

JOR 2016/12 Rechtbank Amsterdam, 16-02-2015 Afwijzing vordering van schuldenaa...

Wetsbepaling(en): FW artikel 1, BW BOEK 3 artikel 13

Ook gepubliceerd in: ECLI:NL:RBAMS:2015:792



Aflevering 2016 afl. 1
 Rubriek Financiering, zekerheden en insolventie
 College Rechtbank Amsterdam
 Datum 16 februari 2015
 Rolnummer KG ZA 14-1243
 Rechter(s) mr. Van Walraven
 ENRC BV te Amsterdam,
 eiseres,
 advocaten: mr. M.H.R.N.Y. Cordewener, mr. J.H. Lemstra en mr. R.B. van Hees,
 Partijen tegen
 Ardila Investments NV te Curaçao,
 gedaagde,
 advocaten: mr. R.B. Gerresten en mr. E.J. van Drongelen.
 Noot *mr. H.J. School*
 Afwijzing vordering van schuldenaar in kort geding tot verbod aan zijn schuldeiser om
 Trefwoorden faillissementsaanvraag in te dienen, Faillissementsaanvraag is geen misbruik van bevoegdheid
 Regelgeving Fw - 1
 BW Boek 3 - 13 lid 2 EVRM - 6

**JOR 2016/12 Rechtbank Amsterdam, 16-02-2015, KG ZA 14-1243,
 ECLI:NL:RBAMS:2015:792**

Afwijzing vordering van schuldenaar in kort geding tot verbod aan zijn schuldeiser om faillissementsaanvraag in te dienen, Faillissementsaanvraag is geen misbruik van bevoegdheid

»Samenvatting

Kernvraag in dit geding is of gedaagde misbruik van bevoegdheid maakt in de zin van art. 3:13 lid 2 BW door het faillissement van eiseres aan te vragen. In dit geval is bij beantwoording van deze vraag terughoudendheid geboden. Een oordeel dat sprake zou zijn van misbruik van bevoegdheid zou immers tot gevolg hebben dat gedaagde wordt afgehouden van de rechter, hetgeen op gespannen voet kan komen te staan met art. 6 EVRM, dat juist een waarborg vormt voor toegang tot de rechter. De vordering van eiseres kan derhalve alleen worden toegewezen indien met een grote mate van zekerheid vaststaat dat sprake is van een van de situaties als genoemd in art. 3:13 lid 2 BW. Hiertoe wordt het volgende overwogen. Uitgaande van het bestaan van een vordering van gedaagde op eiseres van USD 220 miljoen zal geoordeeld moeten worden of de zorgen van gedaagde over de financiële gegoedheid van eiseres terecht zijn. Eiseres heeft in dit verband uitgebreid betoogd dat zij als “de Shell van Kazachstan” meer dan voldoende verhaal biedt. Gedaagde heeft daarentegen echter het volgende aangevoerd: (1) de prijs van ijzererts is sinds de totstandkoming van de SPA gehalveerd; (2) uit de jaarrekening van 2013 volgt dat het 100% belang van eiseres in ENRC Africa BV, de vennootschap waarin de Braziliaanse activiteiten zijn ondergebracht, in 2013 met meer dan USD 1 miljard is afgewaardeerd; (3) uit dezelfde jaarrekening kan worden afgeleid dat de Braziliaanse activiteiten in 2014 zullen worden overgedragen en dat dit zal leiden tot een “significant loss”; (4) eiseres erkent dat zij niet beschikt over liquide middelen; (5) ten tijde van het eerdere kort geding tussen partijen waarin eiseres opheffing van de beslagen vorderde, is niet gebleken dat eiseres zekerheid

kon stellen teneinde die opheffing te bewerkstelligen; (6) uit de jaarrekening 2013 blijkt voorts dat twee keer een lening is aangegaan van USD 1 miljard met de RCB Bank Ltd., dat eiseres kort lopende schulden heeft voor een bedrag van USD 564 miljoen, dat het liquiditeitstekort USD 459 miljoen bedraagt, dat de activa die liquide kunnen worden gemaakt beperkt zijn tot een bedrag van USD 207 miljoen, dat eiseres de waarde van haar activa heeft moeten afwaarderen met bijna USD 1,5 miljard, dat zij voor ongeveer USD 800 miljoen heeft moeten afschrijven op leningen verstrekt aan dochterondernemingen en dat zij in 2013 meer dan USD 1,6 miljard aan verlies heeft geleden; (7) er is sprake van een dramatische val van de roebel die ongetwijfeld zal leiden tot een devaluatie van de nationale munteenheid van Kazachstan en tevens is sprake van een drastische daling van de olieprijs; (8) hetgeen hiervoor is vermeld heeft dusdanige ongunstige financiële perspectieven tot gevolg dat Standard & Poor's de rating van eiseres eind 2014 heeft bijgesteld van B naar B- (highly speculative). Op grond van deze opsomming lijkt gedaagde zich met recht zorgen te maken over de financiële positie van eiseres en haar verhaalsmogelijkheden. Onvoldoende aannemelijk is dat de conservatoire beslagen die gedaagde heeft gelegd, een afdoende zekerheid vormen voor verhaal van haar vordering. Dat een faillissementsaanvraag per definitie kansloos is, kan niet worden gezegd, met name gelet op het in het geding gebrachte persbericht over de rating door Standard & Poor's. Niet kan worden uitgesloten dat eiseres niet meer in staat zal zijn haar schulden te betalen. Op grond van dit alles kan niet worden geoordeeld dat gedaagde geen enkel belang heeft bij het indienen van een faillissementsaanvraag. Daaruit vloeit voort dat evenmin kan worden geoordeeld dat een faillissementsaanvraag geen enkel ander doel heeft dan eiseres te schaden (als bedoeld in art. 3:13 lid 2 BW) of dat een dergelijke aanvraag enkel als doel heeft druk op eiseres uit te oefenen. Evenmin kan worden geoordeeld dat gedaagde in redelijkheid niet tot het indienen van een faillissementsaanvraag kan komen, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen de verschillende belangen van partijen (als bedoeld in art. 3:13 lid 2 BW, laatste zinsdeel). De conclusie is dat gedaagde voorshands geen misbruik van bevoegdheid maakt door het indienen van een faillissementsaanvraag. De financiële gegoedheid van eiseres is op dit moment te ongewis om te oordelen dat gedaagde geen faillissementsaanvraag zou mogen indienen.

