

LJN: BJ5559, Rechtbank Amsterdam, 424295 / KG ZA 09-718

Datum uitspraak: 09-04-2009
Datum publicatie: 19-08-2009
Rechtsgebied: Civiel overig
Soort procedure: Kort geding
Inhoudsindicatie: Voortzetten dienstverlening.

Uitspraak

vonnis
RECHTBANK AMSTERDAM

Sector civiel recht, voorzieningenrechter

zaaknummer / rolnummer: 424295 / KG ZA 09-718 Pee/EB

Vonnis in kort geding van 9 april 2009

in de zaak van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
OILILY B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
2. [eiser 2], in zijn hoedanigheid van bewindvoerder van
de besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid Oilily B.V., Oilily Stores B.V. en haar
nevenvestigingen alsmede Oilily Sourcing B.V.,
voor deze zaak woonplaats gekozen hebbende te Amsterdam,
eisers bij conceptdagvaarding,
advocaat mr. P.F. Hopman te Amsterdam,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
SAASPLAZA B.V.,
gevestigd te Amstelveen,
gedaagde,
vrijwillig verschenen,
advocaat mr. A.H. de Haas van Dorsser te Amsterdam.

Eisers zullen gezamenlijk in enkelvoud ook wel Oilily worden genoemd. Afzonderlijk zullen eisers worden aangeduid als Oilily B.V. en de bewindvoerder. Gedaagde zal SaaSplaza worden genoemd.

1. De procedure

1.1. Ter terechtzitting van 6 april 2009 heeft Oilily gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding. SaaSplaza heeft verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorziening. Oilily heeft producties en een pleitnota overgelegd en SaaSplaza heeft een pleitnota overgelegd. Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen. In afwijking van hetgeen partijen ter zitting is meegedeeld, wordt het vonnis op 9 april 2009 niet in verkorte vorm, maar volledig gemotiveerd gewezen.

1.2. Ter zitting waren aan de zijde van Oilily aanwezig [eiser 2] met mr. Hopman en aan de zijde van SaaSplaza [vertegenwoordiger 1 gedaagde] (CFO van SaaSplaza) met mr. De Haas van Dorsser. Voor zover verder nog van belang waren ter zitting tevens aanwezig [vertegenwoordiger 1 eiser 1] (statutair directeur van Oilily Holding B.V.), [vertegenwoordiger 2 eiser 1] (CFO van Oilily Holding B.V.), [vertegenwoordiger 2 gedaagde] (CEO van SaaSplaza) en mr. H. Kamerman (kantoorgenoot van mr. De Haas van

Dorsser).

1.3. Op de inhoud van de brieven van partijen, die ná 6 april 2009 zijn ingekomen, is geen acht geslagen.

2. De feiten

2.1. Oilily B.V., Oilily Stores B.V. en Oilily Sourcing B.V. behoren tot de Oilily Groep, die zich voornamelijk richt op de vervaardiging en de verkoop van kinder- en dameskleding, tassen en cosmetica. Wereldwijd heeft de Oilily Groep 80 winkels, waarvan 12 winkels in Nederland. Bij de Oilily Groep zijn 450 mensen werkzaam, van wie 170 in Nederland.

2.2. SaaSplaza heeft, kort gezegd, tot doel het verlenen van diensten, het adviseren en verzorgen van projectmanagement op het gebied van automatisering.

2.3. In december 2008 hebben Oilily B.V. en SaaSplaza een overeenkomst gesloten, waarbij Oilily B.V. aan SaaSplaza opdracht heeft gegeven voor – kort gezegd – het opzetten en beheren van een IT infrastructuur ten behoeve van de Oilily Groep (hierna: de Overeenkomst).

2.4. SaaSplaza heeft voor de door haar verrichte werkzaamheden onder de Overeenkomst de hieronder vermelde facturen aan Oilily B.V. gezonden.

Factuurdatum	Factuurbedrag
December 2008	€ 87.030,60
5 januari 2009	€ 56.983,01
5 februari 2009	€ 48.780,41
6 maart 2009	€ 50.029,91

2.5. Oilily B.V. heeft op 30 maart 2009 een bedrag van € 11.000,= aan SaaSplaza voldaan. Voor het overige heeft zij de facturen onbetaald gelaten.

