«JOR»

Caribisch (1996-2021)

www.opmaat.sdu.nl

Samengesteld door:
Prof. mr. B.A. Schuijling
Mr. dr. K. Frielink

Inhoud

Speciale editie – Maart 2022

Woord vooraf p. 21

Ondernemingsrecht

129* **JOR 1996/129** p. 23
Gemeenschappelijk Hof van Justitie
13 december 1994, H 211/94
Onrechtmatige daad bestuurders jegens aandeelhouders. Mogelijkheid voor individuele aandeelhouder om statutair of feitelijk bestuurder aan te spreken uit onrechtmatige daad. Afgeleide schade. Relativiteit. Vennootschappelijk stelsel van bevoegdheden en verantwoordelijkheden.
[BW art. 2:8, 6:162, 6:163]
Noot P. van Schilfgaarde

57* **JOR 1999/57** p. 26
Hoge Raad
15 januari 1999, R97/035HR
(Concl. A-G Hartkamp, niet opgenomen; red.)
Crediteur zoekt verhaal op activa van vennootschap die geen debiteur is. De stelling dat de debiteur enig aandeelhouder van de vennootschap is en hij de activa in de vennootschap onderbrengt teneinde deze aan verhaal te onttrekken, is onvoldoende voor een verhaalsrecht op de activa van de vennootschap.
[BW art. 2:175]
Noot C.R. Huiskes

Sdu CPO UoC

** inclusief noot*

104* **JOR 1999/104** p. 31
Hoge Raad
19 maart 1999, 9092NA
(Concl. A-G Strikwerda, niet opgenomen; red.)
Beslag op aandelen op naam in naamloze vennootschap. Aandelen op naam in een naamloze vennootschap bevinden zich naar het recht van de Nederlandse Antillen onder de aandeelhouder. Beslaglegging conform de algemene regels voor beslag op roerende zaken. Toepasselijk recht op beslag en uitwinning.
[BWNA art. 563; RvNA art. 591 e.v.]
Noot G. van Solinge

111* **JOR 2002/111** p. 37
Hoge Raad
3 mei 2002, R00/110HR, ECLI:NL:HR:2002:AD9618
(Concl. A-G Bakels, niet opgenomen; red.)
Antilliaans recht. Borg beroept zich op ongeldigheid van managementovereenkomst en daaraan ten grondslag liggende bestuursbesluit. Borg heeft jegens hoofdschuldenaar regresvordering onder opschortende voorwaarde dat hij als borg heeft betaald. Ook schuldeiser van voorwaardelijke vordering kan in beginsel beroep doen op actio pauliana, mits voldoende concrete kans bestaat op vervulling van de voorwaarde en opeisbaar worden van de vordering én er in dat geval sprake is van benadeling. Vertegenwoordiging bij (indirect) tegenstrijdig belang ex art. 2:146 BW. Slechts vertegenwoordigde vennootschap kan nietigheid van overeenkomst wegens strijd met art. 2:146 BW inroepen. Dit geldt niet voor bestuursbesluit dat aan overeenkomst ten grondslag ligt. Nietigheid van zodanig bestuursbesluit kan door iedere belanghebbende worden ingeroepen. Vernietigbaarheid van bestuursbesluit wegens niet informeren van AvA over tegenstrijdig belang, waardoor zij niet in gelegenheid is gesteld haar aanwijzingsbevoegdheid uit te oefenen.
[BWNA art. 1858 (oud); BW art. 2:14, 2:15, 2:146, 3:45, 6:26; WvKNA art. 124; WvK art. 51 (oud)]
Noot F.J.P. van den Ingh
Noot J.J. van Hees

159* **JOR 2003/159** p. 45
Gemeenschappelijk Hof van Justitie
25 februari 2003, KG 286/2001-H-140/2002
Antilliaanse zaak. Rechtsgevolgen van handelen namens op te richten vennootschap. Interne besluitvorming geen door derde afdwingbare rechtshandeling. Opgewekte verwachting dat zowel arbeidsrechtelijke als statutaire aanstelling bij op te richten vennootschap zou worden verkregen. In kort geding geen beoordeling van schadeplichtigheid wegens niet nakoming daarvan.
Noot C.J. Groffen

62 **JOR 2007/62** p. 49
Hoge Raad
29 september 2006, R05/025HR, ECLI:NL:PHR:2006:AY5697
(Concl. A-G Timmerman, niet opgenomen; red.)
Misbruik van stemrecht. Stemrechten kunnen naar hun aard in beginsel worden gebruikt bij de totstandkoming van elk besluit, ook als de stemmen voor een bepaald belang zijn toegekend. Een besluit is vernietigbaar indien in strijd met redelijkheid en billijkheid dan wel totstandgekomen door misbruik van meerderheidsmacht. Tegenstrijdig belang van verenigingsleden. Arubaanse zaak.
[BW art. 2:8, 2:15]

302* **JOR 2007/302** p. 52
Hoge Raad
2 november 2007, R06/032HR, ECLI:NL:PHR:2007:BB3671
(Concl. A-G Timmerman, niet opgenomen; red.)
Afgeleide schade. Blokkering krediet vennootschappen door bank, met als gevolg lagere verkoopprijs aandelen. Onrechtmatige daad of wanprestatie van bank jegens aandeelhouders vennootschappen. Verwijzing naar HR 2 december 1994, NJ 1995, 288, HR 16 februari 2007 (Poot/ABP), «JOR» 2007/112, m.nt. Van Veen en Van Wechem (Gebr. Tuin Beheer/Houthoff Buruma) en HR 15 juni 2001, «JOR» 2001/172, m.nt. Kroeze (Chipshol/Coopers & Lybrand).
[BW art. 6:162]
Noot B.F. Assink

93* **JOR 2008/93** p. 60
Hoge Raad
29 februari 2008, R06/098HR, ECLI:NL:PHR:2008:BC2199
(Concl. A-G Timmerman, niet opgenomen; red.)
Tegenstrijdig belang. Antilliaans recht. Strekking en vereisten tegenstrijdig belang. Benadeling vennootschap door betrokken rechtshandeling niet vereist. Onverenigbaarheid van belangen bij bestuurder. Bruil/Kombex-criterium van toepassing (HR 29 juni 2007, «JOR» 2007/169, m.nt. Leijten en m.nt. Bartman).
[BW art. 6:150 sub d, 2:146; WvKNA (oud) art. 124]
Noot A.F.J.A. Leijten

321* **JOR 2009/321** p. 66
Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen
6 april 2009, A.R. 665/2008, ECLI:NL:OGEANA:2009:BK1524
Uitkoop naar Nederlands Antilliaans recht. Gerecht stelt zelfstandig prijs over te dragen aandelen vast. Aansluiting bij prijs in dagvaardig nu beurskoers daags voor vonnis lager was.
[BW Nederlandse Antillen art. 2:250]
Noot M.W. Josephus Jitta

1* **JOR 2010/1** p. 69
Gemeenschappelijk Hof van Justitie
27 januari 2009, AR-223/04-H-139/05
Tegenstrijdig belang. Antilliaans recht. Toepassing Bruil-criterium. In casu is geen sprake van tegenstrijdige belangen, omdat alle partijen belang hadden bij het sluiten van de overeenkomst. Vervolg op HR 29 februari 2008, «JOR» 2008/93, m.nt. Leijten.
[BW art. 6:150 sub d, 2:146; WvKNA (oud) art. 124]
Noot A.F.J.A. Leijten

39* **JOR 2010/39** p. 74
Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen
16 december 2009, KG 331/2009, ECLI:NL:OGEANA:2009:BL0523
Antilliaans vennootschapsrecht. Verloren aandeelbewijs. Bevel ex art. 2:105 lid 4 NABW aan vennootschap om aandeelhouder die zijn toonderaandeelbewijs is verloren als aandeelhouder op naam aan te merken en als zodanig in het aandeelhoudersregister te registreren.
[NABW art. 2:105 lid 4]
Noot C.J. Groffen

296* **JOR 2010/296** p. 80
Gemeenschappelijk Hof van Justitie
10 augustus 2010, AR 1215/07-H-505/09,
ECLI:NL:OGHNAA:2010:BN4479
Antilliaans vennootschapsrecht. Vernietiging benoemingsbesluit directeur vennootschap wegens strijd met redelijkheid en billijkheid.
[BWNA art. 2:7 lid 1, 2:21 lid 3 onder b]
Noot K. Frielink

78 **JOR 2011/78** p. 87
Gemeenschappelijk Hof van Justitie
9 november 2010, KG 331/09 - H 177/10,
ECLI:NL:OGHACMB:2010:BP1125
Antilliaans vennootschapsrecht. Toonderaandelen. Vervanging van verloren toonderbewijs. Aandeelhouder moet aannemelijk maken dat zijn toonderbewijs is verloren of teniet gegaan. In casu slaagt aandeelhouder hierin. Hoger beroep van Gerecht in Eerste Aanleg Nederlandse Antillen 16 december 2009, «JOR» 2010/39, m.nt. Groffen.
[BWNA art. 2:105 lid 4]

105* **JOR 2012/105** p. 91
Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao
23 januari 2012, AR 32500
Antilliaans vennootschapsrecht. Politiek benoemingsbesluit en arbeidsovereenkomst van bestuurder bij overheidsvennootschap vernietigd. Salaris derhalve onverschuldigd betaald. Terugbetalingsvordering toegewezen. Terugdringen politiek favoritisme. Vordering van bestuurder tot schadevergoeding afgewezen; bestuurder had rekening moeten houden met mogelijke vernietiging van besluiten. Verband met Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 10 augustus 2010, «JOR» 2010/296, m.nt. Frielink.
[BW-Curaçao art. 2:8, 2:16 lid 2, 3:53]
Noot K. Frielink

270* **JOR 2013/270** p. 101
Gemeenschappelijk Hof van Justitie
15 juli 2013, EJ 60654/2013 – H 103/13, ECLI:NL:OGHACMB:2013:3
Enquêteprocedure naar Curaçaos recht. OM ontvankelijk in enquêteverzoek. Verhouding tussen bestuur, rvc en aandeelhouder van Curaçaose overheidsvennootschappen niet in overeenstemming met boek 2 BW CUR en de Code Corporate Governance Curaçao. Financiële situatie vennootschappen zorgelijk. Gegronde reden voor twijfel aan juist beleid. Verzoek toegewezen.
[BW CUR art. art. 2:270-2:286]
Noot R.F. van den Heuvel

34* **JOR 2015/34** p. 116
Hoge Raad
9 januari 2015, 13/04894, ECLI:NL:HR:2015:38
(Concl. A-G Vlas, niet opgenomen; red.)
Curaçaose zaak. One-tier board. Onderscheid uitvoerend en algemeen bestuur. Onbegrijpelijk oordeel dat directeur coöperatie wordt aangemerkt als uitvoerend bestuurder van one-tier board. Ontslagvergunning niet vereist voor op statutair voorgeschreven wijze benoemde bestuurder. Zelfde regeling voor Curaçaose rechtspersonen en Nederlandse NV's en BV's.
[BWc art. 2:18; LBA art. 2 aanhef en onderdeel e]
Noot K. Frielink

325* **JOR 2016/325** p. 122
Hoge Raad
7 oktober 2016, 15/03323, ECLI:NL:HR:2016:2285
(Concl. A-G Hartlief, niet opgenomen; red.)
Misbruik van identiteitsverschil. Vereenzelviging. Maatstaf van HR 13 oktober 2000, «JOR» 2000/238, m.nt. De Witt Wijnen (Rainbow). 's Hofs oordeel dat verhaal van schade door fraude i.c. te ver gaat, geeft geen blijk van onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. Toerekening van gedragingen van degene die volledige zeggenschap heeft in rechtspersoon. Inbreng valt binnen doelomschrijving rechtspersoon. Of er desalniettemin sprake is van ongerechtvaardigde verrijking moet worden onderzocht. Terugverwijzing.
[BWSM art. 2:50, 2:50a; BW art. 2:285 lid 3, 6 :162, 6:212 lid 1]
Noot B.M. Katan

2* **JOR 2017/2** p. 130
Hoge Raad
11 november 2016, 15/03516, ECLI:NL:HR:2016:2574
(Concl. A-G Timmerman, niet opgenomen; red.)
Curaçaose enquêteprocedure. Regels over rechtsverwerking wegens tijdsverloop gelden ook voor enquêteprocedure. Regels uit Slotervaart gelden ook voor het enquêterecht in Curaçao. Aandeelhouder is bevoegd tot verzoeken van enquête na verwatering belang door emissiebesluiten. Vergelijk HR 11 april 2014, «JOR» 2014/259, m.nt. Olden (Slotervaartziekenhuis). Gezien ratio staat tijdsverloop niet aan toepassing van de Slotervaart-regel in de weg.
[BW art. 2:346 lid 1 aanhef en onder b, 2:349 lid 1; BW Curaçao art. 2:272 lid aanhef en onder c, 2:273]
Noot K. Spruitenburg

316* **JOR 2017/316** p. 139
Gemeenschappelijk Hof van Justitie
13 juni 2017, EJ 80219 - H273/16, EJ 80236 - H 276/16 en EJ 80219 - H 354/16, ECLI:NL:OGHACMB:2017:38
Enquêteprocedure naar Curaçaos recht. Tweedefasebeschikking. Wanbeleid bij Curaçaose overheidsvennootschappen. Onder meer scheefgroei van taakverdeling tussen vennootschapsorganen en belangenverstrengeling bij aandelenoverdracht om niet. Verantwoordelijkheid berust bij onderscheiden vennootschapsorganen. Oordeel over individuele verantwoordelijkheid valt buiten doelstelling van enquêterecht. Hof is niet bevoegd te oordelen over persoonlijke aansprakelijkheid voor gevolgen van wanbeleid. Afwijzing verzochte voorzieningen. Vervolg op GHvJ 15 juli 2013, «JOR» 2013/270, m.nt. Van den Heuvel.
[BW CUR]
Noot R.F. van den Heuvel en R.B. van Hees

125* **JOR 2017/125** p. 191
Rechtbank Noord-Holland
8 februari 2017, HA RK 17-16
Statutenwijziging door rechtbank bij vereniging. Analoge toepassing van art. 2:294 BW. Handhaving van vereiste quorum is in gegeven omstandigheden, waarbij geldende Woningwet wijziging van statuten vereist, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Rechtbank wijzigt zelf statuten.
[BW art. 2:8 lid 2, 2:43 lid 1, 2:294]
Noot G.J.C. Rensen

Financieel recht

269 **JOR 2006/269** p. 195
Voorzieningenrechter Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen
14 september 2006, KG 248/2006
Bevriezing bankrekeningen wegens vermoeden van betrokkenheid rekeninghouders bij fraude en witwassen. Afwijzing vordering tot onmiddellijke vrijgave van bevroren tegoeden.

95 **JOR 2007/95** p. 200
Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen
16 februari 2007, KG/6/2007
Noodregeling FCIB wegens verdenking van witwassen opbrengsten uit misdrijven. Afwijzing verzoek van rekeninghouders FCIB tot afdracht tegoeden door BNA.
[BW art. 6:162; LTBK art. 28 lid 1]

233 **JOR 2008/233** p. 206
Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen
7 april 2008, AR 2005/1492, AR 2007/379
Beleggingsverzekering. Ingelegde koopsom gedurende looptijd verzekering fors gedaald. Schending zorgplicht in precontractuele fase. Verplichting tot schadevergoeding. Eigen schuld beleggers. Tussenvonnis.
[BW art. 6:101, 6:162, 6:228]

265 **JOR 2009/265** p. 216
Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen
10 augustus 2009, AR 2005/1492 en AR 2007/379,
ECLI:NL:OGEANA:2009:BJ5892
Beleggingsverzekering. Ingelegde koopsom gedurende looptijd fors gedaald. Schade tengevolge van schending waarschuwingsplicht kan ten aanzien van academisch geschoolde beleggers niet worden toegerekend aan bank. Vervolg op tussenvonnis van 7 april 2008, «JOR» 2008/233.
[BW art. 6:162]

312* **JOR 2010/312** p. 222
Hoge Raad
17 september 2010, 08/03898, ECLI:NL:PHR:2010:BM7678
(Concl. A-G Timmerman, niet opgenomen; red.)
Kredietinstelling heeft bancaire activiteiten ontplooid zonder over een verklaring van geen bezwaar van de Bank van de Nederlandse Antillen (BNA) te beschikken. Faillissement kredietinstelling. Schade deposanten (verlies inleggelden). Maatstaf voor aansprakelijkheid van BNA als toezichthouder.
[LTBK 1972]
Noot B.P.M. van Ravels

50 **JOR 2011/50** p. 232
Gemeenschappelijk Hof van Justitie
23 november 2010, AR 1499/05 em 379/07-H-33/10
Beleggingsverzekering. Verlies van inleg. Schending (precontractuele) zorgplicht. Schadeplicht. Eigen schuld 50%. Hoger beroep van Gerecht in eerste aanleg van de Nederlandse Antillen 10 augustus 2009, «JOR» 2009/265.
[BW art. 6:162]

12 **JOR 2014/12** p. 235
Gemeenschappelijk Hof van Justitie
22 oktober 2013, AR 46034-H 218/12
Antilliaanse zaak. Vordering vennootschap om door haar bij bank (FCIB) aangehouden tegoeden uit te keren. Centrale Bank is bevoegd te bewerkstelligen dat FCIB uitkering weigert. Deze bevoegdheid dient het doel het risico te beperken dat bankrekeningen van FCIB worden gebruikt voor frauduleuze praktijken. Vennootschap heeft geweigerd verplichte informatie te verstrekken. Bevestiging vonnis waarbij vordering is afgewezen.
[BW art. 6:162; LTBK art. 30]

204 **JOR 2014/204** p. 241
Gerecht in Eerste Aanleg van Sint Maarten
29 oktober 2013, AR 81/2013, ECLI:NL:OGEAM:2013:1
Opzegging bankrelatie. Reputatierisico levert een voldoende zwaarwegende grond op voor opzegging van relatie met vennootschappen door bank. Bank is voor vennootschappen niet de enige toegang tot het bancaire systeem op Sint Maarten en er is geen sprake van een kredietrelatie (alleen betaalrekeningen). Opzegging bankrelatie gerechtvaardigd. Verband met Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 6 juni 2014, «JOR» 2014/205.
[BW art. 6:248]

205 **JOR 2014/205** p. 245
Gerecht in Eerste Aanleg van Sint Maarten
6 juni 2014, KG 2014/34, ECLI:NL:OGEAM:2014:2
Opzegging bankrelatie. Kort geding. Vennootschappen hebben na opzegging bankrelatie geen toegang meer tot bancaire systeem op Sint Maarten. Gevolgen onoverzienbaar. Belang van vennootschappen bij voortzetting van de relatie weegt zwaarder dan belang van bank bij beëindiging daarvan. Bank moet relatie continueren totdat bodemrechter onherroepelijk vonnis heeft gewezen. Vervolg op Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 29 oktober 2013, «JOR» 2014/204.
[BW art. 6:74]

132* **JOR 2016/132** p. 248
Gemeenschappelijk Hof van Justitie
22 maart 2016, Ghis 76737 H-400/15
Arubaanse zaak. Tussentijdse renteherziening. Bijzondere zorgplicht. Bank is evenwel niet gehouden contractueel overeengekomen rente uit eigener beweging te verlagen dan wel geïntimeerde erop te wijzen dat deze verzoek tot renteverlaging kan doen. Ontwikkeling van maatschappelijke opvattingen in de richting van in Nederland geldend recht.
[Bgfo Wft art. 68b]
Noot K. Frielink

308* **JOR 2018/308** p. 254
Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao
12 november 2018, CUR201702232 t/m -2236 en -2272, ECLI:NL:OGEAC:2018:281
Brief van bank aan ontheffingshouders omtrent jaarlijks kostenpercentage voor consumentenkrediet kwalificeert als beschikking.
[Lar art. 3]
Noot S.M.C. Nuijten

12* **JOR 2019/12** p. 257
Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao
4 juli 2018, CUR201802164, ECLI:NL:OGEAC:2018:160
Noodregeling Curaçaose verzekeraar ENNIA. Reikwijdte. Verzekeringsbedrijf wordt uitgeoefend door verweersters gezamenlijk. Gezien maatschappelijk belang en in belang van schuldeisers strekt noodregeling zich uit tot niet vergunninghoudende groepsvennootschappen. Machtiging van Centrale Bank.
[Landsverordening Toezicht Verzekeringsbedrijf art. 60]
Noot E.P.M. Joosen

108* **JOR 2019/108** p. 262
Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao
31 januari 2019, CUR201803525
Noodregeling Curaçaose verzekeraar. Ennia-vennootschappen worden gezamenlijk beschouwd als "verzekeraar" in de zin van Landsverordening Toezicht Verzekeringsbedrijf (LTV). Belang van schuldeisers vereist ingrijpen door toezichthouder. Buiten toepassing laten van noodregeling op entiteiten waar vermogen is ondergebracht is niet aannemelijk in bodemprocedure. Afwijzing vordering tot intrekking c.q. schorsing noodregeling. Verband met Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao 4 juli 2018, «JOR» 2019/12, m.nt. Joosen.
[LTV art. 60]
Noot E.P.M. Joosen

209* **JOR 2020/209** p. 274
Gemeenschappelijk Hof van Justitie
21 april 2020, nr. AUA2019H00038, ECLI:NL:OGHACMB:2020:84
Antilliaanse zaak. Rente bij consumentenkrediet (APR van meer dan 27% per jaar) is in strijd met goede zeden en openbare orde.
[BW art. 3:40 lid 1]
Noot K. Frielink

Financiering, zekerheden en insolventie

48 **JOR 1997/48** p. 283
Hoge Raad
14 februari 1997, RvdW 1997, 45
(Concl. A-G Hartkamp, niet opgenomen; red.)
Cessie bij voorbaat en beslag op toekomstige vorderingen. Verwijzing naar HR 10 januari 1992, NJ 1992, 744 (Ontvanger/NMB Postbank Groep). Vraag of regel van art. 3:97 BW ook voor het Arubaanse recht moet worden aangenomen. Beginsel van concordantie van rechtspraak.
[BW art. 3:97; Statuut voor het Koninkrijk art. 23; Cassatieregeling voor de Nederlandse Antillen en Aruba art. 1]

72* **JOR 1999/72** p. 285
Hoge Raad
27 november 1998, RvdW 1998, 221
(Concl. A-G Langemeijer, niet opgenomen; red.)
Persoonlijke aansprakelijkheid curator. Curator verkoopt activa zonder daarvoor zekerheid van de koper te verlangen. Zekerheidstelling is door r-c in beschikking als voorwaarde gesteld. Geen beleidsvrijheid curator. Niet nakomen van beschikking r-c levert ernstige verwaarlozing van taak door curator op. Relativiteitsvereiste.
[BW art. 6:162, 6:163; Fw art. 69]
Noot S.C.J.J. Kortmann

156* **JOR 1999/156** p. 291
Hoge Raad
16 april 1999, R97/159HR
(Concl. A-G Strikwerda, niet opgenomen; red.)
Bevoegdheidsincident. Rechtsgevolgen van contractueel forumkeuzebeding. Tekst noch strekking van art. 117 Faillissementsverordening brengen mee dat een door partijen vóór de faillietverklaring overeengekomen forumkeuzebeding zijn werking verliest door dit artikel. Verwijzing naar HR 28 oktober 1988, NJ 1989, 765.
[Faillissementsverordening art. 25, 117 (vgl. resp. Fw art. 29, 122)]
Noot P.M. Veder

160 **JOR 1999/160** p. 296
Hoge Raad
21 mei 1999, R98/018 HR
(Concl. A-G Bakels, niet opgenomen; red.)
Executiegeschil. Veroordeelde verbeurt geen dwangsommen wanneer hij niet (tijdig) aan een veroordelend rechterlijk vonnis kan voldoen. De maatstaven 'buiten staat zijn' ex art. 491 RvNA en 'onmogelijkheid' ex art. 611 Rv bevatten dezelfde norm. Van 'onmogelijkheid' kan (ook) sprake zijn 'indien het onredelijk zou zijn meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan de veroordeelde heeft betracht'. Verwijzing naar Benelux-Gerechtshof 25 september 1986, NJ 1987, 909.
[Rv art. 611; BW art. 6:2; RvNA art. 491]

