenkomst:

de huurprijs € 61.760,00

de (...) omzetbelasting € 11.734,40

Totaal € 73.494,40

(...)

Artikel 6 Bankgarantie

6.1. Het bedrag van de bankgarantie wordt hierbij tussen huurder en verhuurder vastgesteld op € 881.932,80 (zijnde 12 maanden huur inclusief BTW) (...).

(...).

Artikel 9 Bijzondere bepalingen

9.1.1. Huurder en verhuurder komen overeen dat de onderhavige huurovereenkomst een 'triple-net' huurovereenkomst betreft en dat derhalve in ieder geval onderhoudskosten, reparaties, vervangingen, belastingen aangaande het gehuurde, exploitatiekosten, eigenaarlasten en verzekeringspremies, al het vorenstaande in de ruimste zin van het woord voor rekening en risico komen van huurder. (...)"

2.3. In de bij de huurovereenkomst behorende algemene bepalingen huurovereenkomst kantoorruimte is onder meer bepaald:
"(...).

10.7. Huurder is gehouden de door hem op basis van het inspectierapport uit te voeren werkzaamheden binnen de in het rapport vastgelegde (...) termijn ten genoegen van verhuurder uit te voeren c.q te doen uitvoeren. Indien huurder (...) nalatig blijft in de nakoming van zijn uit het rapport voortvloeiende verplichtingen, is verhuurder gerechtigd zelf deze werkzaamheden te laten uitvoeren en de daaraan verbonden kosten op huurder te verhalen."

2.4. In de tussen Bouwgro's Holding en Hansteen gesloten koopovereenkomst gedateerd 24 december 2007 is, voor zover van belang, bepaald:
"(...).

Roof

Article 11

(...).

4. After the roof works have been completed and signed off by DTZ, Bouwgro's will maintain the roof and the structure of the roof in accordance with the lease agreement, without prejudice to Sellers obligation as set out in this Article under 2."

2.5. ABN Amro Bank N.V. (hierna: ABN Amro) heeft op verzoek van Bouwgro's een bankgarantie gedateerd 8 september 2008 afgegeven ten gunste van Hansteen.

In de bankgarantie is, voor zover van belang, bepaald:

"(...)

ABN AMRO (...) verklaart zich door deze, bij wijze van zelfstandige verbintenis tegenover verhuurder (...) onherroepelijk en onvoorwaardelijk garant te stellen voor al hetgeen huurder ingevolge de (...) huurovereenkomst (...) aan verhuurder (...) verschuldigd zal zijn.

Ondergetekende verplicht zich voorts om als eigen schuld aan verhuurder (...) te zullen vergoeden alle schade, door hem te lijden, doordat de huurovereenkomst in geval van faillissement, of aan

huurder verleende surseance van betaling, ingevolge opzegging door de curator of door huurder en de bewindvoerder tussentijds zal worden beëindigd.

(...).

Ondergetekende verbindt zich op eerste verzoek van verhuurder (...), zonder opgaaf van redenen te verlangen of nader bewijs te vragen, aan verhuurder te zullen voldoen al hetgeen verhuurder volgens diens schriftelijke verklaring uit hoofde van deze garantie van ondergetekende vordert (...)"

2.6. In een door Actys BOG B.V. (hierna: Actys) opgemaakt en door Hansteen en Bouwgro's ondertekend "Inspectierapport bedrijfsmatig onroerend goed" van 4 december 2008 is vermeld:

"A. De toestand bij aanvang (...) van de huur is goed, met uitzondering van:

(...)

3. Dakrenovatie conform offerte

4. Beglazing dak herstellen

5. Schade aan gebouw! Incl. glas

(...)

10. Onderhoudsplan 2009 leveren (gedaan)

12. Bestrating in orde

14. Schilderwerk matig! Hout ktr."

Bij de posten 3, 4 en 5 staat aangekruist dat de herstelkosten ten laste komen van Bouwgro's.

2.7. In een aan Bouwgro's gerichte offerte van Intercoating Dakrenovatie B.V. (hierna: Intercoating) van 29 augustus 2008 is voor dakrenovatie een bedrag van € 79.905,- opgenomen.

2.8. Bij vonnis van 3 juni 2009 is Bouwgro's in staat van faillissement verklaard met benoeming van de Curator als zodanig.

2.9. Bouwgro's heeft tot 1 juni 2009 de huur volledig voldaan aan Hansteen. Bij brief van 16 juni 2009 heeft de Curator de huur opgezegd met inachtneming van de opzegtermijn ex art. 39 Faillissementswet (Fw) van 3 maanden. Het bedrijfspand is door de Curator op 8 oktober 2009 opgeleverd aan Hansteen.

2.10. De huur over de periode na 1 juni 2009 is niet voldaan. De boedelvordering van Hansteen ter zake de huur over de periode 3 juni tot 8 oktober 2009 bedraagt € 313.083,- (incl. btw). Daarnaast heeft Hansteen een concurrente vordering voor de huur over de eerste twee dagen van juni 2009 van € 4.969,57.

2.11. Op 6 juli 2009 heeft ABN Amro een bedrag van € 881.832,80 aan Hansteen betaald op grond van de bankgarantie.

2.12. ABN Amro heeft haar vordering uit hoofde van de door Bouwgros aan haar verstrekte contra-garantie van € 881.832,80 verrekend met het op een bankrekening van Bouwgros bij ABN Amro geblokkeerde creditsaldo.