2.6. Bij separate verzoekschriften van 31 maart 2009, ingediend bij de rechtbank Alkmaar, hebben Oilily B.V., Oilily Stores B.V. en Oilily Sourcing B.V. verzocht om hen voorlopig voor de duur van anderhalf jaar surseance van betaling te verlenen en een afkoelingsperiode van twee maanden te bepalen.

2.7. Bij beschikkingen van 31 maart 2009 heeft de rechtbank Alkmaar met ingang van 31 maart 2009 surseance van betaling verleend voor een periode van drie maanden, met – voor zover hier van belang – benoeming van [eiser 2] tot bewindvoerder.

2.8. Bij e-mail van 2 april 2009 heeft [vertegenwoordiger 1 gedaagde] namens SaaSplaza aan de bewindvoerder geschreven:

“Naar aanleiding van ons telefoongesprek van zojuist, bevestig ik hierbij dat SaaSplaza helaas niet (veel) langer in staat is diensten te blijven verlenen aan Oilily. De betalingsachterstand is opgelopen tot ongeveer Euro 192.000 en binnen een week bedraagt dit ongeveer Euro 242.000. Daarbij komt nog dat er eerder een korting is verleend van ongeveer Euro 65.000, excl BTW dat reeds in dit bedrag is verdisconteerd.

Er heeft eerder overleg plaatsgevonden met de directie van Oilily waarbij betaling is toegezegd. Vorige week is ons te kennen gegeven dat deze week een betalingsvoorstel zou worden gepresenteerd. Wij hebben echter geen enkele reactie ontvangen. In plaats daarvan zijn wij deze week geconfronteerd met surseance van betaling. Deze situatie leidt tot cash flow problemen binnen onze eigen organisatie. Het is voor ons niet mogelijk deze situatie langer te laten bestaan.

Kortom, wij zien ons genoodzaakt de dienstverlening aan Oilily stil te leggen met ingang van maandag 6 april a.s. indien de openstaande facturen niet uiterlijk deze week zijn voldaan. Wij betreuren deze situatie in hoge mate maar zien geen andere uitweg.”

2.9. Oilily heeft vervolgens aan SaaSplaza voorgesteld dat zij haar dienstverlening aan de Oilily Groep vooralsnog zou blijven voortzetten, waarbij betaling van de gedurende de surseance door SaaSplaza verrichte werkzaamheden zouden zijn gegarandeerd. SaaSplaza heeft dit aanbod van de hand gewezen.

3. Het geschil

3.1. Oilily vordert, kort gezegd, om SaaSplaza op straffe van een dwangsom te veroordelen om gedurende een periode van vier weken de dienstverlening voort te zetten en te bepalen dat Oilily garandeert dat SaaSplaza de door haar te verrichten werkzaamheden betaald krijgt, met veroordeling van SaaSplaza in de proceskosten.

3.2. Daartoe stelt Oilily, samengevat, als volgt. Zij erkent dat Oilily B.V. een materieel bedrag tot nu toe onbetaald heeft gelaten en dat op het eerste gezicht voor SaaSPlaza lijkt te zijn voldaan aan de in artikel 6:52 BW gestelde voorwaarden om tot opschorting van haar verplichtingen over te gaan, terwijl vooralsnog onvoldoende duidelijk is of een beroep op schuldeisersverzuim – op grond van vraagtekens bij de dienstverlening door SaaSPlaza die Oilily B.V. wel heeft geplaatst – kan slagen. Zij heeft dan ook begrip voor de teleurstelling en boosheid van SaaSPlaza dat zij zich nu geconfronteerd ziet met de surseance van betaling. Desondanks meent Oilily dat SaaSPlaza in de gegeven omstandigheden in redelijkheid niet tot uitoefening van haar bevoegdheid tot opschorting kan overgaan. Rechtsontwikkelingen geven volgens haar aanleiding om artikel 237b FW – welk artikel voor zover relevant bepaalt dat een wederpartij niet bevoegd is de nakoming van zijn verbintenis die voortvloeit uit een overeenkomst tot het geregeld afleveren van gas, water, elektriciteit of verwarming, benodigd voor het voortzetten van de door de schuldenaar gedreven onderneming, op te schorten wegens het door de schuldenaar niet nakomen van een vóór de surseance ontstane verbintenis tot betaling van een geldsom – ruim te interpreteren.