beslissing/besluit

»Uitspraak

(...; red.)

2. De feiten

2.1. ENRC maakt onderdeel uit van de ENRC Groep die onder andere werkzaam is in de mijnindustrie in onder meer Brazilië. Ardila is een *special purpose vehicle* waarvan de aandelen worden gehouden door Zamin Ferrous Ltd. (hierna Zamin).

2.2. In 2008 is Bahia Minerals B.V. (hierna BMBV) opgericht, zijnde een *joint venture* tussen ENRC en Ardila. ENRC en Ardila hielden beide 50% van de aandelen in BMBV.

2.3. De *joint venture* zag op de ontwikkeling van een mijnbouwproject in het zuidoosten van de provincie Bahia in Brazilië. Het project ziet op de exploitatie van de ijzererts mijn, op het bouwen van een verwerkingsfabriek en het aanleggen van de noodzakelijke infrastructuur (waaronder elektriciteit, watertoevoer en het aanleggen van een *offshore terminal* in de haven van Ilhéus).

2.4. Op 21 september 2010 is tussen ENRC enerzijds en Ardila en Zamin anderzijds een *Share Purchase Agreement* (hierna de SPA) gesloten. Op grond van de SPA heeft ENRC het 50% belang van Ardila in BMBV gekocht. In artikel 3 van de SPA is opgenomen dat de koopprijs in twee fases diende te worden betaald. De eerste betaling van USD 335 miljoen is door ENRC verricht. De tweede USD 335 miljoen (in de SPA de *Incremental Purchase Price* genoemd) diende te worden betaald na het in vervulling gaan van de voorwaarden genoemd in artikel 3.4 (E) van de SPA. Tot die voorwaarden behoort het verkrijgen van een vergunning voor de bouw van een haven (de *Port Installation License*). Van de tweede betaling van USD 335 miljoen staat thans nog USD 285 miljoen open.

2.5. Blijkens artikel 3.8 van de SPA is de tweede betaling niet alleen opeisbaar in de gevallen genoemd in artikel 3.4, maar ook indien zich de volgende situatie voordoet.

"If the Company obtains a permit or permits from a Governmental Authority to transport the iron ore products from the Project area other than by the Railway Segment and/or the Port conditions outlined in

sub-clause 3.4 above shall not apply and any outstanding Incremental Purchase Payments shall only be conditional upon the relevant issuance of the Project Implementation License. For the avoidance of doubt, where the Licenses have already been issued, any outstanding Incremental Purchase Payments shall be immediately payable to the Seller by the Purchaser.”

2.6. Op 30 juni 2014 is Ardila bij de *High Court of Justice* in Londen een procedure gestart tegen ENRC. In die procedure vordert Ardila betaling van het openstaande bedrag van USD 285 miljoen minus het bedrag van USD 65 miljoen. Dit laatstgenoemde bedrag is Ardila uit hoofde van een aan haar door ENRC verstrekte lening verschuldigd. Ardila vordert in de Engelse procedure derhalve USD 220 miljoen. Ardila heeft zich hierbij op het standpunt gesteld dat artikel 3.8 van de SPA is “getriggerd” en dat op die grond de *Incremental Purchase Payment* opeisbaar is geworden.

2.7. Op 8 augustus 2014 heeft Ardila de voorzieningenrechter van deze rechtbank verzocht conservatoir beslag te mogen leggen ten laste van ENRC tot zekerheid van betaling van haar onder 2.6 genoemde vordering. Verzocht is beslag te mogen leggen op de aandelen die ENRC houdt in het kapitaal van vier dochtervennootschappen. Tevens is verzocht derdenbeslag te mogen leggen onder die dochtervennootschappen op zogenaamde *intercompany* vorderingen. Op 13 augustus 2014 heeft de voorzieningenrechter het verlot verleend. De vordering van Ardila is daarbij begroot op USD 269.989.760 (€ 201.801.151,-). De beslagen zijn op 13 augustus 2014 gelegd.