2.13. Bij brief van 28 augustus 2009 heeft de advocaat van Hansteen aan de Curator onder meer bericht dat de bankgarantie is ingeroepen wegens gemiste huurpenningen over de periode na de opzegtermijn en waardevermindering van het pand (hierna gezamenlijk: de leegstandschade).

2.14. In opdracht van Hansteen heeft Actys een eindinspectie van het gehuurde verricht. Bij brief van 23 oktober 2009 heeft Actys gerapporteerd omtrent de bij de eindinspectie aangetroffen schade en tekortkomingen.

2.15. Bij brief van 21 maart 2011 heeft de Curator onder meer het volgende aan de advocaat van Hansteen bericht:

“In aansluiting op mijn bericht eind vorige week dien ik u vanzelfsprekend nog aan te spreken in verband met de (magazijn)stellingen.

(...).

Ik ben bereid deze kwestie af te wikkelen tegen een bedrag van € 85.000,00 te vermeerderen met 20% en over het totaalbedrag de verschuldigde BTW. (...).

Mocht uw cliënte daar niet bereid toe zijn dan zal ik het volledige bedrag van € 200.000,00 exclusief BTW als vervangende schadevergoeding in rechte vorderen (...).”

2.16. Bij brief van 10 juni 2011 heeft de advocaat van Hansteen aan de Curator bericht dat de grondslag van de vordering waarvoor de bankgarantie is ingeroepen aldus wordt gewijzigd dat de bankgarantie geacht moet worden te zijn ingeroepen voor de tot 8 oktober 2009 verschuldigde huurpenningen, de verzekeringspremies en de opleveringsschade.

3. Beoordeling

3.1. In eerste aanleg heeft de Curator gevorderd – voor zover mogelijk – uitvoerbaar bij voorraad:

1. te verklaren voor recht primair dat Hansteen niet gerechtigd was terzake door haar geclaimde schade de door ABN Amro gestelde bankgarantie te trekken voor een hoger bedrag dan € 57.150,30, althans, subsidiair, dat Hansteen niet gerechtigd was terzake door haar geclaimde schade de door ABN Amro gestelde bankgarantie te trekken voor een hoger bedrag dan krachtens artikel 39 Fw in aanmerking mag worden genomen, zijnde de

huurpenningen verschuldigd vanaf faillissementsdatum tot aan de dag dat de huurovereenkomst is geëindigd;

2. te verklaren voor recht dat Bouwgros, althans de boedel van Bouwgros, eigenaar is van de magazijnstellingen aanwezig in het bedrijfspand van Bouwgros aan de Zalmweg 32 te Raamsdonksveer;

3. te verklaren voor recht dat Hansteen gehouden is om, nu zij de Curator niet heeft toegestaan deze stellingen, waarvan Bouwgros c.q. de boedel van Bouwgros eigenaar is, te doen verkopen en te executeren, de schade die de boedel als gevolg daarvan geleden heeft, aan de boedel te vergoeden;

4. Hansteen te veroordelen tot betaling aan de Curator van een bedrag van € 824.872,50, primair te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 6 juli 2009, dan wel vanaf 14 augustus 2009;

5. Hansteen te veroordelen tot betaling aan de Curator van een bedrag van € 238.000,-, primair te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 27 augustus 2009, dan wel vanaf de dag der dagvaarding;

6. Hansteen te veroordelen in de buitengerechtelijke incassokosten van € 6.422,-;

7. Hansteen te veroordelen in de kosten van de procedure, alsmede in de kosten ter zake van de ten laste van haar gelegde conservatoire beslagen.

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis voor recht verklaard dat Bouwgros, althans de boedel van Bouwgros, eigenaar is van de magazijnstellingen aanwezig in het bedrijfspand van Bouwgros aan de Zalmweg 32 te Raamsdonksveer.

De rechtbank heeft de overige vorderingen van de Curator afgewezen. Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt de Curator met vier grieven op.

3.2. De grieven I, II en III komen kort gezegd op tegen het oordeel van de rechtbank dat Hansteen terecht en op goede gronden ter zake van de leegstandschade onder de bankgarantie heeft getrokken en dat de vorderingen onder 1 en 4 reeds op die grond moeten worden afgewezen. Deze grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

Het invoeren van de bankgarantie voor leegstandschade

3.3. ABN Amro heeft aan Hansteen een bankgarantie verstrekt waarin zij zich in de tweede zin van de onder 2.5 aangehaalde tekst heeft verbonden om als eigen schuld aan Hansteen (onder meer) te voldoen de schade die Hansteen lijdt doordat de huurovereenkomst in geval van faillis-

sement tussentijds door de curator wordt opgezgd. ABN Amro heeft dienovereenkomstig aan Hansteen de leegstandschade betaald. Nu niet in geschil is dat ABN Amro haar vordering uit hoofde van de door Bouwgrosgestelde contragarantie heeft verrekend met het creditsaldo van Bouwgrosgro op een bij ABN Amro aangehouden bankrekening is de leegstandschade aldus ten laste van de boedel gebracht.