38A **JOR 2000/38A** p. 299
Kantonrechter Gemeenschappelijk Hof van Justitie
25 januari 2000, H-213/99
Aansprakelijkstelling curator qualitate qua en pro se ter zake van schade door verkoop c.q. verlies of verduistering van aan de failliet geleaste zaken. Zorgplicht curator om na faillietverklaring als een goed huisvader op de aan een ander toebehorende goederen te passen, ongeacht of die ander de goederen al dan niet terugwenst.
[BW art. 6:162]

203* **JOR 2000/203** p. 303
Hoge Raad
26 mei 2000, R98/151HR, ECLI:NL:HR:2000:AA5960
(Concl. A-G Wesseling-van Gent, niet opgenomen; red.)
Beslag dat bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis is opgeheven, herleeft door vernietiging in hoger beroep van dat vonnis. Wijzigingen in rechtstoestand van beslagen goed in periode tussen opheffing en vernietiging moeten worden geëerbiedigd. Goede trouw van derde-verkrijger niet van belang. Derde kan rechten die hij van beslagene heeft verkregen tussen opheffing beslag en vernietiging vonnis steeds aan beslaglegger tegenwerpen. In vonnis tot opheffing beslag kan rechter voorwaarde aan uitvoerbaarheid bij voorraad verbinden.
Noot I. Spinath

147* **JOR 2002/147** p. 307
Hoge Raad
7 juni 2002, R00/148HR, ECLI:NL:HR:2002:AE3796
(Concl. A-G Spier, niet opgenomen; red.)
Antilliaanse zaak. Onverschuldigde betaling na faillietverklaring. Typering van terugbetalingsverplichting als concurrente boedelschuld. Geen onmiskenbare vergissing zoals in HR 5 september 1997, «JOR» 1997/102, m.nt. De Liagre Böhl (Ontvanger/Hamm q.q.).
[BW art. 6:203]
Noot G.A.J. Boekraad

73* **JOR 2003/73** p. 311
Hoge Raad
31 januari 2003, R01/089HR, ECLI:NL:HR:2003:AF0645
(Concl. A-G Hartkamp, niet opgenomen; red.)
"Krediethypotheek". Bewijslast omtrent bestaan van een aan het hypotheekrecht ten grondslag liggende (accessoire) rechtsverhouding. Bewijskracht van notariële akte ten aanzien van partijverklaring.
's Hofs oordeel dat (thans) eiseressen tot cassatie niet in hun bewijsvoering zijn geslaagd is onbegrijpelijk. Uitgaande van het oordeel dat de gestelde kredietrelatie niet is komen vast te staan, heeft hof echter geen blijk gegeven van onjuiste rechtsopvatting door toewijzing van de vordering tot doorhaling van de hypotheekinschrijving.
Noot A.J. Verdaas

192 **JOR 2003/192** p. 317
Hoge Raad
13 juni 2003, C01/348HR, ECLI:NL:HR:2003:AF5547
(Concl. A-G Langemeijer, niet opgenomen; red.)
Antilliaanse zaak. Echtgenote roept ten onrechte de nietigheid in van door haar partner vóór het huwelijk aangegane borgstelling. Geen verdere uitbreiding van bescherming voor niet-handelend echtgenoot ex art. 1:88 BWNA c.q. art. 159 BWNA (oud).
[BWNA art. 159 (oud) (equivalent van art. 1:88 BW)]

162* **JOR 2006/162** p. 320
Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen
25 januari 2006, F 245 van 2005
Antillenzaak. Afwikkeling van samenhangende faillissementen. Verzoeker is geen schuldeiser van failliete boedel respectievelijk schuldeiser ex art. 65 lid 1 FbNA ter zake van niet-verifieerbare vordering.
[FbNA art. 65Fw art. 69]

163* **JOR 2006/163** p. 323
Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen
24 februari 2006, KG 28 van 2006
Antillenzaak. Afwikkeling van samenhangende faillissementen. Schikking van renvooiprocedure door vaststellingsovereenkomst. Beleidsvrijheid van curator die hiervoor geen goedkeuring van crediteuren behoeft te hebben.
[BW art. 6:162]
Noot R. Bremer

199 **JOR 2006/199** p. 329
Gemeenschappelijk Hof van Justitie
2 juni 2006, HAR-143/2006
Beroep tegen ontslag curatoren. Verschil van inzicht tussen curatoren en r-c is geen reden voor ontslag. Zie ook «JOR» 2006/161, 2006/162 en 2006/163, m.nt. Bremer.
[Fw art. 73]

257* **JOR 2006/257** p. 330
Gemeenschappelijk Hof van Justitie
8 augustus 2006, KG 28/06-H 158/06
Antillenzaak. Afwikkeling van samenhangende faillissementen. Vaststellingsovereenkomst in belang van goed beheer en goede vereffening van boedel. Uitvoering niet onrechtmatig jegens appellant. Vervolg op GEA 24 februari 2006, «JOR» 2006/163, m.nt. Bremer.
[BW art. 6:162]

323 **JOR 2010/323** p. 333
Gemeenschappelijk Hof van Justitie
13 april 2010, HAR 10-10A/10, ECLI:NL:OGHNAA:2010:BM1449
Tekortkoming in verslagleggingsplicht geen reden voor ontslag curatoren. Samenhang met Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 19 mei 2010, «JOR» 2010/324.
[Fb 1931 art. 63 lid 2]

324 **JOR 2010/324** p. 336
Gemeenschappelijk Hof van Justitie
19 mei 2010, HAR-15/2010, ECLI:NL:OGHNAA:2010:BM5560
Afwijzing verzoek tot wraking rechter-commissaris. Ontvankelijkheid curatoren. Samenhang met Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 13 april 2010, «JOR» 2010/323.
[Rv art. 31 e.v.; EVRM art. 6]

59 **JOR 2011/59** p. 340
Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao
8 november 2010, AR 854/2009, ECLI:NL:OGEAC:2010:BO3354
Verrekening tijdens faillissement. Door bank ná faillissementsdatum gedane debiteringen van rekening failliet op grond van chargebacks creditcardhouders toegestaan. Creditering onder opschortende of ontbindende voorwaarde. Verwijzing naar HR 10 januari 1975, NJ 1976, 249 en HR 3 december 2004, «JOR» 2005/51, m.nt. NEDF. Tussenvonnis.
[BW art. 3:38; Faillissementsbesluit art. 49]

278 **JOR 2011/278** p. 344
Hoge Raad
10 juni 2011, 10/02282, ECLI:NL:PHR:2011:BQ2178
(Concl. A-G Wuisman, niet opgenomen; red.)
Antillenzaak. Faillissementspauliana. Wetenschap van benadeling ex art. 38 Fb (oud).
[Fb (oud) art. 38]

306 **JOR 2011/306** p. 346
Gemeenschappelijk Hof van Justitie
29 maart 2011, HAR-56/10, ECLI:NL:OGHACMB:2011:BQ6339
Antillenzaak. Geen hoger beroep tegen beschikking vaststelling salaris curator. Doorbreking appelverbod. Overschrijding appeltermijn. Verwijzing naar HR 21 januari 2011, LJN BO7868.
[Faillissementsbesluit art. 63; Faillissementsbesluit art. 67]

284* **JOR 2014/284** p. 349
Gerecht in Eerste Aanleg van Sint Maarten
12 augustus 2014, A.R. 2013/42
Hypotheekrecht. Executieveiling waarbij executerende hypotheekhouder tevens koper is. Voldoening koopprijs ex art. 3:270 BW vereist storting onder notaris. Storting heeft niet plaatsgevonden. Geen voldoening mogelijk door verrekening koopsom met vordering op schuldenaar. Notaris heeft niettemin verklaring afgegeven dat koopsom is betaald. Zuivering blijft uit. Gevolgen schending veilingvoorwaarden.
[BW art. 3:270, 3:273]
Noot A. Steneker

213* **JOR 2016/213** p. 363
Hoge Raad
1 april 2016, 15/02337, ECLI:NL:HR:2016:543
(Concl. A-G Spier, niet opgenomen; red.)
Borgtochtovereenkomst. Bijzondere zorgplicht bank jegens borg. Borg onvoldoende gewaarschuwd voor risico's van borgtocht. Dwaling. Beroep op dwaling niet uitsluitend gegrond op toekomstige gebeurtenis (afwenden van faillissement van hoofdschuldenaar). Verwijzing naar HR 1 juni 1990, NJ 1991/759 (Van Lanschot/Bink).
[BW Aruba art. 6:228 lid 2, 7:857]
Noot G.J.L. Bergervoet

292* **JOR 2016/292** p. 369
Hoge Raad
8 juli 2016, 15/00608, ECLI:NL:HR:2016:1511
(Concl. A-G Vlas, niet opgenomen; red.)
Uitleg renteclausule in hypotheekakte. Toepassing Haviltex-maatstaf op obligatoire afspraken in hypotheekakte. Geen toepassing objectieve maatstaf voor de uitleg van akten die strekken tot overdracht of bezwaring van registergoederen. Verwijzing naar HR 22 oktober 2010, NJ 2011/111 en HR 19 april 2013, NJ 2013/240.
[BW art. 6:74, 6:248]
Noot B.A. Schuijling

17* **JOR 2017/17** p. 374
Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao
19 september 2016, E.J. no. F. 80291/2016, E.J. no. F. 80347/2016, ECLI:NL:OGEAC:2016:98
Verzoek tot faillietverklaring en bevel inbewaringstelling in verband met handelingen als voormalig curator verricht. Geen vrees voor niet-nakomen verplichtingen door failliet. Bevel inbewaringstelling afgewezen. Verwijzing naar HR 12 juli 2013, «JOR» 2013/339, m.nt. Nuyten.
[Faillissementsbesluit 1931 art. 1, 2, 4, 5, 11, 19, 82 lid 1, 86, 100]
Noot J.B.A. Jansen

246* **JOR 2017/246** p. 380
Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao
15 maart 2017, 82142 / 2017, ECLI:NL:OGEAC:2017:28
Beslag- en executierecht. Interregionale bevoegdheid. Verzoek aan rechter te Curaçao tot leggen conservatoir beslag in Nederland. Geen bevoegdheid Curaçaose rechter. Verwijzing naar HR 2 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1063; Rb. Amsterdam, 26 januari 2015, «JOR» 2016/11, m.nt. Loesberg en Rb. Amsterdam, 28 januari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:424.
[Rv Curaçao art. 429ba, 700; Statuut art. 38 lid 3]
Noot R.B. van Hees

53* **JOR 2018/53** p. 385
Gemeenschappelijk Hof van Justitie
17 oktober 2017, Ghis 82103/17 – EJ 2527, 2780/16 – H 163/17
Verzet tegen faillietverklaring. Curator in hoedanigheid is "belanghebbende" als bedoeld in art. 8 lid 1 Fv. Toestand van te hebben opgehouden te betalen. Verwijzing naar HR 18 december 2015, «JOR» 2016/145, m.nt. Jansen (Hoeksma q.q./R.M. Trade).
[Faillissementsverordening art. 1, 8 lid 1]
Noot B.I. Kraaipoel

131* **JOR 2018/131** p. 389
Gemeenschappelijk Hof van Justitie
12 december 2017, KG 82461/17 - H 42/17,
ECLI:NL:OGHACMB:2017:146
Stichting particulier fonds. Beheers- en beschikkingshandelingen curator met betrekking tot buitenlands vermogen failliet. Verwijzing naar HR 7 oktober 2016, NJ 2017/124.
[BW art. 3:6]
Noot P.M. Veder

113* **JOR 2019/113** p. 401
United States Bankruptcy Court Southern District of New York
20 december 2018, 18-12908
Internationaal faillissementsrecht. Erkenning van Curaçaose insolventieprocedure ENNIA in de Verenigde Staten.
[United States Bankruptcy Code art. 101, 1502, 1506, 1515]
Noot P.M. Veder

68* **JOR 2020/68** p. 412
Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao
28 oktober 2019, zaaknr. CUR201903648, ECLI:NL:OGEAC:2019:244
Afwijzing verzoek tot ontslag curatoren. De omstandigheid dat de curatoren als adviseurs van de Centrale Bank betrokken zijn geweest bij de noodregeling, is niet in strijd met vereiste onafhankelijkheid.
[Fb art. 69 lid 1]
Noot J.B.A. Jansen

214* **JOR 2021/214** p. 416
Gemeenschappelijk Hof van Justitie
13 oktober 2020, registratienrs. CUR202000211–CUR2020H00072,
ECLI:NL:OGHACMB:2020:243
Bangarantie. Toewijzing vordering van opdrachtgever tot teruggave en decharge van bankgarantie door begunstigde, nadat begunstigde onderliggende rechtsverhouding middels contractsoverneming heeft doen overgaan op derde. Belangenafweging.
[BW art. 3:94, 6:159, 6:162]
Noot V.G. Koolen

248* **JOR 2021/248** p. 424
Gemeenschappelijk Hof van Justitie
6 april 2021, zaaknr. CUR2020H00130, ECLI:NL:OGHACMB:2021:93
Beroep op verjaring van vordering uit borgtocht. Zelfstandige en apart te stuiten verjaringstermijn. Gerechtvaardigd vertrouwen. Beroep op verjaring is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar ondanks kennis van stuitingsbrieven aan de hoofdschuldenaar.
[BW art. 3:35, 3:307 lid 1, 3:322 lid 1, 3:323 lid 3, 7:851 lid 1, 7:853, 7:855 lid 1]
Noot D.F.H. Stein

Varia

23 **JOR 2000/23** p. 429
Hoge Raad
29 oktober 1999, R98/061HR, ECLI:NL:HR:1999:AA1486
(Concl. A-G Bakels, niet opgenomen; red.)
Vordering tot nakoming. Hof begroot ten onrechte het verschuldigde bedrag ex aequo et bono.
[BW art. 3:297]

117* **JOR 2000/117** p. 431
Hoge Raad
21 januari 2000, R98/094HR, ECLI:NL:HR:2000:AA4429
(Concl. A-G Strikwerda, niet opgenomen; red.)
Concordantie van rechtspraak. Derdenwerking van exoneratieclausule. Bijzondere omstandigheden waaronder derde in redelijkheid beding tegen zich moet laten gelden. Aard van het geval. Bijzondere aard van relatie. Opgewekt vertrouwen dat exoneratiebeding kan worden ingeroepen. Verwijzing naar Hoge Raad 9 juni 1989, NJ 1990, 40. Monopoliepositie stuwadoor.
Noot S.C.J.J. Kortmann

45* **JOR 2002/45** p. 438
Hoge Raad
21 december 2001, R00/055HR, ECLI:NL:HR:2001:AD7366
(Concl. A-G Bakels, niet opgenomen; red.)
Antilliaanse zaak. Algemene voorwaarden. In casu moet de onzorgvuldigheid van de bank als dermate ernstig worden aangemerkt, dat zij zich ter afwering van haar aansprakelijkheid niet te goeder trouw kan beroepen op de exoneratieclausule in haar algemene voorwaarden.
[BW art. 6:231 e.v.]
Noot B. Wessels

65* **JOR 2004/65** p. 444
Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen
26 januari 2004, kg-nr. 13/04
Voer voor rechters.
[BWNA art. 6:162; IVBPR art. 19, 26; EVRM art. 10]
Noot Red.

5* **JOR 2007/5** p. 452
Hoge Raad
10 november 2006, R05/063HR, ECLI:NL:PHR:2006:AY4033
(Concl. A-G Timmerman, niet opgenomen; red.)
Antilliaanse zaak. Arbitrageovereenkomst. Vernietiging besluit rechtspersoon niet ter vrije beschikking van partijen. Tussenkomst burgerlijke rechter noodzakelijk.
[BW art. 2:15]
Noot P. Sanders

29* **JOR 2015/29** p. 457
Hoge Raad
17 oktober 2014, 13/02085, ECLI:NL:HR:2014:2987
(Concl. A-G Wissink, niet opgenomen; red.)
Curaçaose zaak. Beroepsaansprakelijkheid makelaar. Onderzoeks- of waarschuwingsplicht verkopend makelaar met betrekking tot hypotheekrechten of beslagen van derden. Geen schending zorgplicht verkopende makelaar jegens (particuliere en ter zake onkundige) koper. Verwijzing naar HR 17 februari 2012, «JOR» 2012/136, m.nt. Dammingh.
[BW art. 6:162]
Noot J.J. Dammingh

150* **JOR 2017/150** p. 462
Hoge Raad
3 februari 2017, 15/03855, ECLI:NL:HR:2017:143
(Concl. A-G Timmerman, niet opgenomen; red.)
Onbevoegde vertegenwoordiging bij schikkingsovereenkomst en daarop gebaseerde akte van overdracht. Schijn van volmachtverlening. Risicotoerekening. Tegenover wederpartij gewekte vertrouwen mede gebaseerd op feiten of omstandigheden die onbevoegd vertegenwoordigde betreffen. Verwijzing naar HR 19 februari 2010, «JOR» 2010/178, m.nt. Biemans (ING/Bera); HR 2 december 2011, «JOR» 2012/100, m.nt. Schuijling (Erven Van Manen/Hooft Graafland) en HR 3 februari 2012, «JOR» 2012/101, m.nt. Schuijling (Fujitsu/Exel).
[BW art. 3:61 lid 2]
Noot S.C.J.J. Kortmann

31* **JOR 2018/31** p. 467
Hoge Raad
6 oktober 2017, 16/02319, ECLI:NL:HR:2017:2560
(Concl. A-G Wissink, niet opgenomen; red.)
Antilliaanse zaak. Huurrecht. Gedeeltelijke overdracht van het gehuurde. Strekking art. 7:226 BW. Bescherming huurder door extensieve uitleg van art. 7:226 BW. Splitsing huurovereenkomst. Rechtsgevolgen van betalingsgedrag huurder. Overgangsrecht. Concordantiebeginsel.
[BW art. 7:226, 7:227; BWSM art. 6:34, 7:226; BWNA (oud) art. 7A:1593; BWSM (oud) art. 7A:1593; Landsverordening overgangsrecht nieuw BW art. 147; Statuut art. 39 lid 1]
Noot E. Loesberg

87* **JOR 2018/87** p. 474
Hoge Raad
8 december 2017, 16/06072, 16/05741, ECLI:NL:HR:2017:3104
(Concl. A-G Vlas, niet opgenomen; red.)
Arbitrage. Internationaal privaatrecht. Geen toestemming om Nederlands verlof tot tenuitvoerlegging van in Zwitserland gewezen arbitraal vonnis op Curaçao te gebruiken. Verlof tot tenuitvoerlegging van buitenlandse rechterlijke of arbitrale beslissing strekt zich slechts uit tot het land binnen het Koninkrijk van de rechter die het verlof heeft verleend. Verwijzing naar HR 14 januari 1994, NJ 1994/403. Samenhang met HR 1 mei 2015, «JOR» 2015/254, m.nt. Van der Plas (Çukurova/Sonera).
[Statuut art. 40]
Noot C.G. van der Plas

177* **JOR 2019/177** p. 478
Hoge Raad
17 mei 2019, 18/01581, ECLI:NL:HR:2019:744
(Concl. A-G De Bock, niet opgenomen; red.)
Arubaanse zaak. Persoonsgericht accountantsonderzoek. Beginsel van hoor en wederhoor. Onrechtmatige daad. Voor accountant in maatschappelijk verkeer jegens derden vereiste zorgvuldigheid wordt mede bepaald door in Nederland geldende gedrags- en beroepsregels.
[Wet op het accountantsberoep art. 19 lid 2 onder a; Wet tuchtrechtspraak accountants art. 19 lid 2; Wet AA art. 24 lid 2; BW Boek 6 art. 162]
Noot J.B.S. Hijink

261* **JOR 2019/261** p. 485
Hoge Raad
24 mei 2019, nr. 18/03643, ECLI:NL:HR:2019:792
(Concl. A-G Wesseling-van Gent, niet opgenomen; red.)
Arubaanse zaak. Overgang van onderneming. Voor de vraag of sprake is van een overgang van het bedrijf is beslissend of de identiteit van het bedrijf behouden blijft. Weging van alle omstandigheden van het geval. Verwijzing naar HvJ EG 18 maart 1986, ECLI:EU:C:1986:127 (Spijkers); HvJ EU 9 september 2015, ECLI:EU:C:2015:565 (Air Atlantis) en HvJ EU 7 augustus 2018, ECLI:EU:C:2018:646 (Colino).
[BWA art. 7A:1615db, 7A:1615dc; BW art. 7:662, 7:663]
Noot E. Loesberg

301* **JOR 2020/301** p. 492
Hoge Raad
25 september 2020, nr. 19/01351, ECLI:NL:HR:2020:1499
(Concl. A-G Vlas, niet opgenomen; red.)
Antilliaanse zaak. Huurrecht. Overdracht van het gehuurde. De rechten en verplichtingen van de verhuurder uit de huurovereenkomst gaan niet op grond van art. 7:226 BW over op de verkrijger, wanneer het niet de (schuldeiser van de) verhuurder is die de (zelfstandige rechten op de) verhuurde zaak overdraagt. Verhuurdersverplichtingen gaan ook niet over op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid. Geen anticipatie op Ontwerp Timeshare Ordinance. Verkrijger kan gehouden zijn de gebruiksrechten van de huurder van de zaak te eerbiedigen. Concordantiebeginsel. Verwijzing naar HR 5 maart 2004, «JOR» 2004/186 (Vagobel/Geldnet).
[BWSM art. 6:2, 6:162, 7:226; BW art. 7:226; Statuut voor het Koninkrijk art. 39 lid 1]
Noot S.J.L.M. van Bergen

Woord vooraf

In deze speciale editie van JOR zijn de Caribische uitspraken gebundeld die zijn gepubliceerd in dit tijdschrift tussen 1996 en 2021. Voor deze gelegenheid is het vertrouwde groen op de omslag ingeruild voor een meer zonnige tint.

De tijd waarin het recht van het moederland naar de overzeese gebieden werd 'overgebracht' ligt al lange tijd achter ons.[1] Voor Bonaire, St. Eustatius en Saba ligt dat in zoverre anders dat zij deel uitmaken van het staatsbestel van Nederland. De bevoegdheid wetten aan te nemen, denk aan het Burgerlijk Wetboek BES, de Wet financiële markten BES en het Wetboek van Strafrecht BES, is voorbehouden aan het parlement in Nederland. Aruba, Curaçao en St. Maarten zijn, waar het de inhoud en totstandkoming van bijvoorbeeld het burgerlijk recht, het financieel recht en het strafrecht betreft, wel autonoom binnen het Koninkrijk. Deze drie landen zijn echter, net als Nederland, gebonden aan het – ten aanzien van alle vier de landen wederkerig werkende – concordantiebeginsel.[2] De mate waarin men met elkaars opvattingen over wetgeving rekening wil houden is echter in belangrijke mate afhankelijk van de onderlinge politieke verhoudingen. De waan van de dag kan dan soms opspelen. In de PAO-Intensief cursus is steevast aandacht voor ontwikkelingen aan beide kanten van de oceaan.

Een belangrijke ontwikkeling buiten het Koninkrijk, maar wel van belang voor de rechtspleging aldaar en in het Koninkrijk, is dat in Suriname binnen afzienbare tijd, gedacht wordt aan 1 januari 2023, een geheel nieuw Burgerlijk Wetboek zal worden ingevoerd. Blijkens het ontwerp zal het Surinaamse BW geënt zijn op dat van Curaçao. Een vorm van onverplichte concordantie van wetgeving. Het is zonder meer wenselijk deze ontwikkeling op het vlak van wetgeving en rechtspraak in de toekomst zoveel mogelijk te concorderen, zodat – over en weer – kennis en ervaring kunnen worden uitgewisseld, en alle betrokken rechtsbeoefenaren van elkaar kunnen leren en profiteren.

