ECLI:NL:RBROT:2016:4694

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	22-06-2016
Datum publicatie	22-06-2016
Zaaknummer	C/10/495364 / HA ZA 16-176 en C/10/495369 / KG ZA 16-187
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie	

Bevoegdheidsincident. Incident ex art. 223 Rv (provisionele vordering). Herschikte EEX-Verordening (EEX II-Vo). Verdrag van New York van 10 juni 1958 over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken.

Abengoa Bioenergy Netherlands B.V. is door een Spaans filiaal van HSBC Bank PLC aangesproken tot betaling van ruim € 31 miljoen. De vordering is gegrond op de (onbetwiste) stelling dat HSBC vorderingen tot dit bedrag van Nidera heeft overgenomen, die Nidera op Abengoa had omdat Nidera aan Abengoa graan had geleverd. Tussen HSBC en Nidera en Abengoa is daarover een driepartijen (factoring)overeenkomst gesloten waarin is vastgelegd dat Abengoa zich verbindt om rechtstreeks aan HSBC te betalen. HSBC maakt bij dagvaarding ook alvast aanspraak op een voorschot, van ruim € 27 miljoen, door middel van een incidentele vordering ex art. 223 Rv.

Abengoa betwist dat deze rechtbank bevoegd is om over deze zaak te oordelen. Zij beroept zich op een arbitrageafspraak in de overeenkomsten met Nidera over de graanleveranties. De rechtbank verklaart zich zowel in de hoofdzaak als in het incident ex art. 223 Rv bevoegd. In het incident ex art. 223 Rv wijst de rechtbank vervolgens het door HSBC gevorderde voorschot van ruim € 27 miljoen toe.

De mogelijkheid van het vorderen van een voorlopige voorziening is in art. 223 Rv afhankelijk gesteld van het aanhangig zijn van een hoofdvordering in een (bodem)geding. De rechtbank hoeft haar bevoegdheid daarom in dit geval niet - vooraf en zonder inachtneming van haar bevoegdheid in de hoofdzaak - te toetsen aan het bepaalde in art. 35 EEX-II Vo. Dat dit artikel bevoegdheid zou kunnen scheppen indien in een zelfstandige procedure om een voorlopige voorziening was verzocht, doet daaraan niet af.

Hoewel Abengoa, nadat vonnis was gevraagd, failliet is verklaard, hadden partijen wel recht op vonnis.

Vindplaatsen

Rechtspraak.nl
NTHR 2016, afl. 5, p. 279
TvA 2016/82

Uitspraak

vonnis

RECHTBANK ROTTERDAM

Team haven en handel

zaaknummer / rolnummer: C/10/495364 / HA ZA 16-176 en C/10/495369 / KG ZA 16-187

Vonnis in incident van 22 juni 2016

in de zaak van

de vennootschap naar Spaans recht
HSBC BANC PLC, SUCURSAL EN ESPAÑA,
gevestigd te Madrid, Spanje,
eiseres,
eiseres in het incident ex artikel 223 Rv,
verweerster in het bevoegdheidsincident,
advocaat mr. I.A. van Rooij,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
ABENGOA BIOENERGY NETHERLANDS B.V.,
gevestigd te Rotterdam,
gedaagde,
verweerster in het incident ex artikel 223 Rv,
eiseres in het bevoegdheidsincident,
advocaat mr. R.J. van der Weijden.

Partijen zullen hierna HSBC en Abengoa genoemd worden.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding tevens houdende incidentele provisionele vordering ex art. 223 Rv van 9 februari 2016, met elf producties;
- de beslagstukken;
- de conclusie van antwoord in incident tevens houdende incidentele vordering tot onbevoegdverklaring van Abengoa, met zes producties;
- de conclusie van antwoord in incident (ten aanzien van onbevoegdheid) van HSBC.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald in de incidenten.