2.8. Op 12 augustus 2014 heeft ENRC haar *Defense* ingediend in de procedure bij de *High Court of Justice* in Londen. In diezelfde procedure heeft ENRC een vordering in reconventie ingesteld tegen Ardila van USD 65 miljoen, uit hoofde van de onder 2.6 genoemde lening.

2.9. Bij dagvaarding van 26 augustus 2014 heeft ENRC in kort geding opheffing van de onder 2.7 genoemde beslagen gevorderd. Bij vonnis van 29 augustus 2014 van de voorzieningenrechter van deze rechtbank is deze vordering afgewezen omdat – kort gezegd – niet summierlijk van de ondeugdelijkheid van de vordering van Ardila was gebleken.

2.10. Op 19 september 2014 is door de Braziliaanse autoriteiten de *Port Installation Licence* afgegeven. Als gevolg hiervan heeft Ardila de grondslag van de vordering die zij heeft ingesteld bij de *High Court of Justice* aangepast. Zij maakt thans (tevens) aanspraak op betaling van het bedrag van USD 220 miljoen op grond van artikel 3.4 van de SPA.

2.11. Bij brief van 30 september 2014 van de raadsman van Ardila is ENRC te kennen gegeven dat wanneer het bedrag van USD 220 miljoen niet op uiterlijk 6 oktober 2014 is betaald, het faillissement van ENRC zal worden aangevraagd.

3. Het geschil

3.1. ENRC vordert – kort gezegd en na aanvulling van eis – het volgende:

Primair:

1. Ardila te verbieden het faillissement van ENRC aan te vragen in Nederland of in enige andere jurisdictie, totdat een onherroepelijke beslissing is gegeven in de Engelse procedure;
2. een en ander op straffe van een dwangsom van 50 miljoen euro;

Subsidiair:

3. Ardila te verbieden het faillissement van ENRC aan te vragen in Nederland, Kazachstan, de Russische Federatie en Brazilië, totdat een onherroepelijke beslissing is gegeven in de Engelse procedure;
4. een en ander op straffe van een dwangsom van 50 miljoen euro;

Meer subsidiair:

5. Ardila te verbieden het faillissement van ENRC aan te vragen in Nederland, Kazachstan, de Russische Federatie en Brazilië, voor een periode van twee maanden te rekenen vanaf de datum van dit vonnis;
6. een en ander op straffe van een dwangsom van 50 miljoen euro;

Primair, subsidiair en meer subsidiair:

7. Ardila te veroordelen in de kosten van dit geding en in de nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente.

3.2. ENRC stelt hiertoe blijkens haar dagvaarding en blijkens de pleitaantekeningen van 8 oktober 2014 – samengevat weergegeven – het volgende. Weliswaar is op 19 september 2014 de *Port Installation Licence*

afgegeven, maar ENRC betwist dat die vergunning op rechtmatige wijze is verkregen. Het tijdstip en de omstandigheden waaronder de *Port Installation Licence* is afgegeven zijn verdacht. Uit een *technical opinion* blijkt dat vijf van de negentien voorwaarden die gelden voor het afgeven van de vergunning niet zijn vervuld. ENRC heeft een onderzoek doen instellen naar de geldigheid van de vergunning en ook zijn in Brazilië procedures aanhangig gemaakt tegen de vergunning. Volgens ENRC bestaat een groot risico dat de vergunning alsnog ongeldig wordt verklaard. ENRC kan daarom het risico niet nemen om op basis van deze vergunning te beginnen met het aanleggen van de haven. Dit heeft tot gevolg dat ENRC op dit moment niet tot betaling van het bedrag van USD 220 miljoen kan worden gehouden. Het is uiteindelijk aan de rechter in de Engelse procedure om te bepalen of Ardila op dit bedrag aanspraak kan maken en die uitspraak zal moeten worden afgewacht.

In een poging de druk op te voeren heeft Ardila (naast de gelegde conservatoire beslagen) aangekondigd het faillissement van ENRC aan te vragen, dit terwijl ENRC niet verkeert in een toestand dat zij heeft opgehouden te betalen en Ardila geen steunvordering heeft. Ook is niet summierlijk gebleken dat Ardila een vorderingsrecht heeft op ENRC. Er is dan ook niet voldaan aan de eisen die gelden voor een faillietverklaring. Het enkele aanvragen van het faillissement leidt echter tot een *event of default* (en tot *cross-defaults*) onder de financieringsdocumentatie van ENRC en daarmee tot onmiddellijke opeisbaarheid van miljarden aan leningen. Het is zeer onzeker of de banken in dit geval *waivers* zullen verstrekken. Het voortbestaan van de groep waartoe ENRC behoort, komt hiermee op het spel te staan en Ardila biedt als *special purpose vehicle* geen enkele zekerheid voor het vergoeden van de schade die ENRC als gevolg van een faillissementsaanvraag zal lijden. Er is sprake van juridische chantage, aldus ENRC.