Via het concordantiebeginsel strekt het belang van Caribische rechtspraak zich uit over het gehele Koninkrijk. Dit belang wordt weerspiegeld in JOR. Sinds de oprichting van het tijdschrift in 1996 wordt daarin Caribische rechtspraak gepubliceerd die relevant is voor de Nederlandse rechtspraktijk. Het betreft voornamelijk rechtspraak van de Gerechten in Eerste Aanleg en het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, St. Maarten en van Bonaire, St. Eustatius en Saba, en uiteraard ook uitspraken van de Hoge Raad in Caribische zaken. Tal van mijlpaalarresten van ons hoogste rechtscollege vinden hun oorsprong in de Cariben. De selectie die in deze editie is opgenomen bevat 75 uitspraken die zijn verdeeld over de rubrieken Ondernemingsrecht (20), Financieel recht (14), Financiering, zekerheden en insolventie (29) en Varia (12).

Deze editie is tot stand gekomen met ondersteuning van het Centrum voor Postacademisch Juridisch Onderwijs (CPO) van de Radboud Universiteit en de University of Curaçao Dr. Moises da Costa Gomez (UoC). Het CPO en de UoC organiseren al meer dan 25 jaar gezamenlijk in Curaçao de PAO-Intensiefcursussen. Docenten en deelnemers uit Europees Nederland en de Caribische delen van ons Koninkrijk komen in dat kader bijeen om samen te leren en te discussiëren over juridische onderwerpen en actuele ontwikkelingen. Zo voorzien de cursussen in een aanbod van postacademisch onderwijs voor juristen in de Caribische jurisdicties van het Koninkrijk der Nederlanden. Zo lang als de deelnemers zich kunnen herinneren zijn Bas Kortmann en Frank Kunneman daarbij be-

1 Zie J.A. Schiltkamp, 'Bestuur en rechtspraak in de Nederlandse Antillen ten tijde van de West-Indische Compagnie', in: J.A. Schiltkamp e.a. (red.), *Honderd jaar codificatie in de Nederlandse Antillen*, Arnhem: Gouda Quint 1969, p. 117-183.

2 Het concordantiebeginsel is neergelegd in art. 39 van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden. Zie daarover J.B. Wezeman en K. Frielink, 'Caribisch rechtspersonenrecht', *WPNR* 6898 (2011), p. 706-708, en L.J.J. Rogier, 'Het einde van het concordantiebeginsel?', *RM Themis* 3 (2016), p. 124-135.

trokken als hoofddocenten. Zij nemen dit jaar afscheid van deze taak en met deze editie willen het CPO en de UoC hen danken voor hun decennialange betrokkenheid.
De redactie hoopt met deze bundeling ook in praktische behoeften te voorzien. Deze selectie vestigt niet alleen de aandacht op het belang van de Caribische rechtspraak voor het ondernemingsgerichte recht, maar biedt Caribisch-Nederlandse juristen op dit terrein hopelijk ook een praktisch naslagwerk. Tot slot kan de bundeling haar nut bewijzen in het plaatselijke juridische onderwijs als een *mina di oro* (goudmijn) van Caribische casusposities. Wij hopen dan ook dat de lezers van JOR deze speciale Caribische editie kunnen waarderen.

Ben Schuijling en Karel Frielink
Nijmegen/Curaçao, februari 2022

Ondernemingsrecht

129

JOR 1996/129

Gemeenschappelijk Hof van Justitie
13 december 1994, H 211/94
(Mr. Beukenhorst, Mr. Van der Poel, Mr. Duinkerken)
Noot P. van Schilfgaarde

Onrechtmatige daad bestuurders jegens aandeelhouders. Mogelijkheid voor individuele aandeelhouder om statutair of feitelijk bestuurder aan te spreken uit onrechtmatige daad. Afgeleide schade. Relativiteit. Vennootschappelijk stelsel van bevoegdheden en verantwoordelijkheden.

[BW art. 2:8, 6:162, 6:163]

Het onrechtmatige handelen dat appellanten aan geïntimeerden verwijten, komt in feite neer op het onzorgvuldig besturen van de vennootschappen. De aldus geschonden norm strekt echter niet tot bescherming tegen de door appellanten geleden (afgeleide) schade. Daartoe bevoegde organen van de vennootschap kunnen desgewenst bestuurders wegens onbehoorlijk bestuur aanspreken. Het vennootschapsrechtelijke stelsel van bevoegdheden en verantwoordelijkheden verzet zich er echter tegen dat onder de hiervoor weergegeven omstandigheden individuele aandeelhouders de bestuurders kunnen aanspreken, waar de bevoegde organen van de vennootschap hebben verkozen dat niet te doen. Dat geldt niet alleen ten aanzien van de statutaire bestuurders, maar eveneens voor de in hun opdracht handelende feitelijke bestuurder.

1. De rechtspersoon naar het recht van de Republiek
Israël I.J. Entreprises Ltd. te Tel Aviv, Israël,
2. De rechtspersoon naar het recht van het Groothertogdom Luxemburg
Constance Holding S.A. te Luxemburg, Luxemburg,
appellanten,
gemachtigden: Mrs E.W.H. Zielinski en R.A. Diaz,
tegen
1. Noro Management Services NV,
2. Noro Curaçao NV,
3. Noro Management Advisory Services NV,
alle gevestigd te Curaçao,
geïntimeerden,
gemachtigde: Mr M.R.B. Gorsira.

Verloop van de procedure
Voor de procesgang in eerste aanleg en hetgeen daar is gesteld en gevorderd wordt verwezen naar het op 31 januari 1994 door de rechter in eerste aanleg op Curaçao tussen partijen gewezen vonnis.
Appellanten zijn in hoger beroep gekomen van dat vonnis door indiening van een daartoe strekkende akte.
Bij afzonderlijke memorie is vervolgens een grief aangevoerd. Daarbij is tevens de eis gewijzigd en wel in die zin dat thans gevorderd wordt: primair om aan Entreprises te betalen de som van \P 807.056,= en aan Constance te betalen de som van \P 392.862,=, althans de tegenwaarde van die bedragen in Nederlands-Antilliaans courant, een en ander vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 17 juli 1992, en subsidiair: aan ieder der appellanten te betalen een bedrag aan schadevergoeding, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 17 juli 1992, en meer subsidiair aan Noro-Buckfield N.V. verder te noemen Noro-Buckfield, en Noro U.K. Properties N.V., verder te noemen Noro U.K., te betalen zodanige sommen gelds, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, ten titel van schadevergoeding, althans in ieder geval à fonds perdu, dat de door appellanten geleden schade volledig wordt opgeheven, een en ander vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 17 juli 1992, althans vanaf 25 januari 1993.
(...)

Gronden van de beslissing
1 Het hoger beroep is tijdig en op de juiste wijze ingesteld.
2 Nu geïntimeerden zich niet tegen de wijziging van eis hebben verzet, zal het Hof uitgaan van de gewijzigde eis.
3 De grief klaagt erover dat de eerste rechter de vorderingen ten onrechte heeft afgewezen.

Aldus ligt de zaak in volle omvang voor.
4 De grief richt zich blijkens de toelichting niet tegen hetgeen de eerste rechter heeft overwogen omtrent de rechtsmacht en het toepasselijke recht. Nu het Hof daartegen ook ambtshalve geen bedenkingen heeft, zal in hoger beroep eveneens worden uitgegaan van de bevoegdheid van de Nederlands-Antilliaanse rechter en de toepasselijkheid van het recht van de Nederlandse Antillen.
5 Appellanten baseren hun vordering tot schadevergoeding op onrechtmatig handelen van geïntimeerden, als statutaire, respectievelijk feitelijke bestuurders van Noro-Buckfield en Noro U.K., jegens hen als aandeelhouders, respectievelijk rechtsopvolger van een gewezen aandeelhouder van (een van) die vennootschappen.
De eerste rechter heeft de vordering afgewezen omdat gesteld noch gebleken is dat er sprake zou zijn van onrechtmatige daden van geïntimeerden als bestuurders welke specifiek op appellanten waren gericht en de schade die appellanten stellen te hebben geleden samenvalt met de beweerdelijke schade van de vennootschappen en derhalve niet aan appellanten maar aan de vennootschappen zelf een actie tot schadevergoeding toekomt.
6 Appellanten hebben hun vordering als volgt opgebouwd.
6.1 NMS en Noro Curaçao, als statutaire bestuurders, en NMAS, als feitelijk bestuurder, van Noro-Buckfield hebben gehandeld in strijd met de zorgvuldigheid die hun in het maatschappelijk verkeer betaamt en die zij jegens Sigrene S.A., verder te noemen Sigrene, waarvan Entreprises de rechtsopvolger is en die destijds aandeelhouder van Noro-Buckfield was, in acht behoorden te nemen door in oktober 1987 Noro-Buckfield een meerderheidsbelang te laten nemen in het fonds New Cavendish Estates plc, door 7.331.725 aandelen tegen een prijs van \P 1.75,= per aandeel te kopen van Collins Services Ltd., verder te noemen Collins.
De koopprijs van het aandeel was veel te hoog, getuige het feit dat Collins het zelfde pakket een jaar eerder had verworven voor \P 1,= per aandeel, terwijl de omstandigheden rond het fonds toen niet slechter waren.
Ook uit het koersverloop sinds de acquisitie blijkt dat de betaalde prijs veel te hoog was, getuige het feit dat de koers reeds eind 1987 naar het oude niveau van \P 0.95 is teruggezakt en nadien niet meer hoger is geweest.
Kennelijk heeft Collins alvorens tot verkoop van het aandelenpakket over te gaan de koers gemanipuleerd. Geïntimeerden hebben dat niet onderkend. Zij hebben nagelaten de onroerend goed portefeuille van Collins voorafgaand aan de aankoop zorgvuldig te inspecteren; bovendien hebben zij het onroerend goed niet door onafhankelijke taxateurs laten waarderen.
6.2 Op 1 juli 1988 heeft Sigrene 10.000 aandelen Noro U.K. verworven.
Kort daarna heeft Noro U.K., waarvan NMS en Noro Curaçao de statutaire bestuurders zijn, het kantoorpand Princess House aangekocht voor \P 44.600.000,=.
Noro U.K. was te klein om een aankoop van deze omvang alleen te doen. Deze is dan ook geheel met geleend geld gefinancierd. Doordat de rente steeg liepen de verliezen op en wel in die mate dat Noro U.K. in februari 1990 gedwongen was het pand te verkopen voor \P 41.700.000,=. Op 29 juni 1990 heeft Sigrene haar 10.000 aandelen in Noro U.K. verkocht en overgedragen aan Constance.
Geïntimeerden hebben onzorgvuldig gehandeld door Princess House geheel zelfstandig aan te kopen, de koop met geleend geld te financieren en in dat verband een lening met variabele rente af te sluiten, met alle risico's van dien.
Voor de dientengevolge geleden schade zijn zij jegens appellanten aansprakelijk.
6.3 Geïntimeerden hebben voorts onzorgvuldig jegens Sigrene gehandeld door van de \P 103,= per aandeel die Sigrene heeft betaald bij de aankoop in oktober 1987 van 10.000 aandelen Noro-Buckfield, een bedrag van \P 3,= per aandeel niet aan te wenden als storting, zoals Sigrene mocht verwachten, maar uit te betalen als 'commissie' aan NMAS. NMAS is gehouden tot terugbetaling van \P 30.000,= aan Entreprises, als rechtsopvolgster van Sigrene, voor welke verplichting NMS en Noro Curaçao, als statutaire bestuurders van Noro-Buckfield, naast NMAS aansprakelijk zijn.
7 Tussen partijen is onbetwist dat de onder 6.1 en 6.2 omschreven schade rechtstreeks is afgeleid van de schade die de vennootschappen Noro-Buckfield en Noro U.K. hebben geleden. De schade bestaat immers in waardevermindering van aandelen als gevolg van vermogensverliezen bij de desbetreffende vennootschappen.
Voorts kan er op basis van de stellingen van appellanten van worden uitgegaan dat door het aan

geïntimeerden verweten handelen, gezien alle bij de vennootschap betrokken belangen, geen onevenredig nadeel aan appellanten is toegebracht, noch dat dit handelen specifiek op hen gericht was.
8 Het onrechtmatig handelen dat appellanten aan geïntimeerden verwijten komt in feite neer op het onzorgvuldig besturen van de vennootschappen.
De aldus geschonden norm strekt echter niet tot bescherming tegen de onder 6.1 en 6.2 omschreven schade.
Daartoe bevoegde organen van de vennootschap kunnen desgewenst bestuurders wegens onbehoorlijk bestuur aanspreken. Het vennootschapsrechtelijke stelsel van bevoegdheden en verantwoordelijkheden verzet zich er echter tegen dat onder de hiervoor weergegeven omstandigheden individuele aandeelhouders de bestuurders kunnen aanspreken, waar de bevoegde organen van de vennootschap hebben verkozen dat niet te doen.
Dat geldt niet alleen ten aanzien van de statutaire bestuurders, maar eveneens voor de in hun opdracht handelende feitelijke bestuurder.
Uit het vorenstaande vloeit voort dat vergoeding van de onder 6.1 en 6.2 omschreven schade niet toewijsbaar is.
9 De onder 6.3 omschreven vordering is evenmin toewijsbaar. Geïntimeerden hebben aangevoerd dat Sigrene, in de persoon van de heer Markus, volledig op de hoogte was van het feit dat NMAS drie procent commissie zou ontvangen voor het aantrekken van nieuw eigen vermogen, hetgeen berust op een contract tussen Noro-Buckfield en NMAS.
In dat verband hebben geïntimeerden zich beroepen op een notitie van de hand van Markus van februari 1987 waarin hij ondermeer schrijft 'om ons tot Noro U.K. te beperken. Een bestudering van 'fee structure' leert ons snel wat NMAS ontvangt: a) 3% van nieuwe kapitaal (door ons te betalen)...'.
Nu appellanten de uit genoemde notitie blijkende wetenschap bij Markus niet hebben weersproken en evenmin hebben betwist dat die wetenschap aan Sigrene kan worden toegerekend, strandt de vordering verband houdende met de commissie van NMAS, die er immers op is gebaseerd dat Sigrene in oktober 1987 niet op de hoogte was van de 'fee structure'.
10 Nu de grief niet tot het beoogde doel kan leiden, zal het vonnis waarvan beroep, onder aanvulling van de gronden waarop het berust, worden bevestigd.
Als de in het ongelijk gestelde partij, zullen appellanten worden verwezen in de proceskosten van het hoger beroep.

Beslissing
Het Hof:
- bevestigt het vonnis waarvan beroep;
- verwijst appellanten in de kosten van het geding in hoger beroep, ...

NOOT

In HR 2 december 1994, NJ 1995, 288, nt Ma (Poot/ABP) deed zich het geval voor dat een derde aan de vennootschap schade had toegebracht. De Hoge Raad besliste dat de aandeelhouder die daardoor schade lijdt aan zijn aandelen, deze schade in beginsel niet van de derde kan vorderen. Ofschoon de Hoge Raad dat niet zegt, kan men hierin zien een toepassing van art. 6:163 BW. Volgens de Hoge Raad zijn uitzonderingen op deze regel mogelijk. In Poot/ABP kwam echter de Hoge Raad niet toe aan de uitzonderingen omdat Poot onvoldoende had gesteld om te kunnen concluderen dat er sprake was van een onrechtmatige daad *jegens* – vgl. art. 6:162 BW – Poot. Geldt de regel van Poot/ABP ook wanneer de schade aan de vennootschap en de aandelen niet wordt toegebracht door een willekeurige derde maar door een bestuurder? Deze vraag wordt in het hierboven afgedrukte vonnis van het Hof in Willemstad – het vonnis is gewezen 11 dagen na Poot/ABP – bevestigend beantwoord. Het antwoord lijkt mij juist. Vergeleken bij Poot/ABP is er wel een verschil in benadering. In Poot/ABP komt de Hoge Raad aan art. 6:163 BW niet toe omdat de vordering van de aandeelhouder al afstuit op de relativiteitseis – 'jegens' – van art. 6:162 BW. Het Hof daarentegen gaat voorbij aan art. 6:162 BW en past rechtstreeks toe de in art. 6:163 BW tot uitdrukking gebrachte regel, ook een relativiteitseis, maar een nadere eis die pas aan de orde komt wanneer aan art. 6:162 BW is voldaan. Had de Antilliaanse vordering ook kunnen afstuiten op de in art. 6:162 BW vervatte relativiteitseis? Dat kon zeker wanneer men met het Hof ervan uitgaat dat de geschonden norm de plicht tot behoorlijk bestuur is (art. 106 WvK NA). Men bedenke hierbij dat het Antilliaanse recht

niet kent een geschreven re gel overeenkomstig ons art. 2:8 BW. Naar Nederlandse verhoudingen kan men zich afvragen of het in de verhouding bestuurder/aandeelhouder niet veeleer gaat om die norm, de redelijkheid en billijkheid in de onderlinge verhoudingen. Maar ook bij toepassing van art. 2:8 BW zal naar mijn mening de vordering van de aandeelhouder in de meeste gevallen reeds moeten afstuiten op art. 6:162 BW, namelijk omdat de norm van art. 2:8 BW, zonder concrete invulling, onvoldoende specifiek is. In deze zin reeds Van der Grinten, NV 1987, p. 102, zie ook Handboek, nr. 257. Van der Grinten brengt in herinnering dat het wetsvoorstel van 1910 een 'action sociale' toekende aan de individuele aandeelhouder. Bij de totstandkoming van de wet van 1928 is echter deze regeling geschrapt. Daarbij is bewust gekozen voor een verzwakking van de positie van de aandeelhouder. Zie in verband met het bovenstaande ook Rb Arnhem 7 maart 1996, JOR 1996/43, nt J.J. van Hees en mijn bijdrage voor het in november 1996 gehouden congres van het Instituut voor Ondernemingsrecht in Groningen, Uitgaven vanwege het Instituut, nr. 26. Zie voorts Hof 's-Hertogenbosch 20 augustus 1996, JOR 1996/111.

P. van Schilfgaarde
advocaat te 's-Gravenhage

57

JOR 1999/57

Hoge Raad
15 januari 1999, R97/035HR
(Mr. Roelvink, Mr. Korthals Altes,
Mr. Neleman, Mr. Heemskerk,
Mr. De Savornin Lohman)
(Concl. A-G Hartkamp, niet opgenomen; red.)
Noot C.R. Huiskes

Crediteur zoekt verhaal op activa van vennootschap die geen debiteur is. De stelling dat de debiteur enig aandeelhouder van de vennootschap is en hij de activa in de vennootschap onderbrengt teneinde deze aan verhaal te onttrekken, is onvoldoende voor een verhaalsrecht op de activa van de vennootschap.

[BW art. 2:175]

In geschil is de vraag of eiser als schuldeiser van Erato zijn vordering tot betaling van door Erato verbeurde dwangsommen mag verhalen op een onroerende zaak van de rechtspersoon JPC waarvan Erato enig aandeelhouder is. Het betoog dat alle aandelen in JPC aan Erato toebehoren en dientengevolge het onroerend goed dat op naam staat van JPC in feite aan Erato toebehoort, zodat dit goed uitgewonnen kan worden voor de schuld van Erato aan eiser tot cassatie, waaraan eiser heeft toegevoegd dat Erato JPC gebruikt om bezittingen van hem onder te brengen en deze aldus aan verhaal te onttrekken, biedt onvoldoende grondslag voor de conclusie dat eiser zich voor zijn vordering op Erato mag verhalen op onroerend goed van JPC.

M. Gipstein te Sint Maarten, Nederlandse Antillen,
eiser tot cassatie,
advocaat: Mr D. Koningen,
tegen
1. J.M. Erato te Sint Maarten, Nederlandse Antillen,
2. De rechtspersoon naar het recht van Anguilla Jean Paul

Company Ltd te Anguilla,
verweerders in cassatie,
advocaat: Mr R.S. Meijer.

1. Het geding in feitelijke instanties
Eiser tot cassatie – verder te noemen: Gipstein – heeft bij verzoekschrift van 30 september 1991 in de zaak met rolnr. 604/1991 en bij verzoekschrift van 14 januari 1992 in de zaak met rolnr. 19/1992 zich gewend tot het Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen, zittingsplaats Sint Maarten, en in beide zaken gevorderd:
- voor recht te verklaren dat alle aandelen van verweerster in cassatie sub 2 – verder aan te duiden als JPC – aan verweerder in cassatie sub 1 – verder te noemen: Erato – toebehoren en dientengevolge het onroerend goed dat op naam staat van JPC in feite aan Erato toebehoort, zodat dit goed uitgewonnen kan worden voor de onderhavige schuld van Erato aan Gipstein;
- Erato te veroordelen om aan Gipstein te betalen wegens verbeurde dwangsom men een bedrag van NAf. 1.520.000,= of een zodanig bedrag als de rechter in goede justitie meent te behoren, met wettelijke rente, en uitvoerbaar bij voorraad;
- de gelegde beslagen van waarde te verklaren.
Met een op 20 september 1993 ter griffie van dit Gerecht ingediend verzoekschrift heeft Gipstein in de zaak met rolnr. 609/1993 verzocht het op 8 september 1993 met verlof van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba ten laste van Erato en JPC gelegde conservatoir beslag op het onroerend goed Sugar Cave van waarde te verklaren.
Erato en JPC hebben de vorderingen bestreden.
Na gevoegde behandeling van de drie zaken heeft het Gerecht in Eerste Aanleg bij vonnis van 7 mei 1996 in de zaak met rolnr. 604/1991 de vordering tot vanwaardeverklaring afgewezen en de geldvordering wegens verbeurde dwangsommen ten laste van Erato toegewezen tot een bedrag van NAf. 508.333,33. In de zaak met rolnr. 19/1992 heeft het Gerecht Gipstein niet-ontvankelijk verklaard in zijn hoofdvorderingen en het op 3 januari 1992 gelegde beslag van waarde verklaard. In de zaak met rolnr. 609/1993 heeft het Gerecht het op 8 september 1993 ten laste van Erato en JPC gelegde beslag van waarde verklaard.
Gipstein heeft tegen dit vonnis onder rolnr. 452/96 hoger beroep ingesteld bij het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba en vernietiging daarvan gevorderd voor zover het de veroordeling van Erato betreft tot betaling aan Gipstein van NAf 508.333,33 en gevorderd dat het Hof, opnieuw rechtdoende, Erato zal veroordelen aan hem te betalen NAf. 1.525.000,=. Erato en JPC hebben onder rolnr. 452A/96 eveneens hoger beroep ingesteld bij dit Hof en gevorderd – met vernietiging van het bestreden vonnis – de vorderingen van Gipstein alsnog af te wijzen, althans de veroordeling tot betaling van de dwangsommen te matigen tot een bedrag als het Hof in goede justitie zal bepalen.
Het Hof heeft beide zaken gevoegd behandeld.
Bij vonnis van 13 december 1996 heeft het Hof in de zaken nrs 452/96 en 452A/96 het vonnis met rolnr. 604/1991 bevestigd, het vonnis met rolnr. 19/1992 vernie tigd, voor zover het op 3 januari 1992 ten laste van Erato en JPC gelegde conservatoir beslag op het onroerend goed Sugar Cave van waarde is verklaard en Erato en JPC zijn veroordeeld in de beslagkosten, de gevorderde vanwaardeverklaring afgewezen en dat vonnis voor het overige bevestigd. Voorts heeft het Hof het vonnis in de zaak met rolnr. 609/1993 vernietigd, voor zover het op 8 september 1993 ten laste van Erato en JPC gelegde conservatoir beslag op het onroerend goed Sugar Cave van waarde is verklaard en zij zijn veroordeeld in de proceskosten. Opnieuw rechtdoende heeft het Hof de gevorderde vanwaardeverklaring afgewezen en het vonnis voor het overige bevestigd.
(...)