2 De vorderingen in de hoofdzaak en in het incident ex artikel 223 Rv

2.1. HSBC vordert dat de rechtbank bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis:

A) bij wege van voorlopige voorzieningen ex artikel 223 Rv:

primair:

Abengoa veroordeelt om, tegen behoorlijk bewijs van kwijting en binnen vijf dagen na betekening van dit vonnis, aan HSBC te betalen € 27.300.000,00 althans een in goede justitie te bepalen bedrag, als voorschot op het in de hoofdzaak nader te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van de dagvaarding tot de dag van de algehele voldoening,

subsidiair:

Abengoa veroordeelt om binnen tien dagen na betekening van dit vonnis

ten behoeve van HSBC een onherroepelijke bankgarantie te stellen ten belope van € 27.300.000,00 althans een in goede justitie te bepalen bedrag, met veroordeling van Abengoa tot voldoening van een dwangsom van € 100.000,00 voor elke dag of gedeelte van een dag dat Abengoa dit vonnis niet, niet geheel of niet deugdelijk nakomt,

primair en subsidiair:

Abengoa veroordeelt in de proceskosten van dit incident,

B) in de hoofdzaak Abengoa veroordeelt tot betaling aan HSBC tegen behoorlijk bewijs van kwijting van € 31.527.326,77, te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente naar Engels recht over de in de dagvaarding onder 1 genoemde factuurbedragen vanaf hun respectieve vervaldata tot de dag van de uiteindelijke voldoening, met veroordeling van Abengoa in de proceskosten, inclusief beslagkosten, waarbij geldt dat indien en voor zover Abengoa reeds in het kader van de voorlopige voorzieningen bedragen heeft betaald aan HSBC, deze in mindering strekken op het toegewezen bedrag.

2.2. Aan deze vorderingen legt HSBC - samengevat - de volgende stellingen ten grondslag:

2.2.1. Nidera Agrocomercial S.A. (hierna: Nidera) heeft vorderingen verkregen op Abengoa uit hoofde van door Nidera aan Abengoa geleverd graan.

2.2.2. HSBC is krachtens drie overeenkomsten van factoring, gedateerd 27 juli 2012, 25 augustus 2014 respectievelijk 19 oktober 2015, eigenaar geworden van onder meer veertien vorderingen van Nidera op Abengoa. Ter zake heeft Nidera aan Abengoa (onder meer) facturen gezonden in de periode 8 mei 2015 tot en met 22 oktober 2015. Deze veertien vorderingen belopen in totaal € 31.527.326,77 en daarvan was op het moment van

dagvaarding een bedrag van € 27.333.214,00 opeisbaar en vervallen.

2.2.3. Abengoa was partij bij de factoringovereenkomsten. Zij heeft conform het in die overeenkomsten bepaalde aan HSBC steeds bevestigd dat zij instemde met de facturen en met de daarin opgenomen gegevens en ook met overdracht van de onderliggende vordering aan HSBC. Ook heeft Abengoa zich ingevolge de factoringovereenkomst jegens HSBC tot rechtstreekse betaling van de bewuste vorderingen aan HSBC verbonden.

2.2.4. Abengoa verkeert in grote betalingsproblemen. Teneinde nog iets van haar vordering betaald te kunnen zien, dient HSBC snel te handelen. Zij heeft dan ook een spoedeisend belang om ten titel van voorschot een executeerbare titel te verkrijgen voor het gedeelte van haar vorderingen in de hoofdzaak dat inmiddels opeisbaar is. Van enig restitutierisico is hierbij geen sprake, omdat HSBC een gezonde financiële instelling is.

3 Het geschil in het bevoegdheidsincident

3.1. Abengoa vordert dat de rechtbank zich bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis onbevoegd verklaart kennis te nemen van de vorderingen van HSBC, met veroordeling van HSBC in de proceskosten.

3.2. Hieraan legt Abengoa - samengevat - de volgende stellingen ten grondslag.

3.2.1. De rechtbank kan noch in de hoofdzaak noch in het incident ex artikel 223 Rv bevoegdheid ontlenen aan de Verordening (EU) Nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (hierna: EEX II-Vo). Deze verordening is immers niet van toepassing als gevolg van een arbitragebeding.