De grondslag van de vorderingen die ENRC in dit kort geding heeft ingesteld is misbruik van (proces)recht. Een procedeeverbod kan worden gebaseerd op artikel 6:162 juncto artikel 3:13 BW. In dit geval is voldaan aan de criteria die zijn opgesomd in artikel 3:13 lid 2 BW. Ardila heeft slechts het doel ENRC op onevenredige wijze te benadelen. Een faillissementsaanvraag is kansloos en een faillissement kan niet tot bevoordeling van Ardila leiden. Integendeel, hierdoor zouden de door Ardila gelegde beslagen vervallen. Ardila heeft derhalve geen enkel belang bij een faillissementsaanvraag, terwijl haar vordering bovendien voldoende verzekerd is door de gelegde beslagen. Een faillissementsaanvraag is voorts onnodig omdat ENRC hoe dan ook voldoende verhaal biedt voor de vordering van Ardila. De financiële positie van ENRC is uitstekend en zij bezit alleen in Kazachstan al voor meer dan USD 14 miljard aan vermogensbestanddelen. Ook is reeds in de betaling van de *Incremental Purchase Payment* voorzien, mocht die opeisbaar worden. Al met al is ENRC van mening dat toewijzing van de vorderingen niet in strijd komt met artikel 6 EVRM, dat – in beginsel – toegang tot de rechter waarborgt.

Vanwege de onder 2.11 genoemde brief heeft ENRC een spoedeisend belang bij toewijzing van haar vorderingen.

3.3. Ter zitting van 2 februari 2015 heeft ENRC het volgende aangevoerd.

Aan Ardila is een rapport van Ernst & Young ter beschikking gesteld waaruit onder meer blijkt dat de waarde van de ten laste van ENRC beslagen vermogensbestanddelen de (betwiste) vordering van Ardila ruimschoots overstijgt. Ardila zit, met andere woorden, op een fluwelen zekerheidskussen. Ardila heeft geen inhoudelijk commentaar op dit rapport gegeven. Kennelijk is zij het eens met de inhoud van dit rapport.

Na de zitting van 8 oktober 2014 hebben partijen op hoofdlijnen overeenstemming bereikt over een minnelijke regeling. ENRC zou USD 220 miljoen in *escrow* storten en de moedervenootschap van ENRC zou een onvoorwaardelijke garantie verstrekken ter verzekering van de rente en kosten. Hiermee zou de gehele (betwiste) vordering van Ardila zijn verzekerd. ENRC heeft zich in de onderhandelingen met Ardila en met het doen van dit aanbod zeer redelijk opgesteld. Ardila heeft zich echter steeds, met name bij de schriftelijke vastlegging van de afspraken, onvermurwbaar en inflexibel opgesteld. Zo stelde zij plotseling de eis dat het stellen van het zekerheidspakket er niet toe zou leiden dat de gelegde beslagen zouden worden opgeheven. Ardila zou op die wijze een dubbele zekerheid verkrijgen voor één vordering. Ook stelde Ardila de eis dat zij haar rechten en verplichtingen uit de schikkingsovereenkomst vrijelijk zou kunnen overdragen. Op zich kon ENRC hiermee instemmen, maar zij stelde hierbij wel de voorwaarde dat zij voorafgaand aan een overdracht hieraan haar goedkeuring zou moeten verlenen. Dit is volstrekt redelijk omdat ENRC het recht heeft te weten met welke wederpartij zij van doen heeft.

Ook konden partijen het niet eens worden over een insolventiebepaling in de *escrow agreement*. Van ENRC kon niet worden gevegd, zoals Ardila verlangde, dat een bepaling zou worden opgenomen die het voor Ardila mogelijk maakt in een faillissement van ENRC meteen onder de *escrow* te kunnen trekken.

Verder is het Ardila ten onrechte in het verkeerde keelgat geschoten dat ENRC in de Engelse procedure (in een *summary judgement*) het opeisbare bedrag van USD 65 miljoen heeft gevorderd, terwijl dit bedrag ENRC gewoon toekomt (en Ardila hiervoor als *special purpose vehicle* mogelijksterwijs geen verhaal biedt).

Ook is relevant dat in november 2014 door de Braziliaanse autoriteiten een nieuwe procedure is gestart om de *Port Installation License* te vernietigen. In dat geval heeft Ardila helemaal geen vordering meer op ENRC.

Volgens ENRC is de conclusie dat zij alles heeft gedaan om aan de wensen van Ardila tegemoet te komen. Op 15 december 2014 stond het bedrag van USD 220 miljoen klaar om in *escrow* te worden gestort. Desalniettemin heeft Ardila de onderhandelingen op volstrekt onredelijke gronden afgebroken. Het moet haar daarom worden verboden een faillissementsaanvraag in te dienen, dan wel moet hieraan ten minste de voorwaarde worden verbonden dat Ardila zekerheid dient te bieden voor de schade die ENRC als gevolg van een faillissementsaanvraag zal lijden.

3.4. Ardila heeft verweer gevoerd tegen toewijzing van de vorderingen. Op dit verweer wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Kernvraag in dit geding is of Ardila misbruik van bevoegdheid maakt in de zin van artikel 3:13 lid 2 BW door het faillissement van ENRC aan te vragen. De voorzieningenrechter is voorshands van oordeel dat in dit geval bij beantwoording van deze vraag terughoudendheid is geboden. Een oordeel dat sprake zou zijn van misbruik van bevoegdheid, zou immers tot gevolg hebben dat Ardila wordt afgehouden van de rechter, hetgeen op gespannen voet kan komen te staan met artikel 6 EVRM, dat juist een waarborg vormt voor toegang tot de rechter. De vordering van ENRC kan derhalve in dit kort geding alleen worden toegewezen indien met een grote mate van zekerheid vaststaat dat sprake is van een van de situaties als genoemd in artikel 3:13 lid 2 BW.