3. Beoordeling van het middel
3.1 Het geschil waarover het Hof had te oordelen, betrof – voor zover in cassatie van belang – de vraag of Gipstein als schuldeiser van Erato zijn vordering tot betaling van door Erato verbeurde dwangsommen mag verhalen op een onroerend goed van de rechtspersoon JPC.
3.2 Onderdeel 1 voert aan dat het Hof ten onrechte niet heeft geoordeeld dat het in hoger beroep door Erato en JPC tegen de vordering van Gipstein gevoerde verweer was gedekt omdat dit in eerste aanleg was prijsgegeven.
Het onderdeel faalt. Het Hof heeft terecht niet aangenomen dat dit verweer was gedekt. Erato en JPC hebben in eerste aanleg wel een aantal feitelijke stellingen ingetrokken, maar hun verweer gehandhaafd in de conclusie van antwoord onder 6 en uitvoerig uitgewerkt in de conclusie van du-

pliek onder 5.1.1 tot en met 5.3.6, waarop Gipstein nog in een conclusie heeft gereageerd.
3.3 Onderdeel 2 klaagt dat het Hof ten onrechte heeft geoordeeld dat de vraag of Gipstein onroerend goed van JPC mag verkopen ter inning van zijn vordering op Erato, ontkennend moet worden beantwoord. Onderdeel 3 betoogt dat het Hof Gipstein tot bewijs had moeten toelaten.
De onderdelen zijn tevergeefs voorgesteld. Gipstein heeft ten betoge dat hij bevoegd is zich voor zijn vordering op Erato te verhalen op het aan JPC toebehorende onroerend goed 'Sugar Cave', niet meer aangevoerd dan dat alle aandelen in JPC aan Erato toebehoren en dientengevolge het onroerend goed dat op naam staat van JPC, in feite aan Erato toebehoort, zodat dit goed uitgewonnen kan worden voor de onderhavige schuld van Erato aan Gipstein, en daaraan toegevoegd dat Erato JPC gebruikt om bezittingen van hem onder te brengen en deze aldus aan verhaal te onttrekken. Deze stellingen van Gipstein bieden onvoldoende grondslag voor de conclusie dat Gipstein zich voor zijn vordering op Erato mag verhalen op onroerend goed van JPC. Het Hof heeft voormelde vraag dus terecht ontkennend beantwoord.

4. Beslissing
De Hoge Raad:
verwerpt het beroep;
veroordeelt Gipstein in de kosten van het geding in cassatie ....

NOOT

1. In dit nummer van de JOR zijn drie uitspraken opgenomen die betrekking hebben op het leerstuk van vereenzelviging. Het gaat naast de hierboven vermelde uitspraak van de Hoge Raad van 15 januari 1999 om het vonnis van de Rechtbank Utrecht van 29 april 1998 (JOR 1999/55) en het vonnis van de President van de Rechtbank Amsterdam van 7 januari 1999 (JOR 1999/56). Bij vereenzelviging wordt bij de toepassing van een bepaalde norm voorbij gegaan aan de eigen identiteit van een rechtspersoon, welke deze ontleent aan zijn vermogensrechtelijke gelijkstelling met natuurlijke personen (art. 2:5 BW). De rechtspersoonlijkheid wordt opzij geschoven teneinde bijvoorbeeld een derde, die met een BV contracteerde, de mogelijkheid te bieden om een andere natuurlijke of rechtspersoon die nauw met de BV is verbonden aan te kunnen spreken tot nakoming en/of schadevergoeding, indien de BV haar verplichtingen niet nakomt. Dit gebeurt dan door de BV en de andere (rechts)persoon als één entiteit te beschouwen en (rechts)handelingen van de één aan de ander toe te rekenen.
2. In de zaak voor de Hoge Raad heeft de heer Gipstein beslag gelegd op een onroerende zaak van de (Anguillaanse) rechtspersoon Jean Paul Company Limited voor zijn vordering tot betaling van verbeurde dwangsommen op de enig aandeelhouder van de Limited, de heer Erato. Aan zijn rechtsvordering tegenover de Limited heeft Gipstein ten grondslag gelegd dat alle aandelen in het kapitaal van de Limited aan Erato toebehoren en dat dientengevolge de onroerende zaak die op naam staat van de Limited, in feite aan Erato toebehoort. Daaraan heeft hij enkel nog toegevoegd dat Erato de Limited gebruikt om bezittingen van hem onder te brengen, om deze aldus aan het verhaal door zijn schuldeisers te onttrekken. De Limited dient daarom als 'alter ego' van Erato met de laatste te worden vereenzelvigd, aldus Gipstein. De Hoge Raad maakt korte metten met de stellingen van Gipstein. Hij acht deze stellingen – dus ook indien deze zouden worden bewezen – een onvoldoende grondslag voor de conclusie dat Gipstein zich voor zijn vordering op Erato mag verhalen op een onroerende zaak van de Limited.
3. Uit eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat hij weliswaar (ook) in het vermogensrecht het leerstuk van vereenzelviging aanvaardt, maar bij de toepassing daarvan terughoudend is. In zijn arrest van 9 juni 1995, NJ 1996, 213 (Krijger/Citco) oordeelde de Hoge Raad dat slechts onder bijzondere omstandigheden een beroep op vereenzelviging wordt gehonoreerd. In het Krijger/Citco-arrest bestonden die bijzondere omstandigheden – kort gezegd – uit schijnhandelingen tussen partijen bij een aannemingsovereenkomst om de verhaalsmogelijkheden van de bank te frustreren door deze overeenkomst op de dag van beslaglegging door de bank aan de NV op te zeggen, diezelfde dag een nieuwe overeenkomst te sluiten met een andere NV die in feite werd beheerst door de persoon die ook de eerste NV beheerste, en de werkzaamheden uit hoofde van deze overeenkomst vervolgens door de tweede NV te laten verrichten met gebruikmaking van dezelfde werknemers en dezelfde materialen. Op die wijze wordt, aldus de Hoge Raad,

misbruik gemaakt van het identiteitsverschil tussen twee door dezelfde persoon beheerste rechtspersonen. Bij toepassing van de vereenzelvigingsfiguur behoeft niet alleen te worden gedacht aan situaties waarbij misbruik wordt gemaakt van rechtspersoonlijkheid. Zie HR 26 januari 1994, NJ 1994, 545 (Interface Heuga) waarbij een vennootschap en haar afhankelijke maatschappij met elkaar worden vereenzelvigd teneinde de OR van de afhankelijke maatschappij in staat te stellen zijn adviesrecht uit te oefenen met betrekking tot het besluit van de (AvA van de) vennootschap tot het schrappen van het verzwakte structuurregime c.q. het wijzigen van haar statuten. Enerzijds werd daarbij aangeknoopt bij het begrip (mede) ondernemer in de zin van de WOR, anderzijds werd een rechtvaardiging voor vereenzelviging gevonden in de nauwe verbondenheid tussen de vennootschap en de afhankelijke maatschappij en het feit dat de structuurregeling evenals het schrappen van deze regeling bij de vennootschap doorwerkt in de onderneming van de afhankelijke maatschappij. Zie ook HR 13 december 1996, RvdW 1997, 3C (Konmar). Het betrof hier de vraag of het gebruik door de moedervennootschap van het gehuurde pand als 'eigen gebruik' in de zin van art. 7A:1631a lid 2, sub 2, BW van de dochtervennootschap (als formeel verhuurder) heeft te gelden. De Hoge Raad overwoog dat voor een vereenzelviging van een moeder- en dochtervennootschap in die zin slechts plaats kan zijn, indien op grond van alle omstandigheden – waaronder ook de statutaire doelomschrijving van de dochter – moet worden aangenomen dat het eigen belang van de dochter wordt gediend door het gebruik dat de moeder van de activa (het gehuurde) van de dochter wil gaan maken. Vereenzelvigingsaspecten spelen ook in de situatie waarbij een aandeelhouder van een derde schadevergoeding vordert wegens een waardevermindering van zijn aandelen als gevolg van een door deze derde aan de vennootschap toegebrachte schade (afgeleide schade). Zie HR 2 december 1994, NJ 1995, 288 (Poot/ABP); HR 2 mei 1997, NJ 1997, 662 (Kip/Sloetjes) en HR 12 december 1997, RvdW 1997, 255C (Klieverink). Zie ook L. Timmerman, TVVS 1998/4, p. 97–101.

4. De terughoudendheid van de Hoge Raad bij toepassing van de vereenzelvigingsfiguur blijkt uit het feit dat hij, behalve in het Krijger/Citco-arrest en het arrest Interface Heuga (en in zekere zin ook het arrest Kip/Sloetjes: voor zover hij geen bezwaar lijkt te maken tegen vergoeding van afgeleide schade), een (beroep op) vereenzelviging tot op heden niet heeft aanvaard. Voor het welslagen van een beroep op vereenzelviging wordt in elk geval onvoldoende geacht de enkele grond dat er een nauwe (maatschappelijke en economische) verwevenheid bestaat tussen de betrokken (rechts)personen, bijvoorbeeld op grond van een 100%-aandelenbelang, een personele unie of op grond van het feit dat de 100%-aandeelhouder optreedt als feitelijk leidinggever (HR 16 juni 1995, RvdW 1995, 136 C (Bato's Erf)). Onvoldoende daarvoor is ook het enkele feit dat een eenmanszaak wordt overgedragen en voortgezet door een BV, waarvan de enig bestuurder voorheen de eenmanszaak exploiteerde, ook indien van die overdracht de onroerende zaken en daarop betrekking hebbende schulden worden uitgezonderd en de BV daardoor welbewust een aansprakelijkheid voor saneringskosten ontloopt (HR 3 november 1995, RvdW 1995, 227C (Roco/Staat)). In die gevallen kan bijvoorbeeld op grond van een actie uit onrechtmatige daad, de 'actio pauliana' of – in faillissement – op grond van de art. 2:138/248 (lid 7) BW verhaal worden gezocht. Indien en voor zover mogelijk – zo lijkt het – tracht de Hoge Raad bij voorkeur langs andere weg tot een billijke oplossing te komen. Zie de 'Gaswachtarresten' (HR 19 september 1997, RvdW 1997, 173C en 174C). In deze arresten werd met een beroep op het stelsel van de Handelsnaamwet door de Hoge Raad geoordeeld dat een handelsnaam is verbonden aan de onderneming (en niet aan de rechtspersoon) en dat een tijdelijke overdracht van de onderneming, inclusief de handelsnaam, aan een zustermaatschappij teneinde een gerechtelijk verbod tot gebruik van die handelsnaam te frustreren, niet voorkomt dat dit verbod niet geldt voor de koper, noch voor de verkoper die de koper in staat stelde de onderneming voort te zetten. De Hoge Raad behoefde zich aldus niet meer uit te laten over de vraag of verkoper en koper op grond van misbruik van rechtspersoonlijkheid met elkaar zouden moeten worden vereenzelvigd.

5. In de 'lagere rechtspraak' bestaat in dit opzicht minder terughoudendheid (zie voor een overzicht: S.M. Bartman, WPNR 96/6248, p. 877, noot 3). De uitspraak van de President van de Rechtbank Amsterdam (JOR 1999/56) en de uitspraak

van de Rechtbank Utrecht (JOR 1999/55) zijn daar voorbeelden van, in die zin dat de stellingen van de eiseres direct worden geplaatst in het licht van vereenzelviging en niet (eerst) wordt aangeknoopt bij bijvoorbeeld onrechtmatige daad of paulianeus handelen. De President van de Rechtbank Amsterdam leest in de omstandigheid dat ook de BV i.o. (D. Kruisinga), die na het onbetaald laten van de facturen door de v.o.f. de onderneming van deze v.o.f. had overgenomen, in rechte werd betrokken door de crediteur van de v.o.f. primair een beroep op vereenzelviging met de v.o.f. De President knoopt vervolgens aan bij de overwegingen van de Hoge Raad in het Krijger/Citco-arrest. Nu dezelfde activiteiten worden ontplooid, hetzelfde personeel en dezelfde bedrijfsmiddelen worden gebruikt, nagenoeg dezelfde handelsnaam wordt gebruikt, D. Kruisinga een zoon van de vennoten is en nog schoolgaand is (niet werkelijk betrokken is bij de werkzaamheden) en de v.o.f. en de vennoten in financiële moeilijkheden verkeren, wordt geoordeeld dat de overname van de onderneming slechts een juridische schijnhandeling is die er alleen toe strekt vermogensbestanddelen aan het verhaal door cre diteuren van de v.o.f. te onttrekken. Volgens de President dienen de BV i.o. en de v.o.f. dan ook met elkaar te worden vereenzelvigd.

6. Naar mijn mening had in de zaak voor de President van de Rechtbank Amsterdam (evenals in de zaak voor de Utrechtse Rechtbank) niet de weg van de vereenzelviging behoeven te worden bewandeld. Zoals de President zelf oordeelt (ov. 9), handelde D. Kruisinga (ook) onrechtmatig tegenover de crediteur van de v.o.f. door te profiteren van de wanprestatie van de v.o.f. Ook in het Krijger/Citco-arrest had het mijns inziens meer voor de hand gelegen om de bedoelde schijnhandelingen simpelweg als onrechtmatig te kwalificeren (zie ook A.L. Mohr, WPNR 96/6243, p. 790). Een meer terughoudende toepassing van de vereenzelvigingsfiguur lijkt mij juist. Een zo belangrijke grondregel van het rechtspersonenrecht als verwoord in art. 2:5 BW dient slechts in zeer bijzondere situaties opzij te (kunnen) worden gezet. Voorwaarden daarvoor zijn naar mijn mening in elk geval: (a) dat er sprake is van een zodanig nauwe verbondenheid en betrokkenheid tussen de betreffende (rechts)personen dat een identiteitsverschil tussen deze (rechts)personen in feite slechts formeel bestaat (de rechtspersonen worden daadwerkelijk beheerst door dezelfde (rechts)persoon; de werkzaamheden zijn min of meer identiek; er is niet of nauwelijks sprake van gescheiden vermogens en/of gescheiden administraties; er wordt gezamenlijk briefpapier gebruikt; er wordt onder dezelfde handelsnaam gewerkt; etc.); (b) dat door het gebruik of het handhaven van het formele identiteitsverschil tussen rechtspersonen een norm wordt geschonden of gefrustreerd (bijvoorbeeld het adviesrecht van de OR of de verplichting tot nakoming van een overeenkomst); (c) dat die schending niet (ook) op andere wijze – bijvoorbeeld via een actie uit wanprestatie of onrechtmatige daad of door aanknoping bij het begrip 'onderneming' in de WOR of in de Handelsnaamwet – opgeheven kan worden; en (d) dat door een vereenzelviging van (rechts)personen niet de belangen van anderen, bijvoorbeeld crediteuren, (onevenredig) worden geschonden. Ik denk daarbij aan het geval dat een aandeelhouder afgeleide schade vordert (zie L. Timmerman, TVVS 1998/4, p. 97–101). In de hier besproken zaak voor de Hoge Raad werd door Gipstein onvoldoende gesteld. Maar ook indien hij – ik verwijs naar de overwegingen van het Hof – zou hebben gesteld en aangetoond dat Erato de hem toebehorende goederen bewust in het vermogen van de Limited heeft ondergebracht om deze aan het verhaal van zijn crediteuren te onttrekken en/of dat de Limited nauw betrokken was geweest bij de dwangsom veroorzakende handeling en had meegewerkt aan het onmogelijk maken of bemoeilijken van het verhaal op die dwangsommen, zouden deze omstandigheden mijns inziens nog niet tot een vereenzelviging van Erato en de Limited hebben kunnen leiden. Gipstein had in dat geval een beroep moeten doen op 'paulianeus handelen' van Erato of een onrechtmatig handelen van de Limited (zie hieromtrent ook A-G Hartkamp, nr. 6).

C.R. Huiskes

104

JOR 1999/104

Hoge Raad
19 maart 1999, 9092NA
(Mr. Roelvink, Mr. Korthals Altes,
Mr. Heemskerk, Mr. Van der Putt-Lauwers,
Mr. De Savornin Lohman)
(Concl. A-G Strikwerda, niet opgenomen; red.)
Noot G. van Solinge

Beslag op aandelen op naam in naamloze vennootschap. Aandelen op naam in een naamloze vennootschap bevinden zich naar het recht van de Nederlandse Antillen onder de aandeelhouder. Beslaglegging conform de algemene regels voor beslag op roerende zaken. Toepasselijk recht op beslag en uitwinning.

[BWNA art. 563; RvNA art. 591 e.v.]

Het beslag op de aandelen op naam is gelegd als een conservatoir beslag op roerende goederen onder de schuldenaar volgens art. 591 e.v. RvNA. Uit art. 563 BWNA volgt dat aandelen als de onderhavige als roerende goederen moeten worden beschouwd. Aandelen op naam in een naamloze vennootschap naar het recht van de Nederlandse Antillen bevinden zich onder de aandeelhouder, tenzij anders blijkt, ongeacht op welke plaats de aandeelbewijzen – zo deze bestaan – zich bevinden. Het ontbreken van een specifieke regeling in de wet van beslag op aandelen op naam staat niet in de weg aan de mogelijkheid daarop beslag te leggen volgens de al gemene regels voor het beslag op roerende goederen. Teneinde vervreemding of bezwaring van de aandelen na het beslag te voorkomen, kan de beslaglegger de vennootschap onverwijld van het beslag in kennis stellen. Ook kan hij, zoals in dit geval is geschied, dit aan de beslagene overleggen. Voorts kan de beslagleggende deurwaarder de beslagene tot bewaarder aanstellen. Mitsdien berust het onder IBC gelegde beslag op de wet en is het op geldige wijze gelegd als een beslag op roerende goederen onder de schuldenaar.

Het onder De Vrijer gelegde beslag op diens aandelen in de vennootschap is eveneens gelegd als een conservatoir beslag op roerende goederen onder de schuldenaar ex art. 591 e.v. RvNA. Een zodanig beslag kan worden gelegd op goederen die zich op de Nederlandse Antillen bevinden, in welk geval beslag en uitwinning geschieden volgens het recht van de Nederlandse Antillen. Beslag op aandelen op naam in een buitenlandse vennootschap kan dus in de Nederlandse Antillen geldig worden gelegd, indien die aandelen zich aldaar bevinden. De vraag waar zulke aandelen zich bevinden, moet worden beantwoord naar het recht van het land volgens welke de vennootschap is opgericht.

1. De rechtspersoon naar het recht van Vanuatu International
Banking Corporation IBC Ltd te Curaçao, Nederlandse Antillen,
2. W. de Vrijer te Curaçao, Nederlandse Antillen,
3. Stichting Michiel Foundation te Curaçao, Nederlandse
Antillen,
4. Stichting Ludewey Foundation te Curaçao, Nederlandse
Antillen,
eisers tot cassatie,
advocaat: Mr S.V. Langeveld,
tegen
D.E. Grenoble te Curaçao, Nederlandse Antillen,
verweerder in cassatie,
niet verschenen.

(...)

3. Beoordeling van de middelen
3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.
(i) Grenoble heeft in verband met zijn onder 1 vermelde en door het Hof toegewezen hoofdvordering enige conservatoire beslagen gelegd, waaronder voor zover in cassatie van belang:
- een beslag, op 31 maart 1993 gelegd onder en ten laste van IBC op 'alle aandelen in het aandelenkapitaal van de naamloze vennootschap 'International Banking Company Caribbean IBCC' N.V., welke aandelen genummerd zijn 1 tot en met 2400 en 2416 tot en met 3000, en die geregistreerd staan in het daartoe bestemde aandelenregister, waarin de beslagene een aantekening zal plaatsen met betrekking tot dit beslag en te zijner

tijd een schriftelijk bewijs zal geven van uitgegeven aandeelbewijzen.' Het beslagexploit is betekend aan De Vrijer, directeur van IBC, die als gerechtelijk bewaarder over de beslagen roerende goederen is aangesteld.
- een beslag, op 31 maart 1993 gelegd onder en ten laste van De Vrijer op 'alle aandelen die de gerequireerde voornoemd heeft in het aandelenkapitaal van de rechtspersoon 'International Banking Corporation IBC Limited', en die geregistreerd staan in het daartoe bestemde aandelenregister, waarin de beslagene een aantekening zal plaatsen met betrekking tot dit beslag en te zijner tijd een schriftelijk bewijs zal geven van uitgegeven aandeelbewijzen.' Het beslagexploit is betekend aan De Vrijer in persoon, die als gerechtelijk bewaarder over de beslagen roerende goederen is aangesteld.
(ii) Het Hof heeft deze beslagen van waarde verklaard, met uitzondering van eerstgenoemd beslag voor zover gelegd op de aandelen IBCC genummerd 2866 tot en met 3000.
(iii) IBCC is een naamloze vennootschap naar het recht van de Nederlandse Antillen.
(iv) IBC is een vennootschap naar het recht van Vanuatu (Stille Oceaan) met een in aandelen verdeeld kapitaal.
(v) Grenoble heeft voorts op 31 maart 1993 ten laste van IBC en De Vrijer conservatoir derdenbeslag gelegd onder twee banken: ING en MCB. De Stichtingen hebben als tussenkomende partijen gesteld dat de saldi op de bankrekeningen van De Vrijer bij deze banken op 26 maart 1993 aan de Stichtingen zijn overgedragen, en hebben opheffing van deze beslagen gevorderd. De Stichtingen zijn op 26 maart 1993 door De Vrijer opgericht. Zij hebben een onderhandse akte betreffende de overdracht in het geding gebracht.
3.2.1 Middel I betoogt dat het Hof het onder IBC gelegde beslag op aandelen IBCC ten onrechte van waarde heeft verklaard, omdat een beslag op aandelen op naam niet berust op de wet van de Nederlandse Antillen, althans omdat, indien zou moeten worden aangenomen dat een zodanig beslag wel berust op de wet, het niet kan worden gelegd op de wijze waarop dat in casu is geschied.
3.2.2 Het middel faalt. Het beslag is gelegd als een conservatoir beslag op roerende goederen onder de schuldenaar volgens de art. 591 e.v. RvNA. Uit art. 563 BWNA volgt dat aandelen als de onderhavige als roerende goederen moeten worden beschouwd. Aandelen op naam in een naamloze vennootschap naar het recht van de Nederlandse Antillen bevinden zich onder de aandeelhouder, tenzij anders blijkt, ongeacht op welke plaats de aandeelbewijzen – zo deze bestaan – zich bevinden. Het ontbreken van een specifieke regeling in de wet van beslag op aandelen op naam staat niet in de weg aan de mogelijkheid beslag daarop te leggen volgens de algemene regels voor het beslag op roerende goederen. Teneinde vervreemding of bezwaring van de aandelen na het beslag te voorkomen kan de beslaglegger de vennootschap onverwijld van het beslag in kennis stellen.
Ook kan hij, zoals in dit geval is geschied, dit aan de beslagene overlaten. Voorts kan de beslagleggende deurwaarder de beslagene tot bewaarder aanstellen.
Hieruit volgt dat het onder IBC gelegde beslag op de wet berust en dat het Hof terecht ervan is uitgegaan dat het beslag op geldige wijze is gelegd als een beslag op roerende goederen onder de schuldenaar.
3.3.1 Middel II betreft het onder De Vrijer gelegde beslag op diens aandelen in IBC. Het middel voert aan dat de vraag of beslag kan worden gelegd op aandelen op naam in een buitenlandse vennootschap en uitwinning daarvan kan geschieden, niet, althans niet uitsluitend moet worden beantwoord naar het recht van de Nederlandse Antillen, maar (mede) naar het recht volgens hetwelk de vennootschap is opgericht, en dat het Hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting door het onderhavige beslag zonder meer van waarde te verklaren, althans zijn vonnis niet genoegzaam met redenen heeft omkleed door het in eerste aanleg gevoerde desbe treffende verweer van De Vrijer niet te behandelen.
3.3.2 Ook dit beslag is gelegd als een conservatoir beslag op roerende goederen onder de schuldenaar volgens de art. 591 e.v. RvNA. Een zodanig beslag kan worden gelegd op goederen die zich op de Nederlandse Antillen bevinden, in welk geval beslag en uitwinning geschieden volgens het recht van de Nederlandse Antillen. Beslag op aandelen op naam in een buitenlandse vennootschap kan dus in de Nederlandse Antillen geldig worden gelegd, indien die aandelen zich aldaar bevinden. De vraag waar zulke aandelen zich bevinden, moet worden beantwoord naar het recht van het land volgens hetwelk de vennootschap is opgericht.
De Vrijer heeft in zijn conclusie van antwoord in conventie in eerste aanleg betoogd dat het beslag op de aandelen IBC niet in de Nederlandse Antil-

len, maar slechts in Vanuatu kan worden gelegd, daarbij in het midden latend waar de aandelen volgens het recht van Vanuatu moeten worden gelokaliseerd. Het Hof is aan dit betoog, waarvan de gegrondheid afhangt van de inhoud van het recht van Vanuatu, voorbijgegaan. Aldus heeft het Hof zijn vonnis onvoldoende met redenen omkleed. De motiveringsklacht van het middel is derhalve gegrond.
3.4 Middel III is gericht tegen de rov. 4.2.2 en 4.2.4, waarin het Hof de overdracht door De Vrijer van de saldi van de bankrekeningen bij ING en MCB aan de Stichtingen als paulianeus heeft aangemerkt. Het Hof heeft deze overdracht gekwalificeerd als een onverplichte rechtshandeling. Het Hof heeft daarbij overwogen dat uit de door de Stichtingen bij conclusie van antwoord overgelegde verklaring van notaris Thesseling van 8 april 1993 blijkt dat de overdracht heeft plaatsgevonden ter regeling van erfrechtelijke en daarmee verband houdende fiscale kwesties. De nadien door de Stichtingen geponeerde stelling dat de overdracht ook plaatsvond ter voldoening aan in 1991 door De Vrijer aan zijn kinderen gedane schenkingsbeloften – waarvan niet is gesteld of gebleken dat deze in een notariële akte zijn vastgelegd – heeft het Hof kennelijk niet weerhouden van zijn oordeel dat de overdracht een onverplicht verrichte rechtshandeling is. Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het is zozeer verweven met waarderingen van feitelijke aard dat het voor het overige in cassatie niet op juistheid kan worden getoetst. Het is ook niet onbegrijpelijk noch onvoldoende gemotiveerd. Het middel faalt derhalve.