3.2.2. De vorderingen van HSBC vloeien niet voort uit de factoringovereenkomsten maar uit de overeenkomsten tot levering van graan tussen Nidera en Abengoa. Deze overeenkomsten bevatten een arbitraal beding:

Any dispute arising out of or under this contract shall be settled by arbitration with the Arbitration Rules No 125, of the Grain and Feed Trade Association, in the edition current at the date of this contract, such Rules forming part of this contract and of which both parties hereto shall be deemed to be aware. Arbitration to take place in London.

Uit de GAFTA arbitrageregels volgt dat bij deze arbiters ook een voorlopige voorziening kan worden verzocht. Het arbitragebeding ziet dus zowel op beslechting van het geschil ten gronde als op voorlopige voorzieningen.

Derhalve is deze rechtbank onbevoegd kennis te nemen van de vorderingen van HSBC zowel in de hoofdzaak als in het incident.

3.2.3. Dat de rechtbank in de hoofdzaak geen bevoegdheid toekomt, is een afzonderlijke reden om ook geen bevoegdheid aan te nemen ten aanzien van de vorderingen in het incident. HSBC heeft de verlangde voorlopige voorzieningen immers niet in een zelfstandige procedure gevorderd maar een incident binnen de hoofdzaak aanhangig gemaakt.

3.3. HSBC voert verweer en concludeert tot afwijzing van deze incidentele vordering, met veroordeling van Abengoa in de proceskosten in dit incident, bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis.

3.4. Op de stellingen van partijen zal hieronder bij de beoordeling, voor zover van belang, nader worden ingegaan.

4 De beoordeling in het bevoegdheidsincident

4.1. Abengoa heeft in haar conclusie van antwoord in het incident ex artikel 223 Rv de (internationale) bevoegdheid van deze rechtbank betwist. Daarbij heeft zij ook gesteld dat ook in de hoofdzaak bevoegdheid van deze rechtbank ontbreekt, en tot onbevoegdverklaring in de hoofdzaak geconcludeerd.

HSBC acht dit een ontoelaatbare verwarring van de hoofdzaak en het incident, en voert aan dat Abengoa zich pas over de bevoegdheid in de hoofdzaak kan uitspreken nadat eerst en vooraf zal zijn beslist op de vorderingen in het door HSBC geopende incident.

4.2. De rechtbank ziet dat anders.

HSBC heeft in de dagvaarding waarmee zij de hoofdzaak heeft ingeleid ook verzocht om een voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 223 Rv. Deze wetsbepaling voorziet in het geven van een voorlopige voorziening voor de duur van en binnen de context van een aanhangige bodemprocedure:

1. *Tijdens een aanhangig geding kan iedere partij vorderen dat de rechter een voorlopige voorziening zal treffen voor de duur van het geding.*

2. Deze vordering moet samenhangen met de hoofdvordering.

De mogelijkheid van het vorderen van een voorlopige voorziening is in artikel 223 Rv dus afhankelijk gesteld van het aanhangig zijn van een hoofdvordering in een (bodem)geding.

De rechtbank hoeft haar bevoegdheid daarom in dit geval niet - vooraf en zonder inachtneming van haar bevoegdheid in de hoofdzaak - te toetsen aan het bepaalde in artikel 35 EEX-II Vo. Dat dit artikel bevoegdheid zou kunnen scheppen indien in een zelfstandige procedure om een voorlopige voorziening was verzocht, doet daaraan niet af.

4.3. Aan de orde is daarom de vraag naar (internationale) bevoegdheid van deze rechtbank in de hoofdzaak.

Hier is sprake van een burgerlijke- of handelszaak in de zin van artikel 1 van de EEX II-Vo, van vorderingen die zijn ingesteld na 10 januari 2015 (art. 66 lid 1 EEX II-Vo) en van een gedaagde die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat (zie artt. 4 en 5 EEX II-Vo), zodat de EEX II-Vo in beginsel materieel, temporeel en formeel van toepassing is.