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 14 januari 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BO3534 («JOR» 2011/101, m.nt. JvH (*Aukema q.q./Uni-Invest*); red.)) geoordeeld, nadat hij daaraan voorafgaand heeft overwogen dat uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 39 Fw moet worden afgeleid dat die regeling berust op een afweging van enerzijds het belang van de boedel tot voorkoming van het oplopen van boedelschulden ter zake van niet langer gewenste huurverhoudingen en anderzijds het belang van de verhuurder bij betaling van de huurprijs:

“3.5.2. In het onderhavige geval heeft de curator de huurovereenkomst op de voet van art. 39 Fw beëindigd door opzegging. In een dergelijke wijze van beëindiging, waaraan voor de verhuurder in het kader van zojuist bedoelde afweging van belangen het voordeel is verbonden dat de huurschuld vanaf de faillissementsdatum boedelschuld is, heeft de wetgever ‘niet de minste reden’ gezien aan de verhuurder ‘ook nog een recht op schadevergoeding te geven.’ (...) De opzegging op de voet van art. 39 is een regelmatige wijze van beëindiging van de huurovereenkomst, die niet tot schadevergoeding verplicht. Het resultaat van de bedoelde belangenafweging kan niet worden doorbroken door het bedingen van een recht op schadevergoeding ter zake van de huur die verschuldigd zou zijn geworden indien de huurovereenkomst niet tussentijds op de voet van art. 39 zou zijn beëindigd.”

Het hof is van oordeel dat het resultaat van de bedoelde belangenafweging evenmin kan worden doorbroken door het bedingen van een zodanig recht op schadevergoeding over de band van een bankgarantie waarmee een derde zich verbindt tot betaling van die schadevergoeding als een eigen schuld en de betaling door die derde (ingevolge een contragarantie) vervolgens geschiedt ten laste van de faillissementsboedel. Met een dergelijke transactie wordt deze belangenafweging per saldo immers evenzeer doorkruist. Nu Hansteen krachtens een met doel en de strekking

van art. 39 Fw strijdige transactie betaling verkreeg ten laste van de faillissementsboedel is het hof van oordeel dat Hansteen ongerechtvaardigd is verrijkt.

Dat Hansteen de betaling ontving van ABN Amro op grond van een bankgarantie staat niet in de weg aan een vordering van de Curator uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Een verrijking van een partij bij een overeenkomst ten koste van een derde wordt immers niet steeds en zonder meer gerechtvaardigd door die overeenkomst (zie HR 28-10-2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986 («JOR» 2011/387, m.nt. Damminga en Rijkensberg (*Van Hees q.q./Y*); red.), r.o. 3.7.2.). De bankgarantie, gekoppeld aan een contragarantie, maakt deel uit van de met het doel en de strekking van art. 39 Fw strijdige transactie en is dan ook niet een omstandigheid die de verarming kan rechtvaardigen die in verband met deze transactie bij de boedel is ingetreden. Ook de contragarantie staat aan de vordering van de Curator niet in de weg. Nu deze, in het kader van de transactie, de strekking heeft dat de betaling van de schadevergoeding aan Hansteen ten laste van de boedel wordt gebracht, is deze evenmin een omstandigheid die de verarming kan rechtvaardigen. Vergoeding door Hansteen van in beginsel een bedrag gelijk aan het door haar ontvangen bedrag dat ten laste van de boedel is gebracht is redelijk met het oog op doel en strekking van art. 39 Fw.

3.4. Hansteen heeft bij brief van 11 juni 2011 aan de Curator bericht dat zij de bankgarantie (subsidiar) heeft aangewend voor de achterstallige huur verschuldigd over de periode tot en met 8 oktober 2009, zijnde de datum waarop de Curator het pand aan Hansteen heeft opgeleverd, verzekeringspremies en een vordering ter zake van opleveringschade.

Het standpunt van de Curator dat Hansteen niet gerechtigd was de bankgarantie later voor een andere vordering of schade in te roepen, moet worden verworpen. Niet valt in te zien waarom Hansteen niet tot wijziging van de grondslag voor het inroepen van de bankgarantie mocht overgaan. Hansteen heeft aanvankelijk de bankgarantie ingeroepen voor leegstandschade die valt onder de tweede zin van de onder 2.5 aangehaalde bankgarantie. Hansteen was gerechtigd om de bankgarantie later alsnog (subsidiar) in te roepen voor vorderingen die onder de eerste zin van de onder 2.5 aangehaalde bankgarantie vallen.

3.5. Ter gelegenheid van het pleidooi heeft de Curator erkend dat Hansteen op basis van de subsidiaire grondslag gerechtigd was de volgende bedragen onder de bankgarantie te claimen:

– € 4.969,57 (achterstallige huur over de periode van 1 tot en met 2 juni 2009);

– € 313.083,- (achterstallige huur over de periode 3 juni 2009 tot en met 8 oktober 2009);

– € 9.896,24 (door Hansteen voorgeschoten verzekeringspremies);

derhalve in totaal € 327.949,81.

3.6. De Curator heeft voorts erkend dat Hansteen ook de opleveringsschade onder de bankgarantie mocht claimen, maar heeft de door Hansteen gestelde omvang van deze schade betwist.

Hansteen stelt uit hoofde van opleveringsverplichtingen een vordering op Bouwgros te hebben van € 545.104,83, bestaande uit:

herstelwerkzaamheden aan het dak € 35.416,84

onderhoudsplanning 2009 € 131.156,27

verwijderen onkruid en stellingen € 96.718,44

overige opleveringsverplichtingen € 281.813,28.

Herstelwerkzaamheden aan het dak

3.7. Het hof heeft behoefte aan nadere inlichtingen omtrent de vraag of Bouwgros de kosten in verband met herstelwerkzaamheden aan het dak verschuldigd is en omtrent de hoogte van het door Hansteen geclaimde bedrag.