4. Beslissing
De Hoge Raad:
vernietigt het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba van 12 augustus 1997;
verwijst het geding naar dat Hof ter verdere behandeling en beslissing;
veroordeelt Grenoble in de kosten van het geding in cassatie ....

NOOT

1. In deze zaak moest de Hoge Raad in cassatie oordelen over een kwestie van het internationaal privaatrecht (i.p.r.) inzake vennootschappen, gewezen in een vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie voor de Nederlandse Antillen en Aruba (hierna: Hof). Gezien de centrale rol die de Hoge Raad als cassatierechter speelt in de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid van alle delen van het Koninkrijk der Nederlanden, is het ook voor Nederlandse juristen van belang om kennis te nemen van de uitspraken gewezen over het recht van de Nederlandse Antillen en Aruba (hierna kortweg ook: Antilliaans recht). Zie daarover uitgebreid: WPNR 6356, dat geheel is gewijd aan dit onderwerp. Dit belang wordt nog groter, indien het gaat om het i.p.r. inzake vennootschappen, aangezien de Hoge Raad zelden de gelegenheid krijgt daarover te oordelen. Het Antilliaanse en het Nederlandse i.p.r. hanteren dezelfde regel voor het recht dat van toepassing is op de vennootschap (*lex societatis*): zij wordt beheerst door het recht volgens welk zij is opgericht (incorporatierecht). Dit zgn. 'incorporatiestelsel' was voor het Nederlandse recht tot 1998 kenbaar uit de Wet van 25 juli 1959 ter uitvoering van het - nooit in werking getreden - Haags Erkenningsverdrag (Trb. 1956, 131) en is thans vastgelegd in de Wet conflictenrecht corporaties (Wet van 17 december 1997, Stb. 699, i.w.tr. 1 januari 1998). In het Antilliaanse i.p.r. geldt het incorporatiestelsel op grond van de nog steeds van kracht zijnde goedkeuringswet van het eerdergenoemde Haags Erkenningverdrag (Landsverordening van 30 augustus 1960, Publikatieblad 1960, 166, i.w.tr. 10 september 1960). Zie nader: P. Vlas, Rechtspersonen, Praktijkreeks I.P.R., deel 9, 1993, nrs. 32 en 33.
2. Aan de hier te bespreken zaak lagen de volgende feiten ten grondslag. Grenoble, woonachtig te Curaçao, heeft uit hoofde van een promissory note een vordering op: *(i)* International Banking Corporation IBC Limited, een rechtspersoon naar het recht van Vanuatu (Stille Oceaan), gevestigd te Port Vila (Vanuatu) en mede gevestigd te Curaçao (hierna: IBC Ltd.), en *(ii)* De Vrijer, woonachtig te Curaçao, aandeelhouder van IBC Ltd. Ter zake van eerstgenoemde vordering heeft Grenoble conservatoir beslag gelegd onder en ten laste van IBC Ltd. op de door deze vennootschap gehouden aandelen op naam in International Banking Company Carribean IBCC N.V., een vennootschap naar Antilliaans recht (hierna: IBCC N.V.). Ter zake van de tweede vordering heeft Grenoble conservatoir beslag gelegd onder en ten laste van De Vrijer op de door De Vrijer gehouden aandelen op naam in IBC Ltd. De

eveneens gelegde conservatoire derdenbeslagen onder twee banken laat ik verder buiten beschouwing, aangezien de kwalificatie van het Hof dat de daarmee samenhangende overdrachten pauliaeus zouden zijn, wegens het feitelijke karakter in cassatie niet werd getoetst.

3. Het Antilliaanse recht kent geen expliciete wettelijke regeling van beslag op aandelen op naam. Het is op dit punt vergelijkbaar met het Nederlandse recht van vóór 1 oktober 1972, op welke datum de huidige regeling van artikel 715 j° 474c e.v. Rv. in werking is getreden (Wet van 7 september 1972, Stb. 483). Het conservatoir beslag op de aandelen op naam in de Antilliaanse vennootschap IBCC N.V. berust, ondanks het ontbreken van een wettelijke regeling, naar het oordeel van de Hoge Raad echter wél op de Antilliaanse wet. Het is namelijk gelegd als een beslag op roerende goederen onder de schuldenaar als bedoeld in artikel 591 e.v. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van de Nederlandse Antillen en Aruba (RvNA). De gedachte hierachter is dat aandelen, waaronder aandelen op naam, op grond van artikel 563 van het Antilliaanse BW door wetsbepaling als roerende goederen worden beschouwd. Het eerste middel, dat deze redenering bestreed, was voor A-G Strikwerda aanleiding om te concluderen tot vernietiging van het bestreden vonnis. De A-G wijst daarbij op de aanbeveling van zijn collega Asser, gedaan in diens conclusie voor HR 22 december 1989, NJ 1990, 311. Asser suggereerde daarin voor het Antilliaanse recht een oplossing die was geïnspireerd op de huidige Nederlandse regeling. Kortweg houdt die het volgende in. Het beslag wordt gelegd door aanzegging bij deurwaardersexploit van het beslag aan de vennootschap en verder volgens de formaliteiten van derdenbeslag naar Antilliaans procesrecht, waaronder betekening van het beslag aan de aandeelhouder/debiteur (artikel 349 e.v. RvNA). De Hoge Raad volgt deze suggestie, als gezegd, dus niet.

4. Dan nu het conservatoir beslag op de aandelen in IBC Ltd., gelegd onder en ten laste van De Vrijer, de aandeelhouder/debiteur. Het Hof oordeelde dat het beslag van waarde verklaard moest worden. Daarbij ging het Hof voorbij aan de stelling van De Vrijer in eerste aanleg dat het beslag niet in de Nederlandse Antillen kan worden gelegd, maar slechts in Vanuatu, het land volgens welk recht IBC Ltd. is opgericht. Naast een motiveringsklacht, werd hiertegen in het tweede cassatiemiddel gesteld dat de vragen of, hoe en wanneer op de aandelen (op naam) in een buitenlandse vennootschap op de Nederlandse Antillen (conservatoir) beslag gelegd kan worden, niet, althans niet uitsluitend, moeten worden beantwoord naar Antilliaans recht, maar (mede) naar het recht volgens hetwelk de vennootschap is opgericht. Voorts stelde het tweede middel dat de uitwinning van aandelen (op naam) in een buitenlandse vennootschap niet, althans niet uitsluitend, naar Antilliaans (executie)recht dient te geschieden.

5. Ten aanzien van het tweede middel stelt A-G Strikwerda dat in het internationale beslagrecht het territorialiteitsbeginsel ertoe leidt dat het recht van de plaats waar beslag gelegd wordt (*lex loci*), bepalend is voor de vraag welke rechter bevoegd is en welk recht van toepassing is (zie conclusie A-G, nr. 28-29). Wordt het beslag op de Antillen gelegd, dan is de Antilliaanse rechter bevoegd en moet hij Antilliaans recht toepassen. Deze drie factoren zijn overigens omkeerbaar in willekeurige volgorde. Aangezien in deze zaak de bevoegdheid van de Antilliaanse rechter niet is betwist, zo stelt de A-G, staat zijn bevoegdheid vast en daarmee ook de toepasselijkheid van Antilliaans recht. Voor toepassing van vreemd recht is dan geen plaats. Vgl. J.P. Verheul/M.W.C. Feteris, Rechtsmacht in het Nederlandse i.p.r., deel 2, 1986, p. 209.

6. De Hoge Raad overweegt ten aanzien van het tweede middel, gelijk als bij het eerste middel (zie punt 3 hierboven), dat het beslag is gelegd als een conservatoir beslag op roerende goederen onder de schuldenaar volgens artikel 591 e.v. RvNA. Zo'n beslag kan worden gelegd op goederen die zich op de Nederlandse Antillen bevinden, in welk geval beslag en uitwinning geschieden naar Antilliaans recht. Dan formuleert de Hoge Raad een algemene regel. *Beslag op aandelen op naam in een buitenlandse vennootschap kan in de Nederlandse Antillen geldig worden gelegd, indien die aandelen zich aldaar bevinden. De vraag waar zulke aandelen zich bevinden, moet worden beantwoord naar het recht van het land volgens hetwelk de vennootschap is opgericht*. Uiteindelijk treft de motiveringsklacht doel en vernietigt de Hoge Raad het vonnis van het Hof.

7. Bij dit arrest wil ik enkele kanttekeningen maken. Allereerst valt op dat de Hoge Raad het vonnis vernietigt op grond van het tweede middel

(de i.p.r.-vraag), terwijl de A-G concludeert tot vernietiging op grond van het eerste middel (het interne recht). Daarmee is niet gezegd dat de A-G het i.p.r.-probleem niet gezien heeft; zijn oplossing is echter een simpele en heeft de charme van de eenvoud: de rechter wiens bevoegdheid niet betwist is, past zijn eigen recht toe en houdt geen rekening met vreemd recht, zoals bijvoorbeeld het incorporatierecht van IBC Ltd. De Hoge Raad volgt de A-G in het eerste deel van de hierboven weergegeven (door mij gecursiveerde) regel, in het tweede deel haalt de Hoge Raad echter toch vreemd recht binnen. Uit het arrest volgt immers dat op de Nederlandse Antillen beslag kan worden gelegd op aandelen op naam in een buitenlandse vennootschap, indien volgens het incorporatierecht van die vennootschap de aandelen zich op de Nederlandse Antillen bevinden. Met andere woorden: de plaats van ligging van aandelen op naam wordt bepaald door het incorporatierecht. Of het Hof na de terugverwijzing door de Hoge Raad met deze regel ook in praktische zin is geholpen, zal afhangen van de inhoud van het recht van Vanuatu op dit punt. Zou het Vanuatuaanse vennootschapsrecht een bepaling kennen over de plaats van ligging van een aandeel op naam? En zo ja, hoe komt het Hof daarachter? Afgezien van deze praktische moeilijkheden, vraag ik mij af of de benadering van de Hoge Raad wel de juiste is.

8. De *lex loci* is de plaats waar het beslagen goed (zaak of vermogensrecht) zich bevindt. De vaststelling van die plaats levert geen problemen op indien het om een lichamelijk goed gaat: het beslag wordt gelegd op de plaats waar het goed zich bevindt. Betreft het bijvoorbeeld aandelen aan toonder, dan wordt het beslag gelegd op de plaats waar het papier zich bevindt (vgl. artikel 474a Rv). De vaststelling van de ligging kan problematisch zijn wanneer het een onlichamelijk goed betreft. De vraag waar een onlichamelijk goed zich bevindt, wordt in verschillende rechtsstelsels verschillend beant woord. Vgl. J.P. Verheul, Aspekten van Nederlands internationaal beslagrecht, diss. 1968, p. 19. Een bekende en beruchte i.p.r.-vraag is bijvoorbeeld waar een vordering op naam zich bevindt. Net als een vordering op naam, is een aandeel op naam een onlichamelijk goed: het is een vermogensrecht (van eigen aard), maar geen zaak. Indien aandeelbewijzen op naam zijn uitgegeven, dan verandert het karakter van het aandeel zelf niet: het blijft een recht op naam. Vgl. P. van Schilfgaarde, Van de BV en de NV, 11e druk, nr. 33. De gelijkstelling in het Antilliaanse BW van een aandeel op naam met een roerende zaak is voor het (huidige) Nederlandse recht verwarrend; in Nederland geldt het onderscheid tussen roerend en onroerend immers slechts voor zaken en niet voor vermogensrechten. Een 'roerend aandeel op naam' is naar Nederlands recht ondenkbaar, maar naar Antilliaans recht de realiteit.

9. Op grond van dit arrest moet naar intern Antilliaans recht beslag worden gelegd onder de schuldenaar/aandeelhouder van de aandelen op naam. De Hoge Raad trekt nu de regel door naar het (Antilliaanse) i.p.r.: een beslag op aandelen op naam in een buitenlandse vennootschap dat wordt gelegd onder de op de Antillen gevestigde aandeelhouder is geldig, voor zover het buitenlandse recht bepaalt dat de aandelen zich op de Antillen bevinden. Het interne Nederlandse recht kent een specifieke regeling van het beslag op aandelen op naam. Het betreft een mengvorm: het is geen echt beslag onder de schuldenaar en evenmin een echt derdenbeslag. Het beslag geldt weliswaar als een beslag onder de schuldenaar, maar het wordt bij exploit aangezegd aan de vennootschap. Zou de door de Hoge Raad geformuleerde regel van Antilliaans i.p.r. worden doorgetrokken naar het Nederlandse i.p.r., dan zou onduidelijkheid ontstaan. Stel bijvoorbeeld dat een in Nederland wonende persoon aandelen op naam houdt in een buitenlandse vennootschap. Zou dan beslag moeten worden gelegd onder de aandeelhouder (in Nederland) of onder de vennootschap (in het buitenland)? De onzekerheid zou nog groter worden doordat, nog steeds volgens de door de Hoge Raad geformuleerde regel, de vraag of de aandelen wel in Nederland (bij de aandeelhouder) zijn gelegen, moet worden beantwoord naar buitenlands recht.

10. Daarmee kom ik op een ander principieel bezwaar tegen deze uitspraak, zowel met betrekking tot het Antilliaanse als het Nederlandse i.p.r. Enerzijds stelt de Hoge Raad dat de plaats van ligging van een aandeel dat is uitgegeven door een buitenlandse vennootschap wordt bepaald door het recht dat die vennootschap beheerst (*lex societatis*). Anderzijds stelt de Hoge Raad impliciet dat de kwalificatie van het aandeel in de buitenlandse vennootschap – is het aandeel al of niet roerend? – moet worden vastgesteld door

het recht van het land waar beslag is gelegd (*lex loci*). Ik zou menen dat de Hoge Raad hier niet consequent is. Ligt het immers dan niet veel meer voor de hand dat ook de laatste kwestie wordt beheerst door het recht dat de vennootschap zelf – de emittente van het aandeel – beheerst? Wél, dunkt mij, als wordt uitgegaan van de juistheid van de eerste stelling van de Hoge Raad. Ik betwijfel echter of het juist is dat de ligging van een aandeel op naam *in het algemeen* moet worden bepaald door de *lex societatis*. Zou het gaan om de overdracht of vestiging van een zekerheidsrecht, dan staat buiten kijf dat de *lex societatis* bepaalt waar het aandeel op naam is gelegen; de goederenrechtelijke bepalingen van het incorporatierecht zullen dan moeten worden nageleefd. Zie: Vlas, a.w., nr. 295. Het gaat hier echter niet om overdracht of vestiging van een zekerheidsrecht, maar om beslag op een aandeel, dat wil zeggen: een voorlopige en bewarende maatregel. Toepassing van het recht van de bevoegde rechter die de maatregel moet nemen, komt mij dan juister voor. Naar mijn mening moet de vraag waar een aandeel op naam zich bevindt, *althans voor beslagdoeleinden*, worden bepaald door het recht van de beslagrechter (*lex fori*). Vgl. Verheul, diss., p. 19. Mijns inziens maakt het daarbij niet uit of er aandeelbewijzen zijn uitgegeven en evenmin of het om conservatoir of executoriaal beslag gaat. In het onderhavige geval had de Antilliaanse rechter dan aan de hand van zijn eigen recht met betrekking tot het beslag op de aandelen op naam in IBC Ltd. moeten bepalen of deze aandelen zich op de Antillen bevonden. Op grond van het interne Antilliaanse recht zou dan kunnen worden vastgesteld, althans voor beslagdoeleinden, dat de aandelen op naam zich onder de aandeelhouder bevinden. Vgl. r.o. 3.2.2 van de Hoge Raad.

11. De Nederlandse wet bepaalt niet waar aandelen op naam, althans voor beslagdoeleinden, zich bevinden. Verdedigbaar is dat dit de plaats is waar het aandeelhoudersregister wordt gehouden: ten kantore van de vennootschap. Dit zal meestal zijn op de plaats van de statutaire zetel, dus in Nederland. Toch lijkt mij dit geen juist aanknopingspunt, omdat daardoor de Nederlandse regeling van het aandeelhoudersregister bepaalt waar een aandeel op naam in een buitenlandse vennootschap zich bevindt. Bovendien kan er weer onduidelijkheid ontstaan, doordat een gedeelte van het aandeelhoudersregister in het buitenland kan worden gehouden (artikel 2:85 lid 4 BW). Voor het Nederlandse recht is het mijns inziens beter te kijken naar artikel 24 EEX-Verdrag (dat niet geldt voor de Antillen). Hierin is bepaald dat de rechter van een verdragsstaat bevoegd is tot het treffen van een bewarende maatregel, waaronder conservatoir beslag, zelfs indien krachtens het verdrag een andere rechter bevoegd zou zijn kennis te nemen van het bodemgeschil. Dit zgn. 'verhaalbeginsel' is een van de leidende principes in het internationale beslagrecht. Zie: Verheul, diss., p. 19. Indien nu de Nederlandse rechter op grond van artikel 24 EEX-Verdrag bevoegd is, dan past hij, volgens de door mij voorgestane benadering, zijn eigen Nederlandse recht toe voor de bepaling van de ligging van het aandeel op naam voor beslagdoeleinden. Gezien het gemengde karakter van de intern-Nederlandse regeling van het beslag op aandelen op naam betekent dit dat het beslag wordt beschouwd als een beslag onder de in Nederland wonende aandeelhouder, met aanzegging aan de buitenlandse vennootschap door middel van een deurwaardersexploit (dat volgens de daarvoor geldende i.p.r.-regels zal moeten worden betekend aan de buitenlandse vennootschap).

12. Er rest nog een punt: welk recht is van toepassing op de uitwinning van het aandeel op naam in een buitenlandse vennootschap? In het tweede cassatiemiddel werd gesteld dat uitwinning niet, althans niet uitsluitend, kan worden beheerst door Antilliaans (executie) recht. Hoewel het middel dit niet expliciet stelt, lijkt te zijn bedoeld dat de *lex societatis* mede in aanmerking moet worden genomen. De Hoge Raad voegt beslag en executie aanvankelijk samen: beslag op roerende goederen die zich op de Antillen bevinden, kan aldaar worden gelegd, waarna beslag én uitwinning geschieden naar Antilliaans recht (r.o. 3.3.2). In de algemene regel van de Hoge Raad (gecursiveerd weergegeven in punt 6 hierboven) keert de uitwinning echter niet terug. Ook de A-G besteedt in zijn conclusie hieraan geen aandacht. Om deze redenen meen ik dat aan het arrest geen algemene strekking kan worden toegekend met betrekking tot het toepasselijk recht op uitwinning van een aandeel op naam in een buitenlandse vennootschap. Overigens meen ik dat de uitwinning van een aandeel niet moet worden beheerst door de *lex loci*, maar door het recht dat de overgang van het

aandeel in het algemeen zou beheersen: de goederenrechtelijke regels van het incorporatie recht. In het interne recht is de lijn tussen (conservatoir) beslag en uitwinning een duidelijke. In het i.p.r. leidt deze band echter tot een sfeerovergang: van bewarende maatregel naar een eigendomsverschuiving, en daarmee van het recht dat het beslag beheerst naar het recht dat de vennootschap beheerst.
13. In de inleiding schreef ik dat aan uitspraken van de Hoge Raad in Antilliaanse zaken ook voor het Nederlandse recht groot belang toekomt en dat dit te meer klemt indien het een vraag van i.p.r. inzake vennootschappen betreft. Ten aanzien van het hier besproken geval moet deze stelling om twee redenen toch worden gerelativeerd. De eerste reden is gelegen in het verschil in het materiële recht op dit punt tussen het Antilliaanse en het Nederlandse recht, dat doorwerkt in het i.p.r. De tweede reden is dat de Hoge Raad voor beslagdoeleinden mijns inziens ten onrechte het incorporatierecht van de buitenlandse vennootschap laat bepalen waar het aandeel op naam zich bevindt. Hierdoor maakt de Hoge Raad de geldigheid van het beslag afhankelijk van buitenlands recht, waarmee inbreuk wordt gemaakt op het territorialiteitsbeginsel van het internationale beslagrecht.

G. van Solinge

111

JOR 2002/111

Hoge Raad
3 mei 2002, R00/110HR,
ECLI:NL:HR:2002:AD9618
(Mr. Neleman, Mr. Van der Putt-Lauwers, Mr. Aaftink, Mr. Pos, Mr. Hammerstein)
(Concl. A-G Bakels, niet opgenomen; red.)
Noot F.J.P. van den Ingh
Noot J.J. van Hees

Antilliaans recht. Borg beroept zich op ongeldigheid van managementovereenkomst en daaraan ten grondslag liggende bestuursbesluit. Borg heeft jegens hoofdschuldenaar regresvordering onder opschortende voorwaarde dat hij als borg heeft betaald. Ook schuldeiser van voorwaardelijke vordering kan in beginsel beroep doen op actio pauliana, mits voldoende concrete kans bestaat op vervulling van de voorwaarde en opeisbaar worden van de vordering én er in dat geval sprake is van benadeling. Vertegenwoordiging bij (indirect) tegenstrijdig belang ex art. 2:146 BW. Slechts vertegenwoordigde vennootschap kan nietigheid van overeenkomst wegens strijd met art. 2:146 BW inroepen. Dit geldt niet voor bestuursbesluit dat aan overeenkomst ten grondslag ligt. Nietigheid van zodanig bestuursbesluit kan door iedere belanghebbende worden ingeroepen. Vernietigbaarheid van bestuursbesluit wegens niet informeren van AvA over tegenstrijdig belang, waardoor zij niet in gelegenheid is gesteld haar aanwijzingsbevoegdheid uit te oefenen.

[BWNA art. 1858 (oud); BW art. 2:14, 2:15, 2:146, 3:45, 6:26; WvKNA art. 124; WvK art. 51 (oud)]

De borg, tevens aandeelhouder, van de vennootschap doet een beroep op ongeldigheid van een door die vennootschap gesloten managementovereenkomst en van het daaraan ten grondslag liggende bestuursbesluit.