Verder is Oilily van mening dat de opschortingsbevoegdheid van SaaSPlaza wordt begrensd door de door partijen over een weer in acht te nemen redelijkheid en billijkheid. Oilily meent dat SaaSPlaza haar bevoegdheid om op te schorten misbruikt omdat haar belangen – het verkrijgen van een betere verhaalspositie – te verwaarlozen zijn wanneer deze worden afgezet tegen de belangen van Oilily bij het openhouden van de mogelijkheid van een doorstart. Indien SaaSPlaza haar dienstverlening staakt, zal het de Oilily Groep onmogelijk zijn om de bedrijfsvoering voort te zetten. De kansen op een doorstart van de levensvatbare onderdelen van de Oilily Groep zouden daardoor sterk worden verkleind.

3.3. SaaSPlaza voert verweer, waarop voor zover van belang hierna zal worden ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Oilily heeft erkend dat de facturen van SaaSPlaza voor het grootste deel onbetaald zijn gebleven. Oilily heeft eveneens erkend dat de aard van de klachten van de Oilily Groep over de dienstverlening door SaaSPlaza niet van dien aard zijn dat een beroep op schuldeisersverzuim kansrijk moet worden geacht. De voorzieningenrechter stelt vast dat voor zover het beperkte aantal klachten al gegrond zou zijn dit niet meebrengt dat Oilily B.V. (nagenoeg) iedere betaling achterwege kan laten. Bovendien is niet gesteld of gebleken dat Oilily B.V. alvorens tot opschorting van haar betalingsverplichtingen over te gaan haar voornemen daartoe aan SaaSPlaza heeft meegedeeld en haar in de gelegenheid heeft gesteld alsnog tijdig en volledig na te komen (voor zover dit al niet het geval zou zijn). Tenslotte staat tussen partijen vast dat Oilily B.V. integendeel SaaSPlaza tot aan de datum van de surséance bij herhaling betaling heeft toegezegd. In beginsel is daarmee aan de voorwaarden voor aanvaardbaarheid van opschorting van haar verplichtingen door SaaSPlaza voldaan.

4.2. Onderzocht dient te worden of de gegeven omstandigheden eraan in de weg staan dat SaaSPlaza haar opschortingsrechten uitoefent. Dit zou het geval kunnen zijn indien het gaat om het staken van voor de bedrijfsvoering van de Oilily Groep zo noodzakelijke diensten, dat zonder die dienstverlening Oilily haar bedrijfsvoering niet op een aanvaardbare wijze kan voortzetten en zonder dat Oilily voldoende gelegenheid is geboden te voorzien in een andere oplossing.

4.3. Oilily stelt dat de Oilily Groep voor haar bedrijfsvoering volledig afhankelijk is van de dienstverlening door SaaSPlaza. Volgens Oilily wordt wereldwijd haar bedrijfsvoering lam gelegd doordat de kassa's van nagenoeg al haar winkels draaien op het door SaaSPlaza beheerde geautomatiseerde systeem en omdat ook al haar bedrijfsprocessen door dit systeem worden gereguleerd, zoals bijvoorbeeld de bevoorrading vanuit haar centrale magazijnen van individuele winkels op grond van de dagelijks centraal bijgehouden verkopen in die winkels. SaaSPlaza bestrijdt dat dit het geval is. Het staken van de dienstverlening heeft volgens haar geen ernstiger gevolgen voor de Oilily Groep dan enig ongemak. Volgens SaaSPlaza kan Oilily terugvallen op haar oude systeem dat zij gebruikte voordat zij met haar de thans besproken overeenkomst sloot. Bovendien kunnen alle bedrijfsprocessen in de winkels op stand alone computers worden gevolgd en vastgelegd, waarna die gegevens kunnen worden verzameld en, zo nodig handmatig, centraal door Oilily worden verwerkt. Het ongemak dat Oilily van het opschorten van de overeenkomst ondervindt betekent niet dat zij voldoende spoedeisend belang heeft bij haar vordering.