Uit het bepaalde in artikel 9.1.1 van de huurovereenkomst volgt dat het een zogenaamde triple-net huurovereenkomst betreft. De vraag is of uit het bepaalde in artikel 11.4 van de koopovereenkomst volgt dat naast Bouwgros Holding ook Bouwgros voor deze kosten kan worden aangesproken, zoals Hansteen heeft gesteld en de Curator heeft weersproken. Het hof zal daartoe een comparitie van partijen gelasten.

Onderhoudsplanning 2009

3.8. In het voorlopig inspectierapport van 4 december 2008 is vermeld dat Bouwgros de dakrenovatie zal uitvoeren conform offerte en de beglazing van het dak zal herstellen.

In de offerte van Intercoating van 29 augustus 2008 is voor de dakrenovatie een bedrag van € 79.905,- geoffreerd. Nu Bouwgros zich bij het aangaan van de huurovereenkomst door ondertekening van het voorlopig inspectierapport van 4 december 2008 heeft verbonden deze dakrenovatie

conform offerte uit te voeren, was Hansteen gerechtigd dit bedrag onder de bankgarantie te claimen.

Wat de overige hier door Hansteen geclaimde posten betreft, heeft het hof behoefte aan nadere inlichtingen. De te gelasten comparitie van partijen zal tevens voor dit doel worden gebruikt.

Verwijderen onkruid en stellingen

3.9. Gezien de uit art. 10.1.2 van de bij de huurovereenkomst behorende algemene bepalingen huurovereenkomst kantoorruimte voortvloeiende verplichting het gehuurde in goede staat op te leveren was Hansteen gerechtigd de kosten van het verwijderen van de magazijnstellingen en het onkruid ten laste van Bouwgros te brengen. De omstandigheid dat Hansteen zich aanvankelijk op het standpunt heeft gesteld dat de magazijnstellingen tot het gehuurde behoorden, waarover hierna meer, is onvoldoende om te kunnen oordelen dat de kosten van deze opleveringsverplichting door Hansteen niet meer in rekening konden worden gebracht. Hansteen heeft deze kosten onderbouwd aan de hand van door haar overgelegde offertes, die door de Curator onvoldoende gemotiveerd zijn weersproken, reden waarom Hansteen gerechtigd was het totaalbedrag van € 96.718,44 onder de bankgarantie te claimen.

Overige opleveringsverplichtingen

3.10. Ten aanzien van de overige opleveringsverplichtingen verwijst Hansteen naar de door Actys verrichte eindinspectie en de in de brief van 23 oktober 2009 neergelegde schade en tekortkomingen.

Hansteen stelt zich op het standpunt dat uit het bepaalde in art. 10.6 en 10.7 van de bij de huurovereenkomst behorende algemene bepalingen huurovereenkomst kantoorruimte volgt dat de Curator wat de omvang van de overige opleveringsverplichtingen gebonden is aan de door Actys geconstateerde gebreken.

De Curator heeft betwist gebonden te zijn aan het opleveringsrapport van Actys, dat Bouwgros zich met de triple-net huurovereenkomst heeft verbonden om bij het einde van de huurovereenkomst meer te vergoeden dan hetgeen verschuldigd is op grond van een oplevering in goede staat en de hoogte van de door Hansteen in verband met de opleveringsverplichtingen gevorderde schadevergoeding. Volgens de Curator geven de door

Hansteen in het geding gebrachte offertes geen juist beeld van de toenmalige situatie en van de kosten van herstel.

Het hof heeft ook op dit punt behoefte aan nadere inlichtingen, waartoe de te gelasten comparitie van partijen tevens zal worden benut.

Magazijnstellingen

3.11. Grief IV komt op tegen afwijzing door de rechtbank van de door de Curator gevorderde schadevergoeding in verband met het mislopen van de verkoopopbrengst van de magazijnstellingen.

Niet in geschil is dat de magazijnstellingen roerend waren en toebehoorden aan Bouwgros. Hansteen heeft zich aanvankelijk verzet tegen de verkoop van de magazijnstellingen door de Curator. De brief van de Curator van 21 maart 2011 moet worden aangemerkt als een omzettingsverklaring in de zin van art. 6:87 BW, nu de Curator in die brief heeft vermeld dat Hansteen zich na een eind 2009 tussen partijen gevoerde discussie nog immer niet bereid heeft verklaard de magazijnstellingen aan de Curator ter beschikking te stellen en dat, bij gebreke van bereidheid de kwestie in der minne op te lossen, aanspraak wordt gemaakt op vervangende schadevergoeding. Het aanbod van Hansteen aan de Curator in haar brief van 10 juni 2011 om de magazijnstellingen op te halen tegen betaling van de kosten van het demonteren van de stellingen ad € 93.148,44 behoefde door de Curator, na zijn omzettingsverklaring, niet meer te worden geaccepteerd.

De schade wordt vastgesteld op de, in opdracht van de Curator getaxeerde en door Hansteen onvoldoende weersproken, liquidatiewaarde van € 85.000,-, nu van mogelijkheden tot onderhandse verkoop bij gelijkblijvende locatie of gebruik niet is gebleken.

De kosten van het demonteren van de magazijnstellingen komen voor rekening van de Curator gezien de verplichting van Bouwgros het gehuurde in goede staat op te leveren. De demontagekosten zijn in r.o. 3.9 reeds aangemerkt als terecht geclaimd onder de bankgarantie, reden waarom deze kosten niet tevens in mindering op de door Hansteen aan de Curator te vergoeden liquidatiewaarde van de magazijnstellingen behoeven te worden gebracht.

Grief IV is terecht voorgesteld.