Een borg heeft jegens de hoofdschuldenaar een regresvordering onder de opschortende voorwaarde dat hij als borg heeft betaald. Deze regel is onder meer neergelegd in het te dezen toepasselijke art. 1858 (oud) BWNA.
Aangenomen moet worden dat ook aan de schuldeiser van een vordering onder opschortende voorwaarde in beginsel een beroep op de actio pauliana toekomt. Er is geen reden de (voorwaardelijke) schuldeiser wiens schuldenaar zich aan paulianeuze handelingen schuldig maakt, niet de mogelijkheid te geven daartegen op te komen; evenals voor de onvoorwaardelijke schuldeiser is het immers ook voor hem van belang dat hij zijn verhaalspositie kan veiligstellen.
De positie van de schuldeiser, aan wiens vordering een voorwaarde is verbonden, moet worden beoordeeld aan de hand van art. 6:26 (art. 6.1.5.5) BW, dat bepaalt dat op voorwaardelijke verbintenissen de bepalingen betreffende onvoorwaardelijke verbintenissen van toepassing zijn voorzover het voorwaardelijk karakter van de betrokken verbintenis zich daartegen niet verzet. Toepassing van die regel zal er, volgens de MvA, vermoedelijk toe leiden dat een schuldeiser de bevoegdheid de actio pauliana in te roepen "wel of niet zal hebben, al naar gelang vervulling van de voorwaarde meer of minder waarschijnlijk en meer of minder nabij is".
Met het oog op de positie van de schuldenaar moet hieraan worden toegevoegd dat de schuldeiser van een voorwaardelijke vordering, bij gemotiveerde betwisting door de schuldenaar, aannemelijk dient te maken dat een voldoende concrete kans bestaat dat de voorwaarde wordt vervuld en de vordering opeisbaar wordt én dat in dat geval het verhaal wordt benadeeld door de gewraakte rechtshandeling.
De in de wet opgenomen tegenstrijdig belang-regeling (art. 124 WvKNA, gelijk aan art. 51 (oud) WvK en (vrijwel) gelijk aan art. 2:146 BW) gaat ervan uit dat het risico, voortspruitend uit de mogelijkheid dat de bestuurder bij zijn handelen – dat gericht moet zijn op het belang van de vennootschap – zijn persoonlijk belang laat prevaleren, moet worden vermeden. Onder tegenstrijdig belang moet in dit verband ook worden verstaan een indirect tegenstrijdig belang-regeling zoals zich voordoet in de onderhavige zaak, waarin een vennootschap – vertegenwoordigd door haar bestuurder – handelt met een andere vennootschap waarbij die bestuurder en directe familieleden betrokken zijn.
Op grond van de strekking van genoemde bepalingen zal in tegenstrijdig belang-situaties van het bestuur mogen worden verwacht dat het de verschillende belangen gescheiden houdt en dat het zoveel mogelijk zorgvuldigheid en openheid betracht. Indien een vennootschap, zoals in casu, geen raad van commissarissen heeft, is de AvA ingevolge art. 124, tweede zin, WvKNA (art. 2:146 BW) bevoegd om in gevallen van tegenstrijdig belang een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen. Deze bepaling is van dwingend recht. In het algemeen zal op het bestuur de plicht rusten om de AvA zo tijdig te informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang, dat zij in de gelegenheid is haar bevoegdheid uit te oefenen. Wordt nagelaten deze informatie te verschaffen, dan kan een door het bestuur in een dergelijk geval genomen besluit op vordering van iedere belanghebbende, onder wie de aandeelhouder, in rechte worden vernietigd.
Weliswaar kan slechts de vertegenwoordigde vennootschap de nietigheid van de overeenkomst inroepen op grond van veronachtzaming van een beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid als de onderhavige, maar deze regel geldt niet ten aanzien van het bestuursbesluit dat ten grondslag ligt aan de overeenkomst. De nietigheid van een zodanig bestuursbesluit kan door iedere belanghebbende worden ingeroepen.

M. da Costa Gomez-Brandao te Curaçao, Nederlandse Antillen,
eiseres tot cassatie,
advocaat: mr. J.W.H. van Wijk,
tegen
Joral Management NV te Curaçao, Nederlandse Antillen,
verweerster in cassatie,
niet verschenen.

1. Het geding in feitelijke instanties
Bij verzoekschrift gedateerd 20 april 1998 heeft eiseres tot cassatie – verder te noemen: Brandao – zich gewend tot het gerecht in eerste aanleg van de Nederlandse Antillen, zittingsplaats Curaçao (verder: het Gerecht) en gevorderd, bij vonnis, voorzover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:
a nietig te verklaren het bestuursbesluit van Sundat Curaçao N.V. waarbij is besloten tot het aangaan met verweerster in cassatie – verder te noe-

men: Joral – van de managementovereenkomst welke op 17 april 1997 schriftelijk is vastgelegd en getekend;
b voor recht te verklaren dat Sundat niet aan die overeenkomst is gebonden, althans die overeenkomst nietig te verklaren;
c Joral Management N.V. te veroordelen in de kosten van het geding.
Sundat Curaçao N.V. (hierna: Sundat) is niet verschenen. Joral Management N.V. (hierna: Joral) heeft de vordering bestreden.
Het Gerecht heeft bij vonnis van 17 mei 1999 het in Sundat genomen bestuursbesluit tot het aangaan van de managementovereenkomst van 17 april 1997 vernietigd, het management-contract vernietigd en verklaard dat Brandao daaraan niet gebonden is.
Tegen dit vonnis heeft Joral hoger beroep ingesteld bij het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba (hierna: het Hof).
Bij vonnis van 30 mei 2000 heeft het Hof, rechtdoende in hoger beroep, het tussen partijen op 17 mei 1999 gewezen vonnis vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vordering afgewezen.
(...; red.)

3. Beoordeling van de middelen
3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.
i. Brandao was op 17 april 1997 eigenares van 50% van de geplaatste aandelen in het kapitaal van Sundat.
ii. Op 17 april 1997 was Alfred John Moron, die de overige aandelen in Sundat hield, de enige directeur van Sundat. Alfred John Moron was tevens, samen met zijn zonen John Alfred Moron en Robert Anthony Moron, directeur van Joral. De zonen Moron waren op genoemd tijdstip 27 en 26 jaar oud.
Alfred John Moron is op 29 juni 1997 overleden.
iii. Een op 17 april 1997 gedateerde managementovereenkomst tussen Sundat en Joral houdt, voorzover in cassatie van belang, het volgende in:
"1.1. (Joral) zal (...) bestuurlijke en management ondersteunende administratieve diensten verlenen en het dagelijks beleid en de direktie in de door (Sundat) gedreven onderneming voeren en de dagelijkse leiding en het bestuur (...) uitoefenen in de door (Sundat) gedreven onderneming. (...).
1.2. Teneinde de activiteiten als bedoeld in 1.1 te realiseren zal (Joral) personeel beschikbaar stellen in eerste instantie de heren John Alfred Moron en Robert Anthony Moron die als procuratiehouders van (Sundat) (...) zullen fungeren en optreden in de dagelijkse gang van zaken van de door (Sundat) gedreven onderneming.
1.3. De heer Alfred John Moron is voor (Sundat) in functie als onbezoldigd statutair directeur. (...).
2.1. Deze overeenkomst wordt geacht te zijn aangegaan voor een periode van 7 (zeven) jaar vanaf 1 januari 1996 (...). De overeenkomst heeft, in verband met de omstandigheid dat de heren Alfred John Moron, John Alfred Moron en Robert Anthony Moron de facto reeds sinds januari 1996 diensten aan (Sundat) verlenen (...) financieel en boekhoudkundig effect vanaf de dag dat (Sundat) hiervoor vergoedingen heeft betaald; voor de aanvang van de termijn van deze overeenkomst geldt derhalve de datum 1 januari 1996. (...).
3.1. (Sundat) zal aan (Joral) voor de (...) te verrichten diensten het navolgende honorarium en de navolgende vergoedingen betalen:
Naf 50.000,= (...) per maand, welk bedrag jaarlijks zal worden geïndexeerd. (...)
Volledige vergoeding voor alle ten behoeve van (Sundat) gemaakte kosten (...)".
iv. Ingevolge artikel 7 lid 4 van de statuten van Sundat wordt deze vennootschap bij tegenstrijdig belang tussen de vennootschap en een directeur, vertegenwoordigd door een andere directeur, en bij gebreke van deze door een daartoe door de algemene vergadering aangewezen persoon.
v. Bij het sluiten van de managementovereenkomst werd Sundat vertegenwoordigd door haar directeur Alfred John Moron. Joral werd vertegenwoordigd door haar directeuren John Alfred Moron en Robert Anthony Moron.
vi. Brandao staat borg voor Sundat tegenover de Maduro & Curiel's Bank N.V. die Sundat financiert.
3.2. Brandao heeft gevorderd het bestuursbesluit van Sundat om de managementovereenkomst met Joral aan te gaan nietig te verklaren, en voor recht te verklaren dat Sundat niet aan die overeenkomst is gebonden, althans die overeenkomst nietig te verklaren.
Sundat is voor het Gerecht niet verschenen.
Het Gerecht heeft het aangevochten bestuursbesluit alsmede de managementovereenkomst vernietigd; het heeft Brandao niet aan die overeenkomst gebonden verklaard. Het Gerecht heeft

daartoe, samengevat weergegeven, als volgt overwogen. De managementovereenkomst kent aan de zonen Moron, van wie de ervaring benodigd voor de voor hen voorziene functies gezien hun leeftijd nog niet groot zal zijn, een uitzonderlijk hoge vergoeding toe (Naf 300.000,= per jaar per persoon). Door de hoogte van die salarissen wordt de financiële positie van Sundat geschaad: Sundat heeft in 1996 een verlies geboekt en had toen een bankschuld van ruim vijf miljoen gulden, terwijl in 1997 bovendien een belastingschuld van ruim vier miljoen gulden was ontstaan. De aangegane overeenkomst was onverplicht en benadeelde Sundat. Sundat en Joral moeten zich hiervan terdege bewust zijn geweest. Het managementcontract voldoet aan de criteria voor paulianeus handelen. Brandao kan zich op de Pauliana beroepen. De gewraakte handelingen zijn voorts in strijd met de goede trouw die de verhoudingen binnen Sundat beheerst. Brandao kan als aandeelhoudster de nietigheid van het onderhavige bestuursbesluit inroepen.

3.3. Op het hoger beroep van Joral heeft het Hof de vordering van Brandao alsnog afgewezen. Het Hof heeft daartoe, samengevat, als volgt overwogen.

Brandao komt een beroep op de actio Pauliana niet toe, omdat zij niet als schuldeiser van Sundat kan worden aangemerkt. Zij heeft zelf gesteld dat vanaf 1989 geen sprake is geweest van een besluit tot dividenduitkering. Ook de gestelde borgtocht leidt niet tot schuldeiserschap. (rov. 8)

Een beperking van de bevoegdheid tot vertegenwoordiging op grond van art. 7 lid 4 van de statuten van Sundat of art. 124 WvKNA kan slechts door de vertegenwoordigde vennootschap zelf worden ingeroepen en niet door een aandeelhouder daarvan of een borg. (rov. 9)

Voorzover Brandao haar vordering baseert op de stelling dat het besluit van de directie van Sundat en de managementovereenkomst zelf in strijd zijn met de goede zeden dan wel de goede trouw, heeft zij deze stelling onvoldoende gestaafd in het licht van het door Joral gevoerde verweer. (rov. 10)

Het Hof zal het vonnis van het Gerecht ook ten opzichte van Sundat vernietigen, omdat de aard van het geschil meebrengt dat het rechtens noodzakelijk is dat ten aanzien van zowel Sundat als Joral dezelfde beslissing wordt genomen. (rov. 12)

3.4. Middel I komt op tegen hetgeen het Hof in rov. 8 heeft overwogen. Het voert aan – samengevat weergegeven – dat het Hof heeft miskend dat Brandao als borg voor de verplichtingen van Sundat tegenover de haar financierende bank een regresvordering op Sundat onder opschortende voorwaarde had, en dat ook schuldeisers onder opschortende voorwaarde de pauliana kunnen inroepen, mits de benadeling van de (voorwaardelijke) schuldeiser voldoende concreet dreigt.

Het middel slaagt. Een borg heeft jegens de hoofdschuldenaar een regresvordering onder de opschortende voorwaarde dat hij als borg heeft betaald. Deze regel is onder meer neergelegd in het te dezen toepasselijke art. 1858 (oud) BWNA. Aangenomen moet worden dat ook aan de schuldeiser van een vordering onder opschortende voorwaarde in beginsel een beroep op de Pauliana toekomt. Er is geen reden de (voorwaardelijke) schuldeiser wiens schuldenaar zich aan paulianeuze handelingen schuldig maakt, niet de mogelijkheid te geven daartegen op te komen; evenals voor de onvoorwaardelijke schuldeiser is het immers ook voor hem van belang dat hij zijn verhaalspositie kan veiligstellen. Bij de totstandkoming van art. 3:45 BW is in de MvA II opgemerkt dat de positie van de schuldeiser aan wiens vordering een voorwaarde is verbonden, beoordeeld zal moeten worden aan de hand van art. 6:26 (art. 6.1.5.5), dat bepaalt dat op voorwaardelijke verbintenissen de bepalingen betreffende onvoorwaardelijke verbintenissen van toepassing zijn voorzover het voorwaardelijk karakter van de betrokken verbintenis zich daartegen niet verzet. De MvA merkt vervolgens op dat toepassing van die regel er vermoedelijk toe zal leiden dat een schuldeiser de bevoegdheid de pauliana in te roepen "wel of niet zal hebben, al naar gelang vervulling van de voorwaarde meer of minder waarschijnlijk en meer of minder nabij is" (Parl. Gesch. Boek 3, blz. 219). In de onderhavige zaak is art. 1358 (oud) BWNA nog van toepassing, maar voor de beantwoording van de vraag die door het middel wordt gesteld, maakt dat geen verschil.

Aan het voorgaande moet worden toegevoegd – met het oog op de positie van de schuldenaar – dat de schuldeiser van een voorwaardelijke vordering bij gemotiveerde betwisting door de schuldenaar, aannemelijk dient te maken dat een voldoende concrete kans bestaat dat de voorwaarde wordt vervuld en de vordering opeisbaar wordt en dat in dat geval, het verhaal wordt benadeeld door de gewraakte rechtshandeling.

3.5.1. De onderdelen II 1–II 5 hebben betrekking op het onderhavige bestuursbesluit, waarvan

Brandao in deze procedure de nietigheid heeft ingeroepen, omdat daarbij sprake zou zijn van een tegenstrijdig belang tussen de directeur Alfred John Moron van Sundat en diens zonen en Sundat; zij keren zich tegen rov. 9 van het Hof.
3.5.2. Bij de behandeling van de onderdelen moet het volgende worden vooropgesteld. De in de wet opgenomen tegenstrijdig-belangregeling (art. 124 WvKNA, gelijk aan art. 51 (oud) K. en (vrijwel) gelijk aan art. 2:146 BW) gaat ervan uit dat het risico, voortspruitend uit de mogelijkheid dat de bestuurder bij zijn handelen, dat gericht moet zijn op het belang van de vennootschap, zijn persoonlijk belang laat prevaleren, moet worden vermeden. Onder tegenstrijdig belang moet in dit verband ook worden verstaan een indirect tegenstrijdig belang zoals zich voordoet in de onderhavige zaak, waarin een vennootschap, vertegenwoordigd door haar bestuurder, handelt met een vennootschap waarbij die bestuurder en directe familieleden (in het onderhavige geval de zonen) betrokken zijn.
Op grond van de strekking van genoemde bepalingen zal in tegenstrijdigbelangsituaties van het bestuur mogen worden verwacht dat het de verschillende belangen gescheiden houdt en dat het zo veel mogelijk zorgvuldigheid en openheid betracht. Indien een vennootschap, zoals in het onderhavige geval Sundat, geen raad van commissarissen heeft, is de algemene vergadering van aandeelhouders ingevolge de tweede volzin van art. 124 WvKNA (art. 2:146 BW) bevoegd om in gevallen van tegenstrijdig belang een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen. Deze bepaling is van dwingend recht. Gezien de reeds gereleveerde strekking van genoemde bepalingen, zal in het algemeen op het bestuur de plicht rusten om de algemene vergadering zo tijdig te informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang, dat zij in de gelegenheid is haar bevoegdheid uit te oefenen. Wordt nagelaten deze informatie te verschaffen, dan kan een door het bestuur in een dergelijk geval genomen besluit op vordering van iedere belanghebbende, onder wie de aandeelhouder, in rechte worden vernietigd.
3.5.3. De onderdelen II 1 en II 2 lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Zij betogen terecht dat het Hof bij de beoordeling van de vordering onvoldoende onderscheid heeft gemaakt tussen enerzijds de vordering met betrekking tot het bestuursbesluit en anderzijds die met betrekking tot de gesloten overeenkomst. Weliswaar kan slechts de vertegenwoordigde vennootschap de nietigheid van de overeenkomst inroepen op grond van veronachtzaming van een beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid als de onderhavige, maar deze regel geldt niet ten aanzien van het bestuursbesluit dat ten grondslag ligt aan de overeenkomst. De nietigheid van een zodanig bestuursbesluit kan door iedere belanghebbende worden ingeroepen. Het Hof had dan ook dienen te onderzoeken of de door Brandao, aandeelhoudster van Sundat, gestelde tegenstrijdigheid tussen het belang van bestuurdr Alfred John Moron (en diens zonen) en het belang van Sundat zich voordeed.
De onderdelen slagen. De klachten van de onderdelen II 3–II 5 behoeven na het voorgaande geen behandeling meer.
3.5.4. Onderdeel II 6 is gericht tegen de verwerping door het Hof in rov. 10 van de stelling van Brandao dat de managementovereenkomst en het bestuursbesluit strijdig zijn met de goede zeden, respectievelijk de goede trouw.
In eerste aanleg heeft Joral gesteld dat de managementovereenkomst een formalisering was van een reeds bestaande situatie. Door Brandao is dit echter expliciet bestreden; zo heeft zij gesteld dat de overeenkomst erop was gericht om in het vooruitzicht van het overlijden van Alfred John Moron, nog meer geld uit Sundat te halen, dat het opnemen van terugwerkende kracht diende om de overeenkomst geloofwaardig te maken, dat het toegekende salaris excessief was en gezien de financiële positie van Sundat niet te verantwoorden. 's Hofs oordeel in rov. 10 dat Brandao de stelling van Joral niet gemotiveerd heeft betwist, is dan ook onbegrijpelijk. De desbetreffende klacht slaagt.
Ook de klacht dat het Hof ten onrechte het aanbod van Brandao heeft gepasseerd om te bewijzen dat de financiële situatie van Sundat ten tijde van het aangaan van de managementovereenkomst deplorabel was, is terecht voorgesteld, nu het hier een tussen partijen betwiste stelling betreft die voor de beoordeling van het door Brandao gevorderde van belang kan zijn.
Na het voorgaande behoeven de overige klachten van het onderdeel geen bespreking meer.
3.6. Middel III komt op tegen 's Hofs in rov. 12 neergelegde oordeel.
Onderdeel III 2 betoogt dat het Hof niet *ambtshalve* had mogen oordelen dat de aard van het onderhavige geschil meebrengt dat het rechtens

noodzakelijk is dat ten aanzien van zowel Sundat als Joral dezelfde beslissing wordt genomen. Het onderdeel faalt. Wanneer een van de partijen die in eerste aanleg aan dezelfde zijde stonden in hoger beroep gaat, dient de rechter in hoger beroep, indien sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding, aan zijn uitspraak ook gelding te verlenen ten opzichte van de niet in beroep gekomen partij. Dit vloeit voort uit de bevoegdheid van een in eerste aanleg in het ongelijk gestelde partij om gebruik te maken van de mogelijkheid tot een hogere voorziening, ongeacht de houding van haar mede-partij (HR 5 januari 1962, NJ 1962, 141).
Onderdeel III 1 betoogt dat, anders dan het Hof heeft geoordeeld, het rechtens niet noodzakelijk is dat in het onderhavige geding ten aanzien van Sundat en Joral dezelfde beslissingen worden genomen. Het middel voert met name aan dat de twee door Brandao ingestelde vorderingen (de vordering tot nietigverklaring van het onderhavige bestuursbesluit enerzijds en de vordering tot verklaring voor recht dat Sundat niet is gebonden aan de managementovereenkomst, althans tot nietigverklaring van die overeenkomst anderzijds) deels zijn gebaseerd op verschillende grondslagen. Het wijst er voorts op dat sprake is van verschillende rechtsverhoudingen: die tussen Brandao en Sundat en die tussen Sundat en Joral.
Het onderdeel slaagt. De door Brandao ingestelde vordering tot vernietiging van het bestuursbesluit betreft een interne vennootschapsrechtelijke aangelegenheid van Sundat, die kan worden onderscheiden van de rechtsverhouding tussen Sundat en Joral. Het is dan ook rechtens niet noodzakelijk dat de beslissing met betrekking tot het bestuursbesluit ten aanzien van Sundat en Joral in dezelfde zin luidt. Het Hof had de beslissing van het Gerecht met betrekking tot het bestuursbesluit ten aanzien van Sundat in stand moeten laten.

4. Beslissing
De Hoge Raad:
vernietigt het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba van 30 mei 2000;
verwijst het geding naar dat Hof ter verdere behandeling en beslissing;
veroordeelt Joral in de kosten van het geding in cassatie. (... *red.*).