4.4. In deze zienswijze wordt zij echter niet gevolgd. Oilily heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat onmiddellijke staking door SaaSPlaza van haar dienstverlening zou leiden tot het stilvallen van het volledige logistieke systeem van de Oilily Groep, waardoor geen interne controle meer mogelijk is en ieder zicht op de verkopen, voorraden en bevoorrading wereldwijd wegvalt. Oilily heeft de stelling van SaaSPlaza, dat de winkels van de Oilily Groep al eens eerder, in de eerste week van oktober 2008, op stand alone basis hebben gefunctioneerd, voldoende gemotiveerd weersproken door te verklaren dat zij toen niet afhankelijk was van stand alone apparatuur, maar haar oude systeem als schaduw van het systeem van SaaSPlaza liet meedraaien. Dat oude systeem is thans niet functioneel,

althans niet aanstonds bruikbaar te maken. Voor een deels handmatige verwerking van de lokaal verzamelde gegevens is naar alle waarschijnlijkheid een aanpassing van de organisatie van de Oilily Groep noodzakelijk. Het is aannemelijk dat met aanpassing van de organisatie, zeker nu een belangrijk deel daarvan ook buiten Nederland zal moeten gebeuren, enige tijd is gemoeid. Aannemelijk is tevens dat de bewindvoerder, die een eigen verantwoordelijkheid heeft naast de bestuurder van Oilily B.V., door het wegvallen van de IT infrastructuur binnen de Oilily Groep genoodzaakt zou zijn om winkels, althans een groot aantal winkels aanstonds na opschorting van de werkzaamheden door SaaSplaza te sluiten, met aanzienlijk boetes op grond van de huurovereenkomsten tot gevolg. Niet weersproken is ook dat rond Pasen doorgaans extra omzetten kunnen worden gerealiseerd, die bij het thans stil vallen van de winkels, ten nadele van alle crediteuren, verloren zullen gaan. Daarbij komt nog dat Oilily er terecht op heeft gewezen dat onduidelijkheden over de omgang en de omvang van de voorraden negatief zal doorwerken op de te realiseren verkoopprijs, hetgeen eveneens nadelig is voor alle crediteuren van de Oilily Groep. Hiermee is het spoedeisend belang van Oilily gegeven.

4.5. Vooralsnog is dan ook aannemelijk dat de door SaaSplaza aan de Oilily Groep geleverde diensten zo wezenlijk zijn voor de bedrijfsvoering van de Oilily Groep, dat SaaSplaza in de gegeven omstandigheden niet zonder meer tot onmiddellijke opschorting van haar verplichtingen kan overgaan. Aan Oilily dient daarom in beginsel een redelijke termijn te worden gegund om zich voor te bereiden op beëindiging van de contractuele relatie met SaaSplaza.

4.6. SaaSplaza heeft ter zitting verklaard dat zij de systeemcapaciteit die momenteel in gebruik is voor de dienstverlening aan de Oilily Groep, zo spoedig mogelijk wil aanwenden voor dienstverlening aan nieuwe klanten met wie zij al overeenkomsten heeft gesloten of met wie zij thans onderhandelt. Zij stelt nog dit kwartaal leveringsverplichtingen jegens deze klanten te hebben. Indien zij veroordeeld wordt tot het (voorlopig) voortzetten van haar dienstverlening aan de Oilily Groep, zal zij genoodzaakt zijn om ter uitbreiding van haar capaciteit nieuwe investeringen te doen ter hoogte van ongeveer € 700.000,=, welke investering een zware financiële wissel op de onderneming zal trekken. Mede tengevolge van het uitblijven van betaling door Oilily B.V. en de waarschijnlijkheid dat in geval van een faillissement van Oilily B.V. haar vordering als verloren moet worden beschouwd zal voor dit verlies nog in haar jaarrekening voor 2008 een voorziening moeten worden opgenomen. Dit zal er toe leiden dat zij over 2008 verlies zal lijden. Als gevolg hiervan zal de accountant waarschijnlijk geen going concern-verklaring willen afgeven en zal de jaarrekening niet tijdig kunnen worden gedeponereerd. SaaSplaza bestrijdt dat de derogerende werking van de redelijkheid en de billijkheid zo ver strekt dat de slechte financiële situatie aan de zijde van de Oilily Groep op haar schouders kan worden afgewenteld.