3.12. Uit het voorgaande volgt dat Hansteen in ieder geval onder de bankgarantie mocht claimen:

- € 4.969,57 (achterstallige huur over de periode van 1 tot en met 2 juni 2009);
- € 313.083,- (achterstallige huur over de periode 3 juni 2009 tot en met 8 oktober 2009);
- € 9.896,24 (door Hansteen voorgeschoten verzekeringspremies);
- € 96.718,44 (verwijderen onkruid en stellingen);
- € 79.905,- (renovatie dak).

Partijen wordt in overweging gegeven te bezien of omtrent de overige door Hansteen onder de bankgarantie geclaimde posten een minnelijke regeling kan worden bereikt.

3.13. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

4. Beslissing

Het hof:

bepaalt dat partijen vertegenwoordigd door iemand die van de zaak op de hoogte is en bevoegd is (door schriftelijke machtiging of anderszins) tot het aangaan van een schikking, tezamen met hun advocaten, tot het hiervoor onder 3.7, 3.8 en 3.10 omschreven doel zullen verschijnen (...; *red.*)

NOOT

1. *Inleiding.* Verhuurovereenkomsten ten aanzien van (grote) bedrijfspanden worden veelal voor lange periodes aangegaan en hebben daarom invloed op de waarde van bedrijfspanden. Bij de beëindiging van een huurovereenkomst op grond van art. 39 Fw kan een verhuurder verschillende soorten schade lijden: de huur over de opzegtermijn (max. drie maanden), leegstandschade (verschuldigde huur over de resterende huurperiode) en opleverschade (kosten die verband houden met de ontruiming van het pand). De eerste en de laatste vormen zijn boedelschulden (zie nader HR 19 april 2013, «JOR» 2013/224, m.nt. Boekraad (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.o. 3.8); de tweede vorm is niet verifieerbaar. Als de leegstandschade wordt gedekt door een zekerheid, mag die wel worden ingeroepen, maar niet ten laste van de boedel komen. Hoe dat wordt gerealiseerd, hangt af van de gekozen zekerheid. In geval van een (abstracte) bankgarantie, zoals in de onderhavige uitspraak, zal de curator de verhuurder uit hoofde van onrechtvaardige verrijking moeten aanspreken. In geval van andere (persoonlijke) zekerheden, mag

de zekerheidsgever zijn regresvordering niet indienen in het faillissement. Het is de vraag of dat onderscheid gerechtvaardigd en noodzakelijk is.

2. *Feiten.* Bouwgros (huurder) huurde een pand van Hansteen (verhuurder). Huurder had een bankgarantie laten stellen ter grootte van twaalf maanden huur ten bedrage van circa € 880.000, onder meer tot zekerheid van alle schade door verhuurder te lijden in geval van faillissement. Bouwgros is 3 juni 2009 in staat van faillissement verklaard. De curator heeft op grond van art. 39 Fw op 16 juni 2009 de huurovereenkomst opgezegd met inachtneming van een opzegtermijn van drie maanden. De verhuurder heeft vervolgens in zomer 2009 onder de bankgarantie het maximale bedrag ingeroepen voor gemiste huurpenningen na de opzegtermijn, en de waardevermindering van het pand (leegstandschade). De bank heeft het maximale bedrag uitgekeerd aan verhuurder en zijn vordering onder de contragarantie verrekend met het geblokkeerde creditsaldo van huurder. In juni 2011 wijzigde de verhuurder de grondslag van zijn beroep onder de bankgarantie van leegstandschade naar opleverschade. De curator vorderde een verklaring voor recht dat verhuurder niet gerechtigd was de bankgarantie te trekken voor een hoger bedrag dan € 57.150,30, althans dat verhuurder niet gerechtigd was de bankgarantie te trekken voor een hoger bedrag dan haar krachtens art. 39 Fw toekwam. De curator vordert terugbetaling van een bedrag van circa € 825.000, zijnde de leegstandschade. De rechtbank wees de vorderingen van de curator af.

3. *Hof: leegstandschade.* Het hof oordeelt in r.o. 3.3 met een verwijzing naar HR 14 januari 2011, «JOR» 2011/101, m.nt. JJvH, r.o. 3.5.2 (*Aukema q.q./Uni-Invest*) dat een regelmatige beëindiging op grond van art. 39 Fw geen recht voor de verhuurder doet ontstaan op vergoeding van leegstandschade, ook niet wanneer die vergoeding bedongen is over de band van een bankgarantie. Het hof bevestigt verder met verwijzing naar HR 28 oktober 2011, «JOR» 2011/387, m.nt. Damminga en Rijckenberg, r.o. 3.7.2 (*Van Hees q.q./Y*) dat ook de bankgarantie, gekoppeld aan een contragarantie, deel uitmaakt van de met het doel en de strekking van art. 39 Fw strijdige transactie en daardoor niet een verarming van

de boedel kan rechtvaardigen. De curator heeft derhalve een vordering op verhuurder op grond van ongerechtvaardigde verrijking.

4. *Hof: wijziging grondslag vordering onder bankgarantie.* De verhuurder had in eerste instantie een beroep op de bankgarantie gedaan voor leegstandschade. Nadien wijzigde zij de grondslag en stelde jegens de gefailleerde de bankgarantie te hebben ingeroepen voor de tot datum oplevering verschuldigde huurpenningen, verzekeringspremies en de opleverschade. Het hof oordeelt in r.o. 3.4 dat de verhuurder daartoe gerechtigd was. Dit betekent dat de omvang van de vordering van de curator op Hansteen afhangt van de beslissing van het hof op de afzonderlijke posten die gezamenlijk de pretense opleverschade vormen.