NOOT

1. In dit arrest van de Hoge Raad komt een aantal interessante kwesties aan de orde. Ik beperk mij hier tot de overwegingen 3.5.2. en 3.5.3., die betrekking hebben op de problematiek van het tegenstrijdig belang. Zie voor een aantal andere kwesties de hierna opgenomen noot van Van Hees.
Kort gezegd ging het in deze zaak om het volgende. De Antilliaanse vennootschap Sundat NV sluit een managementovereenkomst met Joral NV. De aandelen in laatstgenoemde vennootschap zijn volledig in handen van vader Moron en twee zonen. Deze vader houdt daarnaast de helft van de aandelen in Sundat NV. De andere helft is in handen van Brandao, de eiseres in deze procedure. Bestuurlijk is de situatie als volgt: de vader is enig bestuurder van Sundat NV en met zijn twee zonen vormt hij het bestuur van Joral NV. Beide vennootschappen zijn tot op zekere hoogte concurrenten van elkaar. Bij het sluiten van de managementovereenkomst werd Sundat vertegenwoordigd door de vader, terwijl Joral werd vertegenwoordigd door de twee zonen. Mede-aandeelhoudster in Sundat, Brandao, die zich tegenover een bank borg heeft gesteld voor Sundat, vordert in rechte vernietiging van het besluit van deze vennootschap om de managementovereenkomst aan te gaan. Daarnaast vordert zij een verklaring voor recht dat Sundat niet aan deze overeen-komst is gebonden. In eerste instantie worden deze vorderingen toegewezen, doch in hoger beroep wordt anders geoordeeld.
2. Hoewel het hier om een Antilliaanse zaak gaat, is het arrest van de Hoge Raad ook voor Nederlandse vennootschappen van belang. De tekst van de Antilliaanse regeling inzake tegenstrijdig belang is namelijk vrijwel gelijk aan ons art. 2:146 (256) BW. De Hoge Raad stelt in rov. 3.5.2. voorop dat deze regeling tot strekking heeft dat het risico moet worden vermeden dat een bestuurder zijn persoonlijk belang laat overwegen boven het vennootschappelijk belang, waarop zijn handelen (in die hoedanigheid) moet zijn gericht. In de zaak Mediasafe (HR 22 maart 1996, «JOR» 1996/45, m.nt. I en NJ 1996, 568, m.nt. Ma) heeft het hof in dit verband overwogen dat de wettelijke regeling wil voorkomen dat de weging van deze belangen zou geschieden door de besmette

bestuurder. Dat geldt ook in gevallen waarin evident is dat de vennootschap geen nadeel zal lijden. Zie ook de conclusie van A-G Bakels, nr. 2.10.
Een tweede punt dat de Hoge Raad in deze overweging voorop stelt, is dat de regeling ook ziet op gevallen van indirect tegenstrijdig belang, waarin de wederpartij een vennootschap is, waarbij de bestuurder en directe familieleden betrokken zijn. Het door mij gecursiveerde woord "betrokken", dat Van der Grinten ook bezigt in het Handboek, nr. 278, roept de vraag op waaruit die betrokkenheid kan bestaan. In casu ligt die in de combinatie van de hoedanigheden van aandeelhouder en bestuurder, maar ook andere vormen van betrokkenheid, zoals een contractuele, kunnen mijns inziens relevant zijn. Deze opvatting van de Hoge Raad sluit aan bij voornoemde Mediasafe-zaak. Hierin geeft hij onder verwijzing naar de bewoordingen ("in alle gevallen") en de strekking van de wettelijke bepaling aan dat ook bij handelingen met een derde zich een tegenstrijdig belang kan voordoen. Ik neem overigens aan dat de Hoge Raad met dit tweede uitgangspunt niet beoogt andere vormen van tegenstrijdig belang, zoals het kwalitatief tegenstrijdig belang, uit te sluiten. Vgl. Asser-Maeijer 2-III, nr. 295.
3. De zojuist besproken verbreding is ook van belang uit een oogpunt van besluitvorming, in feite een meer cruciale fase dan die van de vertegenwoordiging. In de enquêtejurisprudentie is in dit verband een aantal spelregels ontwikkeld: Zie OK 26 mei 1983, NJ 1984, 481, m.nt. Ma (Linders-Hofstee), OK 3 december 1987, De NV 66, p. 78 e.v. (Ogem) en OK 26 september 1991, NJ 1992, 310 (VHS). Zie voor een samenvatting van deze rechtspraak De NV 72, p. 18 e.v. en over de vraag of de besmette bestuurder mag deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming WPNR 6311 (1998). Een deel van deze normen, te weten het gescheiden houden van belangen en het betrachten van openheid en zorgvuldigheid, duikt ook in het onderhavige arrest op. De Hoge Raad overweegt dat deze spelregels volgen uit de strekking van art. 2:146 (256) BW. Asser-Maeijer 2-III, nr. 297, is mijns inziens terecht van oordeel dat deze procedurele normen voortvloeien uit art. 2:8 BW. Deze benadering is aantrekkelijker, omdat de kring van art. 2:8 BW ruimer is dan die van art. 2:146 (256) BW en omdat art. 2:8 BW een ruimere uitleg van het begrip tegenstrijdig belang toelaat. Verder kan uit deze overweging worden afgeleid dat de bestuurs- of beslissingsbevoegdheid bij het bestuur blijft en dus niet overgaat naar bijzondere vertegenwoordigers. Maar die kunnen bij in hun ogen onverantwoorde besluitvorming wel dwars gaan liggen/door het besluit niet uit te voeren. Zie ook de conclusie, nr. 2.17.
4. Aandacht verdient ook de passage dat indien een vennootschap geen raad van commissarissen heeft, de AvA ingevolge de tweede volzin van art. 2:146 BW bevoegd is een bijzonder vertegenwoordiger aan te wijzen. Deze passage sluit aan bij nr. 2.11. van de conclusie. Deze zienswijze is in strijd met de tekst van bedoelde volzin en de wetsgeschiedenis, waarin ter toelichting op de aanwijsbevoegdheid wordt gewezen op het gevaar dat tussen bestuurders en commissarissen zodanige vriendschapsbanden bestaan, dat de RvC onvoldoende tegenwicht biedt. Afwezigheid van een RvC is dus geen voorwaarde voor deze aanwijsbevoegdheid.
De Hoge Raad overweegt in dit verband dat meergenoemde strekking voor het bestuur de plicht meebrengt de AvA zo tijdig te informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang, dat dit orgaan de gelegenheid heeft haar bevoegdheid uit te oefenen. Ik acht deze grondslag met Van Schilfgaarde, Van de BV en de NV, nr. 69, juist. Anders Asser-Maeijer 2-III, nr. 296, die ook hier terugvalt op art. 2:8 BW.
5. Vervolgens komt de vraag aan de orde wat de gevolgen zijn van het niet (tijdig) informeren van de AvA. Aan het slot van rov. 3.5.2. overweegt de Hoge Raad dat het bestuursbesluit op vordering van iedere belanghebbende, onder wie de aandeelhouder, in rechte kan worden vernietigd. Aldus ook Dorresteijn, TVVS 1990/40. Ik acht dit niet juist, omdat deze informatieplicht mijns inziens pas ontstaat, nadat het bestuursbesluit is genomen.
6. Ten slotte wijs ik nog op rov. 3.5.3. Hierin overweegt de Hoge Raad dat slechts de vennootschap de nietigheid kan inroepen wegens het ontbreken van vertegenwoordigingsbevoegdheid. Deze overweging vertoont overeenstemming met de laatste zin van lid 3 van art. 2:130 (240) BW, waarbij ik het inroepen van de nietigheid opvat als een beroep op niet-gebondenheid aan de overeenkomst. Sinds de tweede uitspraak van de Hoge Raad in de zaak Mediasafe (HR 11 september 1998, «JOR» 1998/146, m.nt. I en NJ

1999, 171, m.nt. Ma) staat overigens vast dat dit beroep op vertegenwoordigingsonbevoegdheid evenwel alleen externe werking heeft als de tegenstrijdigheid aan de wederpartij bekend was dan wel bekend had behoren te zijn.

F.J.P. van den Ingh

NOOT

1. In deze noot beperk ik mij tot enkele opmerkingen naar aanleiding van het oordeel van de Hoge Raad in deze zaak over de mogelijkheid voor een borg om met een beroep op de actio pauliana rechtshandelingen aan te tasten van degene voor wie hij zich borg heeft gesteld. Alhoewel het aan de Hoge Raad voorgelegde geschil betrekking had op het (oude) Antilliaanse recht, valt uit het arrest af te leiden dat de overwegingen van de Hoge Raad evenzeer van belang zijn voor het Nederlandse recht.
2. Een borg die het uit hoofde van zijn borgtocht verschuldigde aan de schuldeiser voldoet, heeft regres op zijn schuldenaar (vgl. art. 7:866 BW). Tegen deze regresvordering kan op twee manieren worden aangekeken: men beschouwt haar óf als een van de aanvang van de borgtocht af bestaande vordering onder opschortende voorwaarde van voldoening door de borg aan de schuldeiser, óf als een (mogelijk) toekomstige vordering die eerst ontstaat indien en op het moment dat de voldoening plaatsvindt. In het eerste geval is de borg gedurende de gehele looptijd van de borgtocht (voorwaardelijk) schuldeiser van de schuldenaar, in het tweede geval verkrijgt hij de status van schuldeiser pas op het moment dat hij onder de borgtocht betaalt. Het onderscheid, alhoewel ogenschijnlijk subtiel, is van belang voor alle gevallen waarin de wet aan het zijn van schuldeiser gevolgen verbindt (zoals bij de actio pauliana), alsmede voor de vraag wanneer beschikkingshandelingen over de regresvordering effect krijgen (zie daarover uitvoerig: Verhagen en Rongen, Cessie, Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 2000, hfdst. 3 en 4).
3. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad viel af te leiden dat deze de eerste opvatting was toegedaan (zie HR 12 november 1903, W. 7986, HR 8 november 1974, NJ 1975, 268 en HR 3 juni 1994, NJ 1995, 340). In de recente literatuur is (krachtig) gepleit voor de tweede opvatting (zie: Faber, NTBR 1995, blz. 35-40, H.J. Snijders in zijn noot onder NJ 1995, 342, onder 2., en Loesberg, in: *Onderneming en effecten*, Serie Onderneming en Recht deel 13, blz. 532/533).
4. Deze pleidooien hebben geen gehoor gevonden bij de Hoge Raad. In r.o. 3.4. overweegt de Hoge Raad, in navolging van A-G Bakels (conclusie sub 2.4), zonder omhaal dat een borg een regresvordering heeft ``onder de opschortende voorwaarde dat hij als borg heeft betaald''. Vervolgens overweegt hij, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van art. 3:45 BW, dat er geen reden bestaat een voorwaardelijk schuldeiser niet de mogelijkheid te geven op te komen tegen paulianeuze handelingen van zijn schuldenaar. Wel legt de Hoge Raad de schuldeiser met een voorwaardelijke vordering in zoverre een beperking op dat deze, bij gemotiveerde betwisting door de schuldenaar, aannemelijk dient te maken dat (i) ``een voldoende concrete kans'' bestaat dat de voorwaarde wordt vervuld en (ii) dat in dat geval het verhaal wordt benadeeld door de gewraakte rechtshandeling.
5. Deze laatste overweging vormt een nuancering op de bestaande jurisprudentie over het benadelingvereiste bij de actio pauliana. Volgens inmiddels vaste rechtspraak is het voldoende, maar ook vereist, dat de benadeling aanwezig is op het moment dat de rechter over het beroep op de pauliana beslist (HR 22 september 1995, NJ 1996, 706 (Ravast/Ontvanger) en HR 19 oktober 2001, «JOR» 2001/269 (Diepstraten/Gilhuis q.q.)). Uit de onderhavige uitspraak volgt echter dat, indien de pauliana wordt ingeroepen door een schuldeiser met een vordering onder opschortende voorwaarde, de rechter zich een oordeel dient te vormen over de vraag of de benadeling zich zal voordoen op een later gelegen tijdstip: het moment waarop de voorwaarde (vermoedelijk) in vervulling zal gaan.
6. Met deze beslissing van de Hoge Raad staat vast dat aan een schuldeiser met een voorwaardelijke vordering thans in beginsel dezelfde middelen ter bescherming van zijn verhaalsmogelijkheden ten dienste staan als aan een schuldeiser met een ``volwaardige'' vordering. Uit art. 704 Rv kon reeds worden afgeleid dat voor een voorwaardelijke vordering conservatoir beslag kan worden gelegd (vgl. de MvT bij dit artikel, blz. 114 en Mijnssen, Materieel beslagrecht, Studiepockets privaatrecht, blz. 27). De vraag in hoeverre er een ``voldoende concrete kans'' op vervul-

ling van de voorwaarde bestaat, zal daar in het algemeen worden beslist door de voorzieningenrechter in het kader van een kort geding tot opheffing van het beslag (vgl. art. 705 Rv).
7. De actio pauliana beschermt naar zijn aard slechts de verhaalsbelangen van degene die hem inroept. De vernietiging van de aangetaste rechtshandeling werkt slechts ten opzichte van de desbetreffende schuldeiser, in dit geval de borg. Deze kan de handeling bij zijn verhaalsuitoefening negeren, ten opzichte van anderen (waaronder de schuldenaar en de betrokken derde) blijft de rechtshandeling overigens in beginsel in stand (vgl. art. 3:45 lid 4 BW en Asser-Hartkamp 4-II, nr. 450). In het onderhavige geval betekent dit dat de reeds betaalde vergoedingen aan de betrokken derde (Joral) - voorzover zij daadwerkelijk tot benadeling hebben geleid, d.i. buitensporig zijn - ten opzichte van de borg als onverschuldigd betaald zullen moeten worden aangemerkt. De borg zal zich door het leggen van beslag onder Joral op de daaruit ontstane terugbetalingsverplichting kunnen verhalen. Tevens zou ik willen aannemen dat de vernietiging verhindert dat nieuwe vergoedingen - eveneens voorzover deze buitensporig zijn - aan Joral worden voldaan. Mocht het echter niet tot verhaalsuitoefening van de borg komen, bijvoorbeeld omdat de opschortende voorwaarde niet in vervulling treedt, dan verhindert de actio pauliana niet dat de managementovereenkomst zijn volledige werking behoudt. Dat gevolg lijkt niet geheel te stroken met het oogmerk van de borg in deze zaak.

J.J. van Hees

159

JOR 2003/159

Gemeenschappelijk Hof van Justitie
25 februari 2003, KG 286/2001-H-140/2002
(Mr. Mezas, Mr. Van Gijn, Mr. Tillema)
Noot C.J. Groffen

Antilliaanse zaak. Rechtsgevolgen van handelen namens op te richten vennootschap. Interne besluitvorming geen door derde afdwingbare rechtshandeling. Opgewekte verwachting dat zowel arbeidsrechtelijke als statutaire aanstelling bij op te richten vennootschap zou worden verkregen. In kort geding geen beoordeling van schadeplichtigheid wegens niet nakoming daarvan.

Het recht van de Nederlandse Antillen op het punt van de gevolgen die moeten worden toegekend aan het handelen namens een op te richten vennootschap wijkt af van het Nederlandse recht. Indien geïntimeerde inderdaad aan appellant een arbeidsovereenkomst bij de op te richten NV heeft aangeboden en deze overeenkomst door de nadien opgerichte NV niet gestand wordt gedaan, leidt dit niet tot de gevolgtrekking dat geïntimeerde zelf dient na te komen, maar hooguit dat geïntimeerde appellant bij wege van schadevergoeding dient te compenseren voor de negatieve gevolgen van het niet bekrachtigen door de opgerichte NV van de gestelde overeenkomst.
Aannemelijk is dat aanvankelijk in de bedoeling lag dat de NV zou worden opgericht door geïntimeerde en dat appellant, naast een statutaire benoeming tot directeur, tevens op grond van een arbeidsovereenkomst als directeur van de NV werkzaam zou zijn. De interne besluitvorming dienaangaande brengt nog niet mee dat jegens appellant reeds sprake was van een rechtshandeling namens de op te richten NV. Van een door geïntimeerde met appellant namens de op te richten NV gesloten arbeidsovereenkomst in een periode dat voor geïntimeerde reeds duidelijk had moeten zijn dat niet zij maar een andere vennootschap de beoogde vennootschap zou oprichten en

de aandelen zou houden, kan voorshands niet worden uitgegaan.
Geïntimeerde heeft bij appellant verwachtingen gewekt dat hij naast een statutaire tevens een arbeidsrechtelijke aanstelling zou krijgen als directeur van de op te richten NV. De vraag of geïntimeerde schadeplichtig is jegens appellant nu geen arbeidsrechtelijke aanstelling is gevolgd, leent zich niet voor beantwoording in dit kort geding. In dat verband speelt een rol of appellant er, ook na de oprichting van de NV door de andere vennootschap in plaats van geïntimeerde, nog steeds van uit heeft mogen gaan dat zijn verwachtingen zouden worden gehonoreerd.

Ch.D.A. Isidora te Curaçao,
appellant,
gemachtigde: mr. drs. R.E. Blaauw,
tegen
het land de Nederlandse Antillen te Curaçao,
geïntimeerde,
gemachtigden: mrs. M.F. Bonapart en M. Liem.

1. Het verloop van de procedure.
1.1. Voor hetgeen in eerste aanleg is gesteld en gevorderd, voor de procesgang aldaar en voor de overwegingen en beslissingen van het Gerecht in eerste aanleg van de Nederlandse Antillen, zittingsplaats Curaçao, wordt verwezen naar het tussen partijen in deze zaak gewezen en op 3 januari 2002 uitgesproken vonnis. (...; *red.*)
1.2. Isidora is bij een op 17 januari 2002 ingediende appelakte in hoger beroep gekomen van voormeld vonnis. Bij afzonderlijke memorie van grieven heeft hij vijf grieven tegen dat vonnis geformuleerd en toegelicht en geconcludeerd dat het Hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en, opnieuw rechtdoende, op grond van de gewijzigde vorderingen zijn vorderingen toe zal wijzen, met veroordeling van het Land in de kosten van beide instanties.
1.3. Bij memorie van antwoord heeft het Land de grieven bestreden en geconcludeerd dat het Hof de gewijzigde vordering niet-ontvankelijk zal verklaren dan wel de (ook de gewijzigde) vordering van Isidora jegens het Land af zal wijzen.
1.4. Op de voor pleidooi bepaalde dag hebben partijen pleitnotities overgelegd en vonnis gevraagd. Uitspraak is bepaald op heden.

2. De grieven
Voor de grieven wordt verwezen naar de memorie van grieven. Het Hof leest de opschriften "*grief VI*" en "*grief VII*" als respectievelijk "*grief IV*" en "*grief V*".

3. Beoordeling van het appel.
3.1. In hoger beroep heeft Isidora zijn eis gewijzigd, in die zin dat deze thans luidt – kort weergegeven – dat het Hof het Land zal veroordelen primair tot nakoming van de arbeidsovereenkomst en tot loonbetaling met wettelijke verhoging, subsidiair tot schadevergoeding door uitkering van een bedrag gelijk aan het toegezegde salaris, inclusief emolumenten, en meer subsidiair tot betaling van een voorschot op de schade ad Nafl. 100.000,=, een en ander met proceskostenveroordeling. Het Land heeft de gewijzigde eis inhoudelijk bestreden, maar zich niet tegen eiswijziging verzet. Het Hof zal recht doen op de gewijzigde eis.
3.2. De procedure in hoger beroep richt zich uitsluitend tegen het Land, niet, zoals in eerste aanleg, tevens tegen Post NA N.V. en Postspaarbank N.V. (hierna: PSB N.V.).
3.3. Isidora heeft zich in appèl beroepen op een rapport van de Algemene Rekenkamer van 19 december 2001. De inhoud van dit rapport is voor hem aanleiding geweest zijn eis te wijzigen in bovenvermelde zin. Aan zijn primaire vordering legt Isidora ten grondslag dat hem door het Land een arbeidsovereenkomst met PSB N.V. is aangeboden en dat het Land, nu PSB N.V. na haar oprichting de overeenkomst niet gestand doet, jegens hem voor nakoming hoofdelijk aansprakelijk is.
3.4. Voor zover Isidora aanvoert dat het Land bij het aanbieden van de gestelde arbeidsovereenkomst (tevens) beoogde namens zichzelf te handelen, wordt deze stelling verworpen. Niet kan worden aangenomen dat het Land zichzelf wilde binden, nu alles uitsluitend zag op de situatie na oprichting van de N.V.
3.5. De overige aan de primaire vordering ten grondslag liggende stellingen leiden, indien juist, niet tot de gevolgtrekking dat het Land zelf dient na te komen (als ware het Land partij), maar hooguit dat het Land Isidora bij wege van schadevergoeding dient te compenseren voor de negatieve gevolgen van het niet bekrachtigen door PSB N.V. van de gestelde overeenkomst. Het Hof merkt op dat het recht hier te lande op het punt van de gevolgen die moeten worden toegekend

aan het handelen namens een op te richten vennootschap afwijkt van het Nederlandse recht. De primaire vordering is derhalve niet toewijsbaar.
3.6. Met betrekking tot het handelen van het Land voorafgaand aan de oprichting van PSB N.V. acht het Hof aannemelijk dat, zoals Isidora stelt, aanvankelijk in de bedoeling lag dat PSB N.V. zou worden opgericht door het Land en dat Isidora, naast een statutaire benoeming tot directeur, tevens op grond van arbeidsovereenkomst als directeur van PSB N.V. werkzaam zou zijn. Het Hof acht hiervoor aanwijzingen gelegen in de brief van de Bank van de Nederlandse Antillen van 20 oktober 2000 en de daarop gestelde notitie van de Minister President, in samenhang bezien. Deze interne besluitvorming brengt op zichzelf nog niet mee dat jegens Isidora al sprake was van een rechtshandeling namens een op te richten vennootschap. Ook de door Isidora gestelde mondelinge contacten met de ministers Adriaens en Bulo voorafgaand aan de oprichting van PSB N.V. kunnen naar het voorshands oordeel van het Hof niet als zodanig worden gekwalificeerd. Weliswaar acht het Hof aannemelijk dat arbeidsvoorwaarden zijn besproken, maar, gelet op de betwisting door het Land, staat in dit kort geding onvoldoende vast dat deze besprekingen het stadium van onderhandelingen reeds waren ontstegen en met name niet dat reeds volledige wilsovereenstemming was bereikt. Van een door het Land met Isidora namens de op te richten PSB N.V. gesloten arbeidsovereenkomst in een periode dat het het Land reeds duidelijk had moeten zijn dat niet het Land maar Post NA N.V. de beoogde vennootschap zou oprichten en de aandelen zou houden kan voorshands niet worden uitgegaan.
3.7. De volgende vraag is of het Land zodanige verwachtingen heeft gewekt jegens Isidora dat het Land schadeplichtig is geworden nu deze niet zijn gehonoreerd. Met het Gerecht is het Hof voorshands van oordeel dat door het Land bij Isidora verwachtingen zijn gewekt dat hij naast een statutaire tevens een arbeidsrechtelijke aanstelling zou krijgen als directeur van PSB N.V. Ook het Hof is echter van oordeel dat de vraag of het Land schadeplichtig is jegens Isidora nu geen arbeidsrechtelijke aanstelling is gevolgd zich niet leent voor beantwoording in dit kort geding. Dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord is niet uitgesloten, maar is thans niet met voldoende zekerheid te bepalen. In dat verband speelt tevens een rol of Isidora er, ook na de oprichting van PSB N.V. door Post NA N.V., nog steeds van uit heeft mogen gaan dat zijn verwachtingen zouden worden gehonoreerd. Het Gerecht heeft reeds gewezen op de positie van Post NA N.V. en het ontbreken van een Raad van Commissarissen bij PSB N.V.; het Hof voegt nog wel toe dat bij een en ander tevens dient te worden betrokken de vraag in hoeverre van Isidora kon worden gevergd dat hij, gelet op de voorgeschiedenis en zijn contacten met de betrokken ministers, zich realiseerde dat de oprichting van PSB N.V. niet door het Land geschiedde en de zeggenschap over PSB N.V. niet (rechtstreeks) aan het Land toekwam.
3.8. Gelet op het vorenstaande kunnen de subsidiaire en meer subsidiaire vorderingen van Isidora niet worden toegewezen.
3.9. Naar aanleiding van de afzonderlijke grieven merkt het Hof op dat deze, voor zover zij de stelling betreffen dat wel een arbeidsovereenkomst met PSB N.V. tot stand is gekomen, in de onderhavige procedure tegen het Land belang missen en overigens ook niet goed verenigbaar zijn met de grondslag van de vorderingen van Isidora jegens het Land. Indien sprake is van een arbeidsovereenkomst met PSB N.V. dient Isidora voor de nakoming hiervan bij PSB N.V. te zijn en ontvalt de grondslag aan zijn vorderingen jegens het Land die er juist op zijn gebaseerd dat het Land aansprakelijk is voor de gevolgen van het feit dat Isidora niet bij PSB N.V. in dienst is genomen. Ten overvloede merkt het Hof op dat het met het Gerecht en op dezelfde gronden voorshands niet aannemelijk acht dat daadwerkelijk een arbeidsovereenkomst tussen PSB N.V. en Isidora tot stand is gekomen. Het door het Gerecht gemaakte onderscheid tussen de vennootschappelijke aanstelling en de arbeidsovereenkomst acht het Hof juist. Denkbaar zou zijn dat, indien reeds volledige wilsovereenstemming bestaat over arbeidsvoorwaarden, benoeming in een akte van oprichting tevens een contractuele arbeidsrelatie met zich brengt, maar, zoals reeds overwogen, kan in casu van voorafgaande wilsovereenstemming niet worden uitgegaan. Daarbij komt dat in dit geval PSB N.V. niet is opgericht door het Land, maar door Post NA N.V.
3.10. Uit het vorenstaande volgt dat het bestreden vonnis zal worden bevestigd. Isidora zal worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep.

4. Beslissing.
Het Hof:
Bevestigt het vonnis waarvan beroep.
Veroordeelt Isidora in de kosten van dit hoger beroep aan de zijde van het Land (...; red.).