4.2. De voorzieningenrechter overweegt hiertoe het volgende. In het kortgedingvonnis van 29 augustus 2014 is reeds geoordeeld dat niet van de summierlijke ondeugdelijkheid van de vordering van Ardila op ENRC is gebleken, voor zover deze vordering is gebaseerd op artikel 3.8 van de SPA. Nadien (op 19 september 2014) is de *Port Installation Licence* verleend als gevolg waarvan Ardila haar vordering op ENRC (tevens) heeft gebaseerd op artikel 3.4 (E) van de SPA. Beantwoording van de vraag of de *Port Installation Licence* onder verdachte omstandigheden is verleend en om die reden vernietigd zal worden of op andere wijze ongeldig zal worden verklaard, vergt een nader onderzoek naar de feiten waarvoor het kort geding zich niet leent. Zolang de *Port Installation Licence* niet is vernietigd, dient de voorzieningenrechter uit te gaan van de geldigheid van die vergunning. Voorshands leidt dit tot de conclusie dat Ardila ook op grond van artikel 3.4 (E) van de SPA een vorderingsrecht heeft op ENRC.

4.3. Voor zover ENRC heeft betoogd dat Ardila geen vordering uit hoofde van de *Incremental Purchase Payment* toekomt omdat zij die vordering gecedeerd heeft aan de Royal Bank of Canada, geldt dat Ardila een brief van 7 oktober 2014 van die bank in het geding heeft gebracht waaruit volgt dat toestemming is verleend aan Ardila om alle procedures verband houdende met de SPA tegen ENRC te voeren.

4.4. Uitgaande van het bestaan van een vordering van Ardila op ENRC van USD 220 miljoen zal de voorzieningenrechter zich een voorlopig oordeel moeten vormen over de vraag of de zorgen van Ardila over de financiële goedgeheid van ENRC terecht zijn. ENRC heeft in dit verband uitgebreid betoogd dat zij als "de Shell van Kazachstan" meer dan voldoende verhaal biedt. Ardila heeft daarentegen echter (ter zitting van 8 oktober 2014) het volgende aangevoerd:

(1) de prijs van ijzererts is sinds de totstandkoming van de SPA gehalveerd;

(2) uit de jaarrekening van 2013 volgt dat het 100% belang van ENRC in ENRC Africa B.V., de vennootschap waarin de Braziliaanse activiteiten zijn ondergebracht, in 2013 met meer dan USD 1 miljard is afgewaardeerd;

(3) uit pagina 26 van dezelfde jaarrekening (*Events after the balance sheet date*) kan worden afgeleid dat er binnen de ENRC-groep overeenstemming over bestaat dat de Braziliaanse activiteiten in 2014 zullen worden overgedragen aan de "Founder Shareholders" en dat dit zal leiden tot een "significant loss";

(4) ENRC erkent onder punt 85 van haar dagvaarding dat zij niet beschikt over liquide middelen; dit blijkt tevens uit pagina 7 van de jaarrekening van 2013 waar is opgenomen dat de post *Cash and cash equivalents* nihil is;

(5) ten tijde van het eerdere kort geding tussen partijen waarin ENRC opheffing van de beslagen vorderde, is niet gebleken dat ENRC zekerheid kon stellen teneinde die opheffing te bewerkstelligen;

(6) uit de jaarrekening 2013 van ENRC blijkt voorts dat twee keer een lening is aangegaan van USD 1 miljard met de RCB Bank Ltd., dat ENRC kort lopende schulden heeft voor een bedrag van USD 564 miljoen, dat het liquiditeitstekort USD 459 miljoen bedraagt, dat de activa die liquide kunnen worden gemaakt beperkt zijn tot een bedrag van USD 207 miljoen (dit bedrag is lager dan de vordering van Ardila), dat ENRC de waarde van haar activa heeft moeten afwaarderen met bijna USD 1,5 miljard, dat zij voor ongeveer USD 800 miljoen heeft moeten afschrijven op leningen verstrekt aan dochterondernemingen en dat zij in 2013 meer dan USD 1,6 miljard aan verlies heeft geleden.

Ter zitting van 2 februari 2015 heeft Ardila daaraan het volgende toegevoegd:

(7) er is sprake van een dramatische val van de roebel (de Russische munteenheid) die ongetwijfeld zal leiden tot een devaluatie van de nationale munteenheid van Kazachstan (de tenge) en tevens is sprake van een drastische daling van de olieprijs;

(8) hetgeen hiervoor is vermeld heeft dusdanige ongunstige financiële perspectieven tot gevolg dat Standard & Poor's de *rating* van ENRC eind 2014 heeft bijgesteld van B naar B- (*highly speculative*); Ardila verwijst hiervoor naar een persbericht van 26 november 2014, dat zij in het geding heeft gebracht als productie 6.