5. *Leegstandschade na faillissement.* Sinds *Aukema q.q./Uni-Invest* is duidelijk dat leegstandschade niet ten laste van een failliete boedel kan worden gebracht. In dat arrest bleef echter de vraag onbeantwoord wat de status is van een schadevergoedingsbeding dat bij faillissement van een huurder een recht op leegstandschade aan verhuurder toekent. Indien een schadevergoedingsbeding in faillissement jegens de failliete huurder geldig blijft, behoudt de verhuurder nog wel een mogelijkheid om leegstandschade van een zekerheidsgever te vorderen. Het antwoord op die vraag werd gegeven in HR 15 november 2013, «JOR» 2014/27, m.nt. JJvH onder «JOR» 2014/28 (*Romania Beheer*) waarin werd geoordeeld dat het beding geen effect sorteert jegens de boedel, maar wel jegens de gefailleerde zelf. Aanvullend besliste de Hoge Raad dat een regresvordering van een garant (ook) niet kan worden uitgeoefend jegens de boedel, waardoor feitelijk de boedel wordt beschermd door art. 39 Fw, maar niet de gefailleerde huurder. Gevolg is dat een voor de vergoeding van de leegstandschade door een derde (hierna: garant) verstrekte zekerheid in beginsel kan worden uitgewonnen, maar de garant zich niet op de boedel mag verhalen (zijn vordering in het faillissement indienen).

6. Dat lijkt anders wanneer die garant een bank is die een – veel voorkomende – bankgarantie (zogenaamde huurgarantie) heeft afgegeven. De bank zou zijn vordering uit hoofde van de contragarantie wel op de boedel mogen verhalen, althans zijn vordering ter verificatie mogen indienen. Dat zou volgen uit de aard van de

bankgarantie en wordt bevestigd door onderhavig arrest. De vordering van de curator jegens de verhuurder uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking staat daarin centraal. Dat veronderstelt dat de bank zijn vordering uit hoofde van de contragarantie terecht ten laste van de boedel heeft verhaald (zie tevens: Aukema q.q./Uni-Invest). De Hoge Raad heeft zich er nog niet over uitgelaten wat dat onderscheid rechtvaardigt (zie bijv. de annotatie bij het onderhavige arrest van Moné in *TvHB* 2015,16, p. 280). De huidige stand van de (recente) rechtspraak laat het volgende beeld in drie situaties zien.

7. *Situatie A*. Aan een verhuurder is een (abstracte) bankgarantie verstrekt. De bank heeft een contragarantie van de huurder bedongen, met voldoende zekerheid voor terugbetaling van de vordering op huurder. Dit is de situatie waarvan sprake was in Aukema q.q./Uni-Invest, HR 22 november 2013, «JOR» 2014/28, m.nt. JJvH, tevens behorend bij «JOR» 2014/27 (*TEP/Silvis q.q. c.s.*) en in het onderhavige arrest (leegstandschadejurisprudentie). De bank heeft zekerheid voor haar vordering uit hoofde van de contragarantie voor een bedrag dat overeenkomt met het maximaal onder de bankgarantie door verhuurder in te roepen bedrag. De bank heeft een pandrecht op het creditsaldo van deze geblokkeerde rekening. Indien de verhuurder de bankgarantie inroept, dan voldoet de bank de leegstandschade als eigen schuld die zelfstandig is ten opzichte van de onderliggende rechtsverhouding (zie ook HR 13 maart 2015, «JOR» 2015/184, m.nt. Bergervoet (*ABN Amro Bank/Amstelpark Tennis Promotions c.s.*), r.o. 4.2.1-4.2.2). De bank subrogeert daardoor niet in de rechten van de verhuurder (zie Hof Amsterdam 10 augustus 2000, «JOR» 2000/205 en Hof Amsterdam 3 mei 2007, «JOR» 2007/280; anders: Bertrams in zijn noten bij voornoemde jurisprudentie). Er is (behoudens hoge uitzonderingen) geen discussie mogelijk of de verhuurder terecht de bankgarantie inroept. De bank dient namelijk, gelet op het zelfstandige karakter van de abstracte bankgarantie, onder de voorwaarden van de bankgarantie op eerste afroep uit te keren aan de verhuurder. De bank mag op grond van zijn vordering op de gefailleerde uit hoofde van de contragarantie verrekenen met het creditsaldo. De curator kan, gelet op de leegstandschadejurisprudentie, vervolgens alleen de verhuurder aanspreken op grond van ongerechtvaardigde verrijking. De