4.7. Met SaaSplaza is de voorzieningenrechter van oordeel dat van haar niet kan worden verlangd dat zij de met genoemde investering gepaard gaande (financiële) problemen over zich afroept teneinde de Oilily Groep de gelegenheid te bieden haar winkels open te houden om een doorstart te kunnen maken. Vooralsnog heeft SaaSplaza echter onvoldoende gesteld over de nieuwe contracten die zij voor het lopende kwartaal heeft gesloten om aan te kunnen nemen dat een beslissing over investering in extra systeemcapaciteit niet een beperkt aantal dagen kan worden uitgesteld.

4.8. Daarbij komt dat de bewindvoerder ter zitting heeft toegezegd – en daar dus zelf de verantwoordelijkheid voor heeft genomen – dat hij uit de beperkte middelen die hij ter beschikking heeft om boedelvorderingen te voldoen voldoende beschikbaar kan stellen om de vordering van SaaSplaza voorzover ontstaan op grond van dienstverlening vanaf de datum van de surséance en gedurende vier weken te voldoen.

4.9. Het bovenstaande in aanmerking nemend en gelet op de wederzijdse belangen komt het redelijk voor om SaaSplaza te veroordelen om haar dienstverlening aan de Oilily Groep nog een beperkt aantal dagen voort te zetten, namelijk tot 20 april 2009 om 09.00 uur Nederlandse tijd. Het ligt op de weg van Oilily om deze periode te benutten om haar afhankelijkheid van de dienstverlening van SaaSplaza af te bouwen.

4.10. Van SaaSplaza kan niet worden gevergd dat zij nog verdere werkzaamheden voor de Oilily Groep verricht zonder dat zekerheid wordt gesteld voor de betaling daarvan. Derhalve zal aan de veroordeling de voorwaarde worden verbonden dat de bewindvoerder € 40.000,00 stort op de kwaliteitsrekening van de advocaat van SaaSplaza, waaruit de facturen van SaaSplaza over de periode vanaf 31 maart 2009 tot en met 20 april 2009 kunnen worden voldaan als na te melden.

4.11. Nu partijen over en weer in het ongelijk zijn gesteld, zullen de proceskosten worden gecompenseerd als na te melden.

5. De beslissing
De voorzieningenrechter

- 5.1. veroordeelt SaaSplaza om haar dienstverlening onder de onder 2.3 genoemde overeenkomst onverkort voort te zetten tot 20 april 2009 om 09.00 uur Nederlandse tijd,
- 5.2. bepaalt dat SaaSplaza voor iedere dag dat zij in strijd handelt met het onder 5.1 bepaalde, aan Oilily B.V. een dwangsom verbeurt van € 10.000,00, tot een maximum van € 100.000,00,
- 5.3. bepaalt dat Oilily geen rechten aan het onder 5.1 en 5.2 bepaalde kan ontlenen, indien zij niet uiterlijk vrijdagmiddag 10 april 2009 te 15.00 uur – tot zekerheid van haar verplichtingen jegens SaaSplaza in de periode vanaf 31 maart 2009 tot en met 20 april 2009 – € 40.000,00 stort op de kwaliteitsrekening van de advocaat van SaaSplaza,
- 5.4. bepaalt dat de advocaat van SaaSplaza uit dit tot zekerheid gestorte bedrag aan SaaSplaza mag betalen de over de periode vanaf 31 maart 2009 tot en met 20 april 2009 door SaaSplaza aan Oilily B.V. gefactureerde bedragen, tenzij en voor zover de bewindvoerder binnen 24 uur na ontvangst van die facturen gemotiveerd bezwaar heeft gemaakt tegen de hoogte daarvan,
- 5.5. bepaalt dat de advocaat van SaaSplaza het restant van het tot zekerheid gestorte bedrag uiterlijk op 25 april 2009 terugstort op de kwaliteitsrekening van de bewindvoerder ten behoeve van Oilily B.V.,
- 5.6. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,
- 5.7. compenseert de kosten van deze procedure tussen partijen, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt,
- 5.8. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. J.A.J. Peeters, voorzieningenrechter, bijgestaan door mr. E. van Bennekom, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 9 april 2009.?