4.4. De Nederlandse rechter kan in deze zaak in beginsel rechtsmacht ontlenen aan de in artikel 4 lid 1 EEX II-Vo neergelegde hoofdbevoegdheidsregel van de EEX II-Vo, omdat de gedaagde, Abengoa, woonplaats heeft in Nederland in de zin van artikel 63 lid 1 EEX II-Vo. Aangezien de woonplaats van Abengoa is gelegen binnen het rechtsgebied van deze rechtbank, is deze rechtbank op grond van artikel 99 lid 1 Rv in beginsel ook relatief bevoegd.

4.5. HSBC heeft gewezen op een in alle drie de factoringovereenkomsten neergelegde bepaling over de rechterlijke bevoegdheid. Deze luidt voor zover relevant als volgt:

▪ *The Courts [and Tribunals] of England and Wales have exclusive jurisdiction in respect of any dispute, including disputes regarding non-contractual obligations in relation to or arising from the provisions of this Agreement.*

▪ *[…]*

▪ *This Clause is established solely for the benefit of the BANK. To the extent permitted at law, the BANK may:*

- i) *file proceedings before any other Court whatsoever; and*
- ii) *file simultaneous proceedings in different jurisdictions.*

HSBC stelt dat zij gebruik maakt van de door haar bedongen mogelijkheid om desgewenst de onderhavige kwestie voor te leggen aan de rechtbank van de plaats van vestiging van Abengoa, in dit geval derhalve de rechtbank Rotterdam.

HSBC stelt - terecht - niet dat de forumkeuzebepaling een exclusieve forumkeuze voor deze rechtbank inhoudt als bedoeld in artikel 25 EEX II-Vo.

4.6. Abengoa betoogt echter dat de EEX II-Vo niet van toepassing is op grond van het arbitraal beding in de graanovereenkomsten. Zij verwijst naar artikel 1 lid 2 sub d EEX II-Vo (*Deze verordening is niet van toepassing op [..] arbitrage*).

De EEX II-Vo staat er niet aan in de weg dat de aangezochte rechter zich onbevoegd verklaart in het geval blijkt van een rechtsgeldig arbitraal beding. Dit komt naar voren uit overweging (12) van de EEX II-Vo, welke voor zover relevant luidt:

Deze verordening dient niet van toepassing te zijn op arbitrage. Niets in deze verordening belet de gerechten van een lidstaat, wanneer aangezocht in een zaak waarin partijen een arbitragebeding zijn overeengekomen, de zaak te verwijzen voor arbitrage, het geding aan te houden dan wel te beëindigen, of om te onderzoeken of het arbitragebeding vervallen is, niet van kracht is of niet kan worden toegepast, een en ander in overeenstemming met zijn nationale recht.

In dezelfde overweging wordt uitdrukkelijk vermeld dat het Verdrag van New York van 10 juni 1958 over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken (hierna: Verdrag van New York) voorrang heeft boven de EEX II-Vo.

4.7. Artikel II van het Verdrag van New York bepaalt:

1. *Iedere Verdragsluitende Staat erkent de schriftelijke overeenkomst waarbij partijen zich verbinden aan een uitspraak van scheidsmannen te onderwerpen alle of bepaalde geschillen welke tussen hen zijn gerezen of welke tussen hen zouden kunnen rijzen naar aanleiding van een bepaalde al dan niet contractuele rechtsbetrekking en betreffende een geschil, dat vatbaar is voor beslissing door arbitrage.*
2. *Onder „schriftelijke overeenkomst" wordt verstaan een compromissoir beding in een overeenkomst of een akte van compromis, ondertekend door partijen of vervat in gewisselde brieven of telegrammen.*
3. *De rechter van een Verdragsluitende Staat bij wie een geschil aanhangig wordt gemaakt over een onderwerp ten aanzien waarvan partijen een overeenkomst als bedoeld in dit artikel hebben aangegaan, verwijst partijen op verzoek van een hunner naar arbitrage, tenzij hij constateert, dat genoemde overeenkomst vervallen is, niet van kracht is of niet kan worden toegepast.*

4.8. De rechtbank constateert dat het in r.o. 3.2.2 aangehaalde arbitraal beding voldoet aan de eisen van artikel II Verdrag van New York. De rechtsgeldigheid van het arbitraal beding in de graanovereenkomsten waar Abengoa een beroep op doet op zichzelf is ook terecht niet in geschil.