bank treedt feitelijk (en niet juridisch: zie zelfstandig karakter van bankgarantie) op als doorgeefluik, terwijl de verhuurder, op wie de voornoemde belangenafweging naar aanleiding van art. 39 Fw ziet, in die constructie altijd ten nadele van de boedel verrijkt wordt. Die visie wordt bevestigd door de verwijzing van het hof in het onderhavige arrest naar het arrest HR 28 oktober 2011, «JOR» 2011/387, m.nt. Damminga en Rijkenberg (*Van Hees q.q./Y*). Verder rust de grondslag van de vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking op het beginsel dat vermogensvermeerderingen die een rechtvaardiging missen, door de rechtsorde niet kunnen worden geduld en moeten worden teruggedraaid (zie TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 803. Zie ook *GS Verbintenissenrecht* (Scheltema), art. 6:212, aant. 2). Door kruising van deze overweging door een verhuurder over de band van een bank- en contragarantie of anderszins lijkt mij in strijd met het wettelijk systeem. De wetgever heeft immers niet de minste reden gezien aan de verhuurder ten nadele van de boedel ook nog een recht op schadevergoeding (leegstandschade) te geven na beëindiging van een huurovereenkomst ex art. 39 Fw. Het voorgaande is tevens in lijn met het arrest van het Hof Den Haag van 30 maart 2007, «JOR» 2007/133, m.nt. Verdaas (zie ook: C. Dullaart, 'Geldigheid schadevergoedingsbeding in huurovereenkomst na faillissement: (persoonlijke) zekerheden, bankgaranties en regres', *Bb* 2014, nr. 8, p. 64.). De curator stelde in die zaak dat de combinatie van de bankgarantie met de door de huurder verleende vrijwaring onverenigbaar is met de ratio van art. 39 Fw en deswege nietig. Het hof oordeelde van niet omdat: i) een bankgarantie aan de bank geen ruimte biedt om uitkering aan de verhuurder te weigeren (zie ook r.o. 3.3 van het hof in *Aukema q.q./Uni-Invest* en r.o. 4.2.2 van de Hoge Raad in *ABN AMRO Bank/Amstelpark Tennis Promotions c.s.*), ii) dat niet iedere contractuele afspraak die tot een ander resultaat leidt dan art. 39 heeft beoogd, nietig is (zie r.o. 3.4, Hof Den Haag en later tevens bevestigd in *Romania Beheer*), en iii) dat in de praktijk veel gebruik wordt gemaakt van bankgaranties waardoor aantasting van de rechtspositie van de bank zou leiden tot complicaties waardoor bankgaranties ook niet meer door de bank zullen worden afgegeven met alle gevolgen van dien (zie r.o. 3.4, Hof Den Haag en indirect r.o. 4.2.1 van de Hoge Raad in

ABN AMRO Bank/Amstelpark Tennis Promotions c.s.). Leegstandschade kan op grond van het voorgaande niet voor rekening van de bank noch voor gefailleerde komen, maar komt voor rekening van de verhuurder uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking.

8. *Situatie B.* Aan een verhuurder is een bankgarantie verstrekt. De bank heeft een contragarantie van de huurder bedongen, met onvoldoende zekerheid voor betaling. De bank voldoet, net als in situatie A, de leegstandschade als eigen schuld die zelfstandig is ten opzichte van de onderliggende rechtsverhouding en subrogeert daardoor niet in de rechten van de verhuurder. De contragarantie heeft, gelet op ABN AMRO Bank/Amstelpark Tennis Promotions c.s. tevens als zelfstandige verbintenis van de gefailleerde te gelden. De vordering van de bank heeft te kwalificeren als een vordering ontstaan na faillissement, die voortvloeit uit een reeds bestaande rechtsverhouding met gefailleerde, maar die op grond van de criteria in HR 19 april 2013, «JOR» 2013/224, m.nt. Boekraad (*Koot Beheer/Tideman q.q.*) niet te gelden heeft als een boedel-schuld. Kortom; een concurrente faillissementsvordering (zie Rb. Den Haag 22 april 2015, *RI* 2015/66, r.o. 4.13). De bank kan derhalve zijn vordering indienen in het faillissement. De vraag is of de curator dan een vordering verkrijgt op de verhuurder uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Gelet op het feit dat op moment van indiening van de vordering door de bank feitelijk nog geen sprake is van een verarming zijdens de boedel, lijkt mij van niet. Zodra de bank (een deel van) zijn vordering daadwerkelijk krijgt uitgekeerd, treedt een verarming op zijdens de boedel. Tot het moment van verarming van de boedel betreft de vordering van de boedel op verhuurder derhalve een voorwaardelijke vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking.

9. *Situatie C.* Aan een verhuurder is een persoonlijk zekerheidsrecht verstrekt (concerngarantie, borgtocht, etc.). Zodra de garant de verhuurder betaalt, ontstaat – mits bedongen – een regresrecht op gefailleerde. Er ontstaat echter slechts een regresrecht jegens de boedel indien het regresrecht voortvloeit uit een op de dag van faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding met de gefailleerde (zie HR 16 oktober 2015, «JOR» 2016/20, m.nt. NEDF en Vermunt (*DLL/Van Logtestijn q.q.*), r.o. 3.4.1). Voor zover

al een contractueel regresrecht ontstaat, komt het regresrecht desondanks niet in aanmerking voor verificatie in het faillissement van de huurder (zie HR Romania Beheer, r.o. 3.3.4). Dat lijkt mij uiteraard anders indien de regresvordering ziet op de binnen art. 39 Fw toegekende drie maanden huurpenningen; in dat geval heeft de garant een boedelvordering wegens subrogatie in de rechten van de verhuurder. De uitkomst dat de garant meer risico loopt om achter te blijven met de schade, valt wat mij betreft te billijken. Er bestaat, behoudens uitzonderingen, tussen de garant en de huurder veelal een economische band op basis waarvan de garant indirect profiteert van het huurgenoet van huurder. De bank heeft, buiten het ontvangen van een commissie, geen enkel direct economisch belang bij de relatie tussen huurder en verhuurder.