4.5. Op grond van deze opsomming is de voorzieningenrechter voorshands van oordeel dat Ardila zich met recht zorgen lijkt te maken over de financiële positie van ENRC en haar verhaalsmogelijkheden.

Onvoldoende aannemelijk is dat de conservatoire beslagen die Ardila heeft gelegd een afdoende zekerheid vormen voor verhaal van haar vordering. Dat een faillissementsaanvraag per definitie kansloos is kan niet worden gezegd, met name gelet op het in het geding gebrachte persbericht over de *rating* door Standard & Poor's. Niet kan worden uitgesloten dat ENRC niet meer in staat zal zijn haar schulden te betalen. Het rapport van Ernst & Young van 30 mei 2014, dat is opgesteld in opdracht van de moedermaatschappij van ENRC, maakt dit niet anders. Weliswaar schetst de samenvatting van dit rapport (productie 21 van ENRC) een positief beeld van ENRC per 31 december 2013, maar gezien de inhoud van het hiervoor genoemde persbericht van 26 november 2014 kan van het rapport van Ernst & Young niet zonder meer worden uitgegaan voor de vraag of ENRC haar schuldeisers kan voldoen. Op grond van dit alles kan niet worden geoordeeld dat Ardila geen enkel belang heeft bij het indienen van een faillissementsaanvraag. Daaruit vloeit voort dat evenmin kan worden geoordeeld dat een faillissementsaanvraag geen enkel ander doel heeft dan ENRC te schaden (als bedoeld in artikel 3:13 lid 2 BW) of dat een dergelijke aanvraag *enkel* als doel heeft druk op ENRC uit te oefenen, zoals ENRC heeft aangevoerd.

4.6. Voorshands kan evenmin worden geoordeeld dat Ardila in redelijkheid niet tot het indienen van een faillissementsaanvraag kan komen, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen de verschillende belangen van partijen (als bedoeld in artikel 3:13 lid 2 BW, laatste zinsdeel). Weliswaar kan worden aangenomen dat een faillissementsaanvraag tot een *Event of Default* (en tot *cross-defaults*) zal leiden, maar dat de schade als gevolg hiervan in de miljarden dollars loopt, zoals ENRC heeft aangevoerd, is voorshands onvoldoende aannemelijk geworden, te meer nu ENRC (zie onder punt 73 van de pleitaantekeningen ten behoeve van de zitting van 2 februari 2015) een *waiver* van de banken heeft ontvangen.

4.7. In hetgeen ENRC heeft aangevoerd over de onderhandelingen die tussen partijen zijn gevoerd na de eerste zitting van 8 oktober 2014 kan evenmin een grond worden gevonden om tot toewijzing van de vorderingen van ENRC te komen. Volgens ENRC heeft Ardila zich onredelijk opgesteld, terwijl Ardila het tegendeel heeft betoogd. Aangezien die onderhandelingen zijn gevoerd teneinde buiten de bemoeienis van de voorzieningenrechter om tot een minnelijke regeling te komen, dient de voorzieningenrechter ook hier de nodige terughoudendheid te betrachten. Tegen deze achtergrond is de voorzieningenrechter voorshands van oordeel dat Ardila zich niet onredelijk heeft opgesteld, laat staan zo onredelijk dat het haar zou moeten worden verboden een faillissementsaanvraag in te dienen. Niet kan worden uitgesloten dat geen overeenstemming is bereikt over het door ENRC aangeboden zekerheidspakket, omdat ENRC op 16 december 2015 om een *summary judgement* heeft verzocht, waarmee zij, vooruitlopend op de einduitspraak van de *High Court of Justice* in Londen op korte termijn bij Ardila het bedrag van USD 65 miljoen poogt te incasseren, terwijl Ardila dit bedrag had afgetrokken van haar totale vordering op ENRC. Niet onredelijk is de reactie van Ardila (zie de mail van 16 december 2014, productie 46 van ENRC) die onder meer inhoudt dat ENRC in dat geval niet het bedrag van USD 220 miljoen, doch het bedrag van USD 285 miljoen in *escrow* dient te storten.

4.8. De conclusie tot zover is dat Ardila voorshands geen misbruik van bevoegdheid maakt door het indienen van een faillissementsaanvraag. De financiële gegoedheid van ENRC is op dit moment te ongewis om te oordelen dat Ardila geen faillissementsaanvraag zou mogen indienen. Desalniettemin zal Ardila zich er terdege rekenschap van moeten geven dat een dergelijke aanvraag voor ENRC nadelige en schadelijke gevolgen kan hebben en dat zich mogelijk situaties kunnen voordoen waarin Ardila voor die schade aansprakelijk is. Op dit moment kan een en ander echter niet goed genoeg worden ingeschat om reeds op voorhand te oordelen dat Ardila zekerheid dient te stellen voor de schade die ENRC als gevolg van een faillissementsaanvraag zal lijden, zoals ENRC heeft gevorderd.