Ook terecht niet in geschil is dat HSBC de door Nidera met Abengoa gesloten geldige arbitrageovereenkomst(en) als cessionaris/factor tegen zich moet laten gelden.

4.9. Vervolgens rijst de vraag of het bij deze rechtbank aanhangige geschil kwalificeert als '*een geschil (...) over een onderwerp ten aanzien waarvan partijen een arbitrageovereenkomst hebben gesloten*' als bedoeld in artikel II lid 3 Verdrag van New York (vgl. overweging 12 van de EEX II-Vo '*een zaak waarin partijen een arbitragebeding zijn overeengekomen*'). Zo ja, dan moet deze rechtbank zich onbevoegd verklaren omdat het Verdrag van New York dit voorschrijft.

4.10. HSBC stelt dat haar vorderingen rechtstreeks voortvloeien uit de factoringovereenkomsten.

Abengoa betwist dit en betoogt dat de vorderingen zijn gegrond op de graanovereenkomsten.

De rechtbank concludeert dat de aan HSBC gecedeerde vorderingen weliswaar zijn ontstaan uit hoofde van de graanovereenkomsten, maar dat de vorderingsgerechtigdheid van HSBC voortvloeit

uit de factoringovereenkomsten waarbij ook Abengoa zelf partij is. De rechtsverhouding tussen partijen wordt dus door zowel de factoringovereenkomsten als de graanovereenkomsten bepaald.

4.11. De bewoordingen van de arbitrageovereenkomst neergelegd in de graanovereenkomsten, die ook een rechtskeuze voor Nederlands recht bevatten, wijzen er niet op - maar sluiten ook niet zonder meer uit - dat deze arbitrageovereenkomst ook ziet op geschillen die samenhangen met de factoringovereenkomsten. Wanneer deze bepaling echter wordt gezien in samenhang met de omstandigheid dat Abengoa zichzelf in de factoringovereenkomsten heeft gebonden aan een bepaling die voor geschillen voorziet in de exclusieve bevoegdheid voor de gerechten van Engeland en Wales, met de bijkomende afspraak dat HSBC voor een ander forum mag kiezen, kan niet worden aangenomen dat de arbitrageovereenkomst in de graanovereenkomsten bedoeld is om de gehele rechtsverhouding tussen partijen te beheersen. Er zijn geen bijzondere omstandigheden gesteld of gebleken die tot een ander oordeel kunnen leiden.

4.12. Voorts doen de stukken vermoeden dat tussen partijen in feite geen geschil bestaat over de rechten en verplichtingen van Nidera en Abengoa onder de graanovereenkomsten.

Als onbetwist gesteld is in dit incident immers komen vast te staan dat Abengoa zich in de factoringovereenkomsten contractueel jegens HSBC heeft verbonden om de aan HSBC gecedeerde, uit de graanovereenkomsten voortgevloeide, vorderingen van Nidera op Abengoa niet te betwisten. Uit de overgelegde en in zoverre niet betwiste producties blijkt voorts dat Abengoa aan HSBC steeds heeft bevestigd dat zij instemde met de facturen en met de daarin opgenomen gegevens en zich committeerde om deze aan HSBC te betalen.

Ook in de conclusie van antwoord in het incident ex artikel 223 Rv heeft Abengoa het bestaan en de omvang van de vorderingen uit hoofde van de graanleveranties niet betwist. Onder deze omstandigheden kan niet worden gezegd dat het onderwerp waarover Abengoa en Nidera een arbitrageovereenkomst hadden gesloten - hun rechten en verbintenissen onder de graanovereenkomsten - in deze procedure in geschil is.

4.13. Geconcludeerd moet dan ook worden dat hier geen sprake is van '*een geschil (...) over een onderwerp ten aanzien waarvan partijen een arbitrageovereenkomst hebben gesloten*' als bedoeld in artikel II lid 3 Verdrag van New York.