10. *Wijziging grondslag bankgarantie.* De curator heeft vooralsnog slechts een Pyrrhusoverwinning behaald. Weliswaar heeft hij een vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking jegens de verhuurder, maar het hof staat verhuurder toe de “grondslag” voor het inroepen van de bankgarantie te wijzigen. Het hof kent verhuurder – in ieder geval – een bedrag toe van circa € 500.000. Voor de overige schadeposten van in totaal circa € 380.000 gelast het hof een compartie. Daardoor wordt de vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking (veel) kleiner dan de curator had gesteld. Ingevolge art. 6:216 lid 1 BW is het moment van betaling door de bank (moment van verrijking) het moment waarop de verhuurder mogelijk een schadevergoeding (ter grootte van de verarming) schuldig werd aan de boedel (toetsing ex tunc). De rechter heeft een grote mate van vrijheid om te bepalen in hoeverre de verrijking ongerechtvaardigd is en of de verrijkte verplicht is de schade te vergoeden aan de verarmde. Indien deze laatste toets ex nunc plaatsvindt, zal de rechter op grond van de omstandigheden van het geval kunnen oordelen dat de verrijking, gelet op het feit dat de bankgarantie eerder ook mocht worden ingeroepen voor opleverschade, niet ongerechtvaardigd is.

11. *Conclusie.* Het onderscheid dat de Hoge Raad lijkt te maken tussen een bankgarantie (waarbij de leegstandschade voor rekening van verhuurder blijft) en een andere persoonlijke zekerheid (waarbij de leegstandschade in beginsel komt voor rekening van de garant) lijkt mij gerecht-

vaardigd. De bijzondere positie van de bank en de ratio achter de totstandkoming van art. 39 Fw heeft tot gevolg dat de verhuurder bij inroepen van een bankgarantie voor leegstandschade zich, in strijd met de rechtsorde, verrijkt ten koste van de boedel. Verandert de positie van de bank doordat hij onvoldoende zekerheden heeft bedongen van huurder, dan resteert hem een concurrente faillissementsvordering en kan hij zijn vordering ter verificatie bij de curator indienen. De boedel verkrijgt vervolgens een voorwaardelijke vordering op verhuurder uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. De garant die subrogeert in de rechten van de verhuurder, kan zijn vordering niet ter verificatie indienen. Verhuurders lijken derhalve, zoals door menigeen na Romania Beheer werd aangenomen, het beste af met een persoonlijke zekerheid verstrekt door een derde niet zijnde een (abstracte) bankgarantie. De vraag is hoeveel van dit soort zaken zich na de leegstandschadejurisprudentie nog voor zullen doen. Aannemelijk is dat de discussie tussen verhuurders en curatoren zich langzaamaan zal verplaatsen van discussies over de leegstandschade naar discussies over de opleverschade, waar door curatoren met een vergrootglas zal worden bekeken of een door verhuurder gestelde schadepost wel een boedelvordering vormt. Hoe dan ook: op basis van het voorgaande valt de positie van verhuurders niet te benijden. Op moment van schrijven lijkt de onderhavige bedrijfsruimte te Raamsdonksveer nog altijd te huur te staan.

C. Dullaart,
advocaat bij Cleber te Amsterdam

46

Hof van Justitie EU

11 juni 2015, nr. C-649/13, ECLI:EU:C:2015:384
(Tizzano, Borg Barthet, Levits, Berger, Biltgen)
Noot mr. G.H. Gispén en mr. M.A. Vieira

Internationaal faillissementsrecht. Prejudiciële beslissing. Hoofdprocedure en secundaire procedure. Lokalisatie van goederen. Uitleg van overeenkomst tussen vereffenaars insolventieprocedures valt onder EEX-Vo. Verhouding EEX-Vo en IVO. Bevoegdheidsconflict. Rechters van lidstaat waar secundaire insolventieprocedure is geopend, zijn samen met rechters van lidstaat waar hoofdprocedure is geopend, bevoegd om vast te stellen ten aanzien van welke goederen van schuldenaar gevolgen van secundaire procedure gelden. Betekenis van "gedeelde" bevoegdheid. Overeenkomstig art. 2 onder g IVO moet worden vastgesteld ten aanzien van welke goederen gevolgen van secundaire insolventieprocedure gelden. Verwijzing naar HvJ EG 17 januari 2006, «JOR» 2006/59, m.nt. Wessels (Staubitz-Schreiber); HvJ EG 12 februari 2009, «JOR» 2011/340, m.nt. Veder onder «JOR» 2011/342 (Seagon); HvJ EU 19 april 2012, «JOR» 2012/303, m.nt. Veder (F-Tex); HvJ EU 4 september 2014, «JOR» 2015/87, m.nt. Veder (Kintra) en HvJ EU 4 september 2015, «JOR» 2015/303, m.nt. Broeders (Burgo Group).

[IVO art. 2 onder g, 3, 25 lid 1; EEX-Vo art. 1 lid 2 onder b]

Met het eerste onderdeel van zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de art. 3 lid 2 en 27 IVO aldus moeten worden uitgelegd dat de rechters van de lidstaat waar een secundaire insolventieprocedure is geopend, bij uitsluiting of samen met de rechters van de lidstaat waar de hoofdinsolventieprocedure is geopend, bevoegd zijn om vast te stellen ten aanzien van welke goederen van de schuldenaar de gevolgen van die secundaire procedure gelden. De hoofdgedingen vallen binnen de werkingssfeer van een groot aantal door of tussen de partijen in de hoofdgedingen gesloten overeenkomsten, waaronder met name de IFSA, de MRDA, het coördinatiememorandum en het memorandum tot beëindiging van het conflict. De bevoegdheid om uitspraak te doen in een geding over de uitlegging