4.9. ENRC zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. (...; *red.*)

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. weigert de gevraagde voorzieningen,

5.2. veroordeelt ENRC in de proceskosten (...; *red.*),

5.3. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

»Annotatie

1. ENRC, in het vonnis omschreven als “de Shell van Kazachstan”, vordert in kort geding onder andere een verbod voor Ardila om in Nederland en iedere andere jurisdictie het faillissement van ENRC aan te vragen voor haar vordering van 220 miljoen Amerikaanse dollar, op straffe van een dwangsom van € 50 miljoen. Als grondslag van die vordering hanteert ENRC het misbruik van (proces)recht. Zij voert aan dat een procedeeverbod kan worden gebaseerd op art. 6:162 jo art. 3:13 BW en dat in dit geval sprake zou zijn van één of meerdere situaties uit art. 3:13 lid 2 BW. In deze procedure ging het dus om de vraag of Ardila überhaupt gerechtigd is om het faillissement van ENRC aan te vragen en niet om de vraag of ENRC voldoet aan de vereisten om in staat van faillissement verklaard te worden. Dat is een belangrijk onderscheid. De toegang tot de faillissementsrechter staat dus centraal.

2. De faillietverklaring is wettelijk geregeld in art. 1 lid 1 en art. 6 lid 3 Fw. Toegang tot het recht is gewaarborgd in art. 6 lid 1, eerste volzin EVRM: “bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen [...] heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld.” In jurisprudentie wordt alom aangenomen dat het verzoeken om de faillietverklaring van een wederpartij en dus om opening van een collectieve verhaalprocedure “de vaststelling van *zijn* burgerlijke rechten en verplichtingen” inhoudt en dus onder de reikwijdte van art. 6 EVRM valt.

3. Art. 3:13 lid 1 BW bepaalt echter dat degene die een bevoegdheid toekomt, haar niet kan inroepen, voor zover hij haar misbruikt. Dat misbruik is in lid 2 uitgewerkt in drie categorieën: I) het uitoefenen van een bevoegdheid met geen ander doel dan een ander te schaden of II) met een ander doel dan waarvoor zij is verleend of III) in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.

4. Het faillissementsrecht is een dankbare bron voor jurisprudentie over misbruik van recht. In mijn noot onder Rb. Den Haag 11 maart 2015, «JOR» 2015/182 zette ik uiteen welke vormen van misbruik van recht kunnen spelen in het kader van een eigen aangifte faillissement. De Rechtbank Noord-Nederland heeft hierover recent een lezenswaardig vonnis gewezen en gaf daarbij een heldere opsomming van indicatoren die wijzen op mogelijk misbruik van recht, met name in relatie tot werknemers (19 augustus 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4038). Bij een faillissementsaanvraag door een schuldeiser legt het fundamentele recht uit art. 6 EVRM dusdanig gewicht in de schaal ten gunste van die schuldeiser, dat ook daarbij terughoudend moet worden omgesprongen met dit leerstuk. Zo geschiedde ook in deze zaak.

5. Welke argumenten voert ENRC aan ter onderbouwing van haar vordering? In feite stelt ENRC dat Ardila geen rechtens te respecteren belang heeft bij de aanvraag van de faillietverklaring. Ardila zou namelijk slechts tot doel hebben haar op onevenredige wijze te benadelen. Een faillissementsaanvraag zou bij voorbaat kansloos zijn en een faillissement leidt er juist toe dat gelegde conservatoire beslagen komen te vervallen. Maar ook als Ardila wel een belang zou hebben bij de aanvraag, dient het belang van ENRC – het niet intreden van de *event of default* – volgens haar te prevaleren, zodat de miljardenfinanciering niet

opeisbaar zal worden en ENRC geen schade zal lijden. Ook indien er wel een (rechtens te respecteren) belang bij de aanvrager aanwezig is, kan immers sprake zijn van misbruik van bevoegdheid indien het belang van de schuldenaar na weging prevaleert. Voor het verkrijgen van een procedeerverbod kan overigens naast (of in combinatie met) art. 3:13 BW tevens een beroep worden gedaan op art. 3:303 BW: "zonder voldoende belang komt niemand een rechtsvordering toe."

6. De voorzieningenrechter oordeelt als volgt. Omdat Ardila zich met recht zorgen lijkt te maken over de financiële positie van ENRC en onvoldoende aannemelijk is dat de gelegde beslagen afdoende zekerheid vormen (ENRC sprak over een fluwelen zekerheidskussen), kan niet worden geoordeeld dat Ardila geen enkel (zuiver) belang bij de faillissementsaanvraag zou hebben. Daarmee is een belang voor Ardila vastgesteld. Ook de daaropvolgende belangenafweging kan niet in het voordeel van ENRC uitvallen, omdat zij de gestelde schade van miljarden dollars onvoldoende heeft aangetoond en kennelijk een *waiver* heeft ontvangen van de banken. Tot slot kan de houding van Ardila in het minnelijke traject niet tot een procedeerverbod leiden, omdat haar eisen de voorzieningenrechter niet onredelijk voorkomen.

7. Misbruik van recht kan een aanleiding vormen om een faillissementsverzoek af te wijzen, een uitgesproken faillissement in hoger beroep te vernietigen of een verzet gegrond te verklaren. Maar kan het ook leiden tot een verbod op het indienen van een faillissementsaanvraag onder verbeurte van een dwangsom? Normaliter zou een dergelijke vordering in kort geding mijns inziens vrij eenvoudig kunnen worden afgewezen onder verwijzing naar de met voldoende waarborgen omklede verzoekschriftprocedure zelf. De schuldenaar heeft voldoende mogelijkheden om zijn faillietverklaring tijdens de inhoudelijke behandeling te voorkomen. En ook tijdens die inhoudelijke behandeling kan een beroep op misbruik van recht tot afwijzing leiden, ook al wordt verder aan de vereisten voor faillietverklaring voldaan.