Het arbitraal beding in de graanovereenkomsten staat dan ook niet in de weg aan de (internationale) bevoegdheid van deze rechtbank op grond van artikel 4 lid 1 EEX II-Vo jo. artikel 99 lid 1 Rv.

De incidentele vordering van Abengoa faalt op deze gronden.

4.14. Abengoa zal als de in het ongelijk stelde partij worden veroordeeld in de kosten van dit incident.

5 De beoordeling in het incident ex artikel 223 Rv

5.1. Nu komt de rechtbank toe aan de vraag of de vordering van HSBC ex artikel 223 Rv moet worden toegewezen.

5.2. Voor toewijzing van een provisionele vordering als bedoeld in artikel 223 Rv is - naast samenhang met de vordering in de hoofdzaak - vereist dat de eisende partij voldoende belang bij de vordering heeft, hetgeen het geval is indien niet van haar kan worden gevergd dat zij de afloop van de bodemprocedure afwacht.

Daarnaast dient de rechter de wederzijdse belangen af te wegen tegen de achtergrond van de te verwachten resterende duur van de hoofdprocedure en van de proceskansen van partijen daarin.

5.3. Dat er voldoende samenhang met de hoofdvordering bestaat is niet in geschil.

5.4. Naar het oordeel van de rechtbank heeft HSBC ook voldoende belang bij haar incidentele vordering. Van haar kan gelet op de deugdelijk onderbouwde financiële moeilijkheden waarin Abengoa verkeert, ook in samenhang met de problemen bij de Spaanse moedermaatschappij waarop Abengoa zich ook zelf beroept (ter onderbouwing van haar standpunt dat het haar onmogelijk is een bankgarantie te stellen), niet worden gevergd dat zij de afloop van de bodemprocedure afwacht. Het standpunt van Abengoa dat HSBC geen spoedeisend belang heeft omdat zij beslag heeft gelegd op waardevolle activa van Abengoa, overtuigt niet, omdat bij een faillissement van Abengoa, deze beslagen vervallen. Op het moment van vonnis vragen was het faillissementsscenario geenszins uitgesloten. De rechtbank is er ambtshalve mee bekend dat dit scenario inmiddels is bewaarheid.

5.5. In r.o. 4.12 is al overwogen dat Abengoa zich jegens HSBC akkoord heeft verklaard met de facturen en met de juistheid van de daarin opgenomen gegevens, en dat zij het bestaan en de omvang daarvan ook in dit incident niet heeft betwist, terwijl zij ook de vorderingsgerechtigdheid van HSBC in correspondentie heeft erkend en in dit incident niet heeft betwist. Bij die stand van zaken ziet de rechtbank op dit moment geen reden om te twijfelen aan de toewijsbaarheid van de vorderingen van HSBC in de hoofdprocedure - de consequenties van het faillissement even daargelaten.

5.6. De conclusie is dat de primaire vordering in het incident zal worden toegewezen.

5.7. Abengoa zal als de in het ongelijk stelde partij worden veroordeeld in de kosten van dit incident.

6 De beslissing

De rechtbank

in het bevoegdheidsincident

6.1. wijst de vordering af,

6.2. veroordeelt Abengoa in de kosten van het incident, aan de zijde van HSBC tot op heden begroot op € 452,00,

6.3. verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad,

in het incident ex artikel 223 Rv

6.4. veroordeelt Abengoa om, tegen behoorlijk bewijs van kwijting en binnen vijf dagen na betekening van dit vonnis, aan HSBC te betalen € 27.300.000,00 als voorschot op het in de hoofdzaak nader te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 9 februari 2016 tot de dag van de algehele voldoening,

6.5. veroordeelt Abengoa in de kosten van het incident, aan de zijde van HSBC tot op heden begroot op € 452,00,

6.6. verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad,

in de hoofdzaak

6.7. verstaat dat de procedure op de voet van artikel 29 Faillissementswet (Fw) is geschorst.

Dit vonnis is gewezen door mr. P.A.M. van Schouwenburg-Laan en in het openbaar uitgesproken op 22 juni 2016.

901/1885