8. Wat de onderhavige zaak interessant maakt, is het gegeven dat het enkele *aanvragen* van het faillissement – volstrekt kansloos of juist terecht – in deze zaak volgens ENRC vanwege de *event of default* leidt tot het opeisbaar worden van de gehele concernfinanciering. Maar ENRC heeft kennelijk een *waiver* verkregen van haar financiers en die speelt haar hier parten. Overigens meen ik dat het accepteren van een dergelijk *event of default* bij aanvang van de financiering, ook al is dit feitelijk geen keuze, niet voor rekening moet komen van de schuldeisers. Als dit argument had geleid tot toewijzing van het procedeerverbod, had dit de deur geopend voor misbruik van dergelijke clausules en was de toegang tot het recht serieus in het geding geweest.

9. Interessant is ook dat ENRC een verbod vordert op het indienen van een faillissementsverzoek in Nederland of in iedere andere jurisdictie. Toewijzing van dit verbod leidt uiteraard niet tot niet-ontvankelijkheid bij (buitenlandse) rechtbanken, maar "slechts" tot verbeurte van de dwangsom van € 50 miljoen.

10. Ik ga hierna nog in op enkele andere relevante aspecten bij de beoordeling of sprake is of kan zijn van misbruik van bevoegdheid bij een faillissementsaanvraag door een schuldeiser. Hoe dient bijvoorbeeld te worden omgegaan met de stelling dat de aanvrager "op een fluwelen zekerheidskussen zit". In het kader van een verkregen zekerhedenpositie bevestigde de Hoge Raad geruime tijd geleden al dat de enkele omstandigheid dat een schuldeiser een recht van hypotheek heeft op een aan de schuldenaar toebehorend goed, niet betekent dat hem geen bevoegdheid tot het aanvragen van zijn faillissement toekomt, indien de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen (HR 10 mei 1996, «JOR» 1996/62 (*Travel Line*) en HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 1, m.nt. Wachter (*X/NMB*)). Voor misbruik van recht dienen aanvullende omstandigheden te worden gesteld, die dat dus in die betreffende situatie anders zouden maken. Dat gaat mijns inziens ook op bij de beslaglegging. Het verschil is dat de beslaglegger zich vanwege art. 33 Fw met een faillietverklaring van zijn schuldenaar dus zelfs nog in de vingers kan snijden, maar ook dat maakt niet dat hem deze bevoegdheid niet toekomt vanwege het enkele feit dat hij tevens beslaglegger is. Daar zijn aanvullende omstandigheden voor nodig.

11. Een andere omstandigheid die mogelijk kan leiden tot misbruik van recht, is de schuldenaar die niet in verzuim is van (aanvullend) gemaakte afspraken. Op een vordering tot intrekking van de faillissementsaanvraag voorafgaand aan de inhoudelijke behandeling, oordeelde de Rechtbank Almelo in 2012 (ECLI:NL:RBALM:2012:BW4685) ook tot afwijzing van de gevraagde voorzieningen. Dat vonnis in kort geding werd op 25 april 2012 om 10:00 uur mondeling uitgesproken en de behandeling van het faillissementsverzoek stond een uur later op de rol. De rechtbank merkte op dat eisers hun stelling inhoudende dat de Belastingdienst een nog niet verstreken uiterste termijn voor nakoming heeft gegund, niet aannemelijk hebben gemaakt. Daardoor maakte de Belastingdienst naar het oordeel van de voorzieningenrechter geen misbruik van recht. Deze redenering volgend geldt dus dat sprake van misbruik

van recht kan zijn indien het faillissement wordt aangevraagd, hangende een door de schuldeiser gestelde finale termijn tot nakoming.

12. Ter afsluiting van de onderhavige procedure, bouwt de voorzieningenrechter in r.o. 4.8 nog een (terechte) waarschuwing in voor Ardila, die overigens geldt voor iedere aanvrager van een faillissement. Weliswaar wordt niet geconcludeerd tot misbruik van recht, maar dat sluit niet uit dat een faillissementsaanvraag onrechtmatig kan zijn en de aanvrager uit dien hoofde aansprakelijk kan zijn voor door de schuldenaar te lijden schade. Ook onder andere omstandigheden – dus zonder misbruik van recht te maken – is denkbaar dat het aanvragen van het faillissement (en/of het doorzetten ervan) een onrechtmatige daad oplevert jegens de schuldenaar, al zal dit niet spoedig het geval zijn (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 13 augustus 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6003). Als ingangsvoorwaarde dient het handelen van de aanvrager een schending van enige wettelijke regel of zorgvuldigheidsnorm in te houden en dient sprake te zijn van causaal verband. Of deze waarschuwing in deze zaak door Ardila ook daadwerkelijk ter harte is genomen, is mij niet bekend.

mr. H.J. School, advocaat bij Bogaerts & Groenen advocaten te Boxtel en curator in het arrondissement Oost-Brabant