NOOT

1. Tot de introductie van art. 2:93 lid 2 BW (en zijn voorloper) was degene die namens een op te richten vennootschap handelde in beginsel niet aansprakelijk indien de vennootschap na oprichting niet bekrachtigde (zie bijv. HR 2 februari 1973, NJ 1975, 468 (Sietze De Vries)). Naar Antilliaans recht geldt dit nog steeds. Zodra vaststaat dat namens een op te richten vennootschap is gehandeld, leidt de enkele niet-nakoming door het uitblijven van bekrachtiging niet tot gebondenheid of aansprakelijkheid. Na de vaststelling dat namens een op te richten Antilliaanse NV is gehandeld, wijst het Hof aansprakelijkheid op deze grond dan ook van de hand.
2. In de uitspraak verwijst het Hof naar de dubbele (volgens sommigen: de gemengde) rechtsverhouding die – zowel naar Nederlands als Antilliaans recht – tussen een statutair bestuurder en de vennootschap kan bestaan. Een vennootschapsrechtelijke rechtsverhouding en een contractuele rechtsverhouding, vaak een arbeidsovereenkomst. Ontslag als statutair bestuurder omvat in de regel tevens beëindiging van de overeenkomst, tenzij het tot ontslag bevoegde orgaan bepaalt dat de overeenkomst niet wordt beëindigd (zie bijv. HR 20 maart 1941, NJ 1941, 524 (Paanakker's Schoenhandel)). Voor de benoeming van een bestuurder maakt het Hof terecht onderscheid tussen de benoeming als statutair bestuurder en de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst met de bestuurder. Alleen als overeenstemming bestaat over de arbeidsovereenkomst kan de benoeming als statutair bestuurder (en de aanvaarding daarvan) tevens het aangaan van de arbeidsovereenkomst inhouden.
3. De commissie corporate governance (met Tabaksblat als voorzitter) doet in haar concept rapport van 1 juli 2003 aan de Nederlandse wetgever de aanbeveling om een bestuurder van een beursvennootschap niet langer te beschouwen als een werknemer (Annex 1 "Aanbevelingen voor de wetgever en de opstellers van verslaggevingsstandaarden", onder 2). Hierdoor kan onder meer de ontslagvergoeding van een bestuurder bij onvrijwillig ontslag worden beperkt tot ten hoogste één jaarsalaris. Indien deze aanbeveling door de wetgever zou worden overgenomen, door te bepalen dat de overeenkomst tussen een vennootschap en een bestuurder geen arbeidsovereenkomst is, zal er in het algemeen nog steeds een contractuele relatie tussen de vennootschap en een bestuurder ontstaan. Deze overeenkomst zal alleen niet meer aangemerkt kunnen worden als een arbeidsovereenkomst. Het bestaan van een overeenkomst naast de vennootschapsrechtelijke verhouding zal complicaties blijven geven. De wetgever zou er natuurlijk ook voor kunnen kiezen helderheid te brengen in de complexe verhouding tussen statutair bestuurder en vennootschap door te bepalen dat deze relatie uitsluitend wordt beheerst door het vennootschapsrecht.

C.J. Groffen
notaris en advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek

62

JOR 2007/62

Hoge Raad
29 september 2006, R05/025HR,
ECLI:NL:PHR:2006:AY5697
(Mr. Fleers, Mr. Van Buchem-Spapens,
Mr. Numann, Mr. Van Oven, Mr. Asser)
(Concl. A-G Timmerman, niet opgenomen; red.)

Misbruik van stemrecht. Stemrechten kunnen naar hun aard in beginsel worden gebruikt bij de totstandkoming van elk besluit, ook als de stemmen voor een bepaald belang zijn toegekend. Een besluit is vernietigbaar indien in strijd met redelijkheid en billijkheid dan wel totstandgekomen door misbruik van meerderheidsmacht. Tegenstrijdig belang van verenigingsleden. Arubaanse zaak.

[BW art. 2:8, 2:15]

Het hof heeft terecht geoordeeld dat stemrechten naar hun aard in beginsel kunnen worden gebruikt bij de totstandkoming van elk besluit en dat derhalve de enkele omstandigheid dat de 756 stemmen aan Elmsford NV zijn toegekend opdat zij ongestoord de derde en vierde fase van het project nog te bouwen appartementen zou kunnen ontwikkelen er niet toe kan leiden dat die stemmen alleen gebruikt zouden mogen worden om dat belang te dienen.
Onderdeel 4 richt zich tegen het oordeel van het hof met betrekking tot agendapunt 4, waarbij is besloten een overeenkomst van geldlening aan te gaan. Het hof heeft, samengevat, overwogen dat het besluit om een overeenkomst aan te gaan, inhoudende dat de Vereniging USD 220.000 leent van Kargroup Ltd., een aan Elmsford/Karam gelieerde vennootschap, niet vernietigbaar is. Het onderdeel klaagt onder meer dat het hof geen aandacht heeft besteed aan de volgens verzoekers essentiële stelling dat de lening een te hoge rente kent waardoor Elmsford wordt bevoordeeld ten koste van de overige appartementseigenaren. De klacht, volgens welke deze stelling van belang kan zijn voor het antwoord op de vraag of het besluit met betrekking tot de overeenkomst van geldlening vernietigbaar is, is terecht voorgesteld. Indien komt vast te staan dat de overeengekomen rente hoger is dan in de markt gebruikelijk, valt immers niet uit te sluiten dat Elmsford wordt bevoordeeld ten koste van de overige appartementseigenaren en dat zulks de conclusie rechtvaardigt dat dat besluit in strijd is met de eisen van redelijkheid en billijkheid dan wel is totstandgekomen door misbruik van meerderheidsmacht.

1. G.J. Marsman te Gramsbergen,
en nog 7 anderen,
verzoekers,
advocaat: mr. A.E.H. van der Voort Maarschalk,
tegen
CV van appartementseigenaren The Mill Resort te
Aruba,
verweerster in cassatie.

1. Het geding in feitelijke instanties
Met een op 18 juli 2003 ter griffie van het Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba, hierna ook: het gerecht, ingekomen verzoekschrift hebben verzoekers tot cassatie – verder te noemen: Marsman c.s. – zich gewend tot dat gerecht en verzocht bij wijze van ordemaatregel op grond van art. 5:130 lid 3 van het Burgerlijk Wetboek onmiddellijk de besluiten van de ledenvergadering van verweerster in cassatie – verder te noemen: de Vereniging – van 23 juni 2003 ten aanzien van de agendapunten 3, 4 en 5 te schorsen totdat op het verzoek tot nietigverklaring dan wel vernietiging daarvan onherroepelijk in hoogste instantie is beslist. Voorts hebben zij verzocht bij beschikking, uitvoerbaar bij voorraad, de in het verzoekschrift genoemde besluiten van de vergadering van eigenaren van de Vereniging van 23 juni 2003 nietig te verklaren dan wel te vernietigen en de Vereniging te veroordelen in de kosten van dit geding.
De Vereniging heeft verzocht Marsman c.s. niet-ontvankelijk te verklaren in hun verzoeken dan wel de verzoeken af te wijzen.
Het gerecht heeft bij tussenbeschikking van 25 maart 2004 de zaak naar de rol verwezen voor het nemen van een akte aan de zijde van Marsman c.s.
Bij eindbeschikking van 27 mei 2004 heeft het gerecht de besluiten die in de vergadering van de Vereniging van 23 juni 2003 zijn genomen ten

aanzien van de agendapunten 3, 4 en 5 nietig verklaard, de Vereniging in de kosten van het geding veroordeeld en het meer of anders verzochte afgewezen.
Tegen beide beschikkingen heeft de Vereniging hoger beroep ingesteld bij het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba, hierna: het hof.
Bij beschikking van 21 december 2004 heeft het hof de bestreden beschikkingen vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de verzoeken van Marsman c.s. afgewezen en Marsman c.s. in de kosten van beide instanties veroordeeld.
(...; red.)

2. Het geding in cassatie
(...; red.)

3. Beoordeling van het middel
3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.
i. De Vereniging is de coöperatieve vereniging van eigenaren van appartementsrechten, die gezamenlijk het "The Mill Resort & Suites" vormen.
ii. Het resort telt in totaal 209 (volgens Marsman c.s.) dan wel 210 (volgens de Vereniging) appartementen. De naamloze vennootschap Elmsford N.V. (hierna: Elmsford) is eigenaar van 133 appartementsrechten, waaronder het appartementsrecht met betrekking tot de "spa/gym". Directeur van Elmsford is Edmond Karam (hierna: Karam). Marsman c.s. behoren tot de eigenaren van de overige appartementsrechten.
iii. Artikel 13 van de statuten van de Vereniging luidt:
"Het maximum aantal ter (algemene leden) vergadering uit te brengen stemmen en het aantal stemmen dat iedere afzonderlijke eigenaar ter vergadering zal kunnen uitbrengen zal in de akte van splitsing worden vermeld."
iv. Volgens de akte van splitsing geeft de spa/gym recht op 756 stemmen. Het totaal aantal stemmen van Elmsford bedraagt 891. De overige leden hebben in totaal 74 stemmen.
v. In artikel 18 van de statuten van de Vereniging is in de leden 1, 3 en 4 het volgende bepaald:
"1. Tot het aangaan van overeenkomsten, niet betreffende de hotelexploitatie, waaruit regelmatig terugkerende verplichtingen voortvloeien, kan slechts door de vergadering worden besloten voorzover de mogelijkheid daartoe blijkt uit deze statuten, het reglement, de daarvan afwijkende of aanvullende bepalingen in de akte van splitsing of uit het huishoudelijk reglement van de Vereniging.
3. Overeenkomsten als bedoeld in het eerste lid van dit artikel kunnen onder meer zijn:
a de exploitatieovereenkomst tussen de Vereniging en de exploitant;
b de overeenkomsten de zogenaamde exploitatierekening betreffende.
4. Een negen/tiende (9/10) meerderheid van stemmen van de leden der vereniging op een algemene vergadering is vereist voor het nemen van een besluit de exploitatieovereenkomst betreffende."
vi. De appartementseigenaren zijn in een "convocation" opgeroepen voor een vergadering van appartementseigenaren op 23 juni 2003 (hierna: de vergadering). In deze convocation is de agenda voor de vergadering opgenomen. De punten 3, 4 en 5 daarvan luiden:
"3. Approval and ratification of Management Agreement with The Mill Condominium Management N.V.;
4. Approval and ratification of loan agreements between The Mill Coop and Karecrop Ltd;
5. Election of a new Board for The Mill Coop. The state for the new Board is as follows:
Chairman Mr. Patrick Brown
Vice-Chairman Mr. Victor Kitamura
Secretary Maria Jose Gallardo
Treasurer Elmsford N.V.
Member Mr. Edmond Karam Jr."
vii. Op 23 juni 2003 heeft de vergadering plaatsgevonden. Daarin zijn de agendapunten onder 3 en 4 goedgekeurd en is het onder punt 5 voorgestelde bestuur door de vergadering gekozen.
3.2. Het Gerecht in Eerste Aanleg heeft op verzoek van Marsman c.s. de besluiten over de agendapunten 3, 4 en 5 nietigverklaard. Op het door de Vereniging ingestelde hoger beroep heeft het hof het verzoek alsnog Marsman c.s. afgewezen.
3.3.1. Onderdeel 2 – onderdeel 1 bevat slechts een inleiding – komt met een rechts- en een motiveringsklacht op tegen het oordeel van het hof dat het besluit over agendapunt 3, het aangaan van een nieuwe managementovereenkomst (door het hof ook aangeduid als exploitatieovereenkomst) geldig is. Het hof heeft, samengevat, het volgende overwogen.
Ten tijde van de splitsing van het resort, medio 1990, zijn de stemmen die bestemd waren om te worden toegerekend aan de in de derde en vierde

fase van het project nog te bouwen appartementen, toegerekend aan de spa/gym, die in handen was van Elmsford. De bedoeling daarvan was dat Elmsford te zijner tijd die derde en vierde fase ongestoord zou kunnen ontwikkelen. Het belang om dat ongestoord te kunnen doen heeft Elmsford niet verloren. Daarom mag zij in beginsel gebruik maken van de 756 stemmen die bij de splitsingsakte aan de spa/gym zijn toegerekend, ook indien de besluiten waarvoor zij die stemmen gebruikt, op zichzelf geen verband houden met de planning van de derde en vierde fase. Stemmen kunnen immers naar hun aard in beginsel worden gebruikt bij de totstandkoming van ieder besluit. De enkele omstandigheid dat de stemmen met het oog op een bepaald belang aan de ontwikkelaar zijn toegekend, leidt niet ertoe dat de stemmen alleen mogen worden gebruikt om dat belang te dienen. Dat Elmsford bij de totstandkoming van de aangevallen besluiten heeft gebruik gemaakt van die stemmen en daardoor een meerderheid van meer dan 90% heeft verkregen, is op zichzelf onvoldoende om te concluderen tot strijd met de statuten of met de eisen van redelijkheid en billijkheid (rov. 4.3 en 4.4).

3.3.2. Het onderdeel klaagt dat het hof heeft miskend dat Elmsford de 756 stemmen die aan de spa/gym verbonden zijn, heeft gebruikt voor een ander doel dan waarvoor zij bestemd waren. Het onderdeel faalt omdat het hof terecht heeft geoordeeld dat stemrechten naar hun aard in beginsel kunnen worden gebruikt bij de totstandkoming van elk besluit en dat derhalve de enkele omstandigheid dat de 756 stemmen aan Elmsford zijn toegekend opdat zij ongestoord de derde en vierde fase zou kunnen ontwikkelen er niet toe kan leiden dat die stemmen alleen gebruikt zouden mogen worden om dat belang te dienen.

3.4. Onderdeel 3 richt motiveringsklachten tegen het oordeel van het hof dat niet valt in te zien dat Elmsford door voor de managementovereenkomst met The Mill Condominium Management N.V. te stemmen zo weinig rekening heeft gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de overige appartementseigenaren dat dit in strijd moet worden geacht met de jegens hen in acht te nemen eisen van redelijkheid en billijkheid. Dat wel van zodanige strijd sprake is, hadden Marsman c.s. onder meer daarop gebaseerd dat The Mill Condominium Management N.V., naar in cassatie vaststaat, gelieerd is aan Elmsford en aan haar directeur Karam, en dat Marsman c.s. financieel worden benadeeld omdat een managementfee van 10% is overeengekomen in plaats van het in de markt gebruikelijke percentage van ten hoogste 6%. Het onderdeel klaagt terecht dat, mede gelet op het gelieerd zijn van de drie laatstgenoemden, zonder nadere door het hof niet gegeven motivering niet begrijpelijk is dat het instemmen met een managementfee die ten nadele van andere appartementseigenaren dan Elmsford is vastgesteld op een percentage dat tweederde meer bedraagt dan het in de markt gebruikelijke, geen strijd met voormelde eisen oplevert. De overige in het onderdeel vervatte klachten behoeven geen behandeling.

3.5. Onderdeel 4 richt zich tegen het oordeel van het hof met betrekking tot agendapunt 4, waarbij is besloten een overeenkomst van geldlening aan te gaan. Het hof heeft, samengevat, overwogen dat het besluit om een overeenkomst aan te gaan, inhoudende dat de Vereniging USD 220.000,= leent van Kargroup Ltd., een aan Elmsford/Karam gelieerde vennootschap, niet vernietigbaar is (rov. 4.10-4.12).

Het onderdeel klaagt onder meer dat het hof geen aandacht heeft besteed aan de volgens Marsman c.s. essentiële stelling dat de lening een te hoge rente kent waardoor Elmsford wordt bevoordeeld ten koste van de overige appartementseigenaren. De klacht, volgens welke deze stelling van belang kan zijn voor het antwoord op de vraag of het besluit met betrekking tot de overeenkomst van geldlening vernietigbaar is, is terecht voorgesteld. Indien komt vast te staan dat de overeengekomen rente hoger is dan in de markt gebruikelijk, valt immers niet uit te sluiten dat Elmsford wordt bevoordeeld ten koste van de overige appartementseigenaren en dat zulks de conclusie rechtvaardigt dat dat besluit in strijd is met de eisen van redelijkheid en billijkheid dan wel is totstandgekomen door misbruik van meerderheidsmacht. De overige klachten van het onderdeel behoeven geen behandeling.

3.6.1. Onderdeel 5 strekt onder meer ten betoge dat het hof ten onrechte is voorbijgegaan aan de stelling van Marsman c.s. dat de benoeming van Gallardo in strijd is met art. 20 lid 1 van de statuten, omdat zij niet woonachtig is op Aruba of de Nederlandse Antillen, zoals Marsman c.s. in eerste aanleg bij pleidooi hebben aangevoerd.

Art. 20 lid 1 houdt in dat de voorzitter, secretaris en penningmeester woonachtig dienen te zijn op Aruba of de Nederlandse Antillen. Gelet op de

devolutieve werking van het hoger beroep was het hof gehouden op de onderhavige stelling van Marsman c.s. in te gaan. Het onderdeel is dus in zoverre terecht voorgesteld. De overige klachten van het onderdeel behoeven geen behandeling.
3.6.2. De overige klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing
De Hoge Raad:
vernietigt de beschikking van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba van 21 december 2004;
verwijst het geding naar dat hof ter verdere behandeling en beslissing;
veroordeelt de Vereniging in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

302

JOR 2007/302

Hoge Raad
2 november 2007, R06/032HR,
ECLI:NL:PHR:2007:BB3671
(Mr. Fleers, Mr. Van Buchem-Spapens, Mr. Kop, Mr. Van Oven, Mr. Streefkerk)
(Concl. A-G Timmerman, niet opgenomen; red.)
Noot B.F. Assink

Afgeleide schade. Blokkering krediet vennootschappen door bank, met als gevolg lagere verkoopprijs aandelen. Onrechtmatige daad of wanprestatie van bank jegens aandeelhouders vennootschappen. Verwijzing naar HR 2 december 1994, NJ 1995, 288, HR 16 februari 2007 (Poot/ABP), «JOR» 2007/112, m.nt. Van Veen en Van Wechem (Gebr. Tuin Beheer/Houthoff Buruma) en HR 15 juni 2001, «JOR» 2001/172, m.nt. Kroeze (Chipshol/Coopers & Lybrand).

[BW art. 6:162]

De stellingen van Kessock c.s. kunnen in beginsel een vordering op grond van – een specifiek jegens hen gepleegde – onrechtmatige daad of wanprestatie dragen. Daarbij is van belang dat het gerecht enerzijds heeft geoordeeld dat SFT onrechtmatig jegens Kessock c.s. heeft gehandeld door de kredietruimte te bevriezen zoals zij heeft gedaan, tegen welk oordeel SFT met haar grief II is opgekomen, en anderzijds de stelling van Kessock c.s. heeft verworpen dat SFT had toegezegd de beide vennootschappen een vrije kredietruimte van NAF 1,2 miljoen toe te staan, tegen welk oordeel Kessock c.s. met hun grief VII zijn opgekomen. Het hof heeft evenwel die grieven onbesproken gelaten, zodat in hoger beroep de mogelijkheid is opengebleven dat SFT op beide punten onrechtmatig heeft gehandeld dan wel wanprestatie heeft gepleegd.
Onderdeel 2 van het middel klaagt dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat aan de toewijsbaarheid van de vordering van Kessock c.s. in de weg staat dat het om "afgeleide schade" gaat, en

betoogt voorts dat het feit dat het "definitieve" karakter van de schade mede is veroorzaakt door het inmiddels onherstelbare berusten van de vennootschappen in de afwijzing van hun vordering rechtens evenmin zonder meer aan de toewijsbaarheid van de vordering van Kessock c.s. in de weg staat.

Het onderdeel berust op een verkeerde lezing van de desbetreffende overwegingen van het hof en mist daarom feitelijke grondslag. Het hof heeft niet miskend dat Kessock c.s. als aandeelhouders van de vennootschappen schadevergoeding van SFT kunnen vorderen voor de vermindering van de waarde van hun aandelen in de vennootschappen ("afgeleide schade"), indien zij dergelijke schade hebben geleden als gevolg van schending door SFT van een jegens hen geldende specifieke zorgvuldigheidsverplichting (vgl. HR 2 december 1994, NJ 1995,288 en HR 16 februari 2007, «JOR» 2007/112, m.nt. Van Veen en Van Wechem). Evenmin heeft het hof miskend dat aan vergoeding van dergelijke schade niet in de weg staat dat die schade voor de vennootschappen "definitief" is geworden op de grond dat een vordering van de vennootschappen tot vergoeding van die schade in rechte is afgewezen en de vennootschappen daarin hebben berust. Het hof heeft in dat verband slechts geoordeeld dat het definitief worden van de "afgeleide schade" doordat de vennootschappen thans buiten staat zijn of zichzelf buiten staat gesteld hebben schadevergoeding te vorderen, op zichzelf niet meebrengt dat de gedragingen van SFT jegens Kessock c.s. als onrechtmatig moeten worden aangemerkt. Dat oordeel is juist (vgl. HR 15 juni 2001, «JOR» 2001/172, m.nt. Kroeze)

1. M.W. Kessock,
2. S.C. Kessock-Leenders,
beiden te Curaçao,
eisers tot cassatie,
advocaat: mr. R.S. Meijer,
tegen
SFT Bank NV te Curaçao,
verweerster in cassatie,
advocaat: mr. D. Rijpma.

(...; *red.*)

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

i. Sinds ongeveer 1987 exploiteerde Caribbean Bistros N.V. een restaurant te Mahaai op Curaçao. Kessock c.s. waren de managing-directors van dit restaurant. Zij hebben in 1999 een filiaal geopend aan de Cornelisbaai te Curaçao, geëxploiteerd door Beach Bistros N.V. Kessock was enig aandeelhouder van Caribbean Bistros N.V. en Kessock-Leenders was één van de aandeelhouders van Beach Bistros N.V.

ii. Sedert 1999 is sprake geweest van oplopende verliezen in beide ondernemingen. Kessock heeft pogingen gedaan om beide restaurants te verkopen, waarvan SFT op de hoogte was. Rond december 2000 bedroegen de debetsaldi op de bij SFT aangehouden bankrekeningen van beide restaurants gezamenlijk ongeveer NAF 1,5 miljoen, terwijl slechts een "overdraft facility" van NAF 50.000,= was toegestaan. Voor deze schuld waren geen zekerheden gesteld.

iii. Op of omstreeks 26 januari 2001 heeft SFT aan Kessock toegezegd dat zij op de debetstanden van beide rekeningen een bedrag van NAF 300.000,= zou afschrijven nadat Kessock een bedrag van NAF 580.000,= (volgens Kessock) of NAF 600.000,= (volgens SFT) zou hebben betaald.

iv. Bij faxbrief van 1 februari 2001 heeft SFT aan Kessock bericht:

"(...) we discussed (...) the present situation of the overdraft facilities, extended to Caribbean Bistros N.V. and Beach Bistros N.V. We agreed upon that you will grant your personal guarantee for all amounts that exceed the cumulative balances on both accounts of ANG 1,200,000. For the sake of completeness we have to inform you that the total debit balance of both accounts amounts to ANG 1,357,438.70 (...), being respectively ANG 865,633.28 (...) and ANG 491,805.45 (...)."

v. Ter uitvoering van de hiervoor onder (iii) vermelde regeling heeft Kessock op 5 en 13 maart 2001 op de rekening van Caribbean Bistros N.V. bedragen tot een totaal van NAF 580.000,= gestort.

vi. Bij faxbrief van 15 maart 2001 heeft SFT aan Kessock bericht:

"(...) Due to the fact that parties still have no solution to the various disputes, the aforementioned accounts will be managed in the following manner from now on:

1. Caribbean Bistros N.V.

The current outstanding balance (...) amounts to ANG 303,047.18.

The debit balance on this account will be limited to aforementioned amount until further notice. As of date payments will be alternated with deposits.
2. Beach Bistros N.V.
The outstanding balance (...) sums up to ANG 448,254.47.
The debit balance on this account will be limited to aforementioned amount until further notice. As of date payments will be alternated with deposits. (...)"
vii. Sinds 15 maart 2001 hebben Beach Bistros N.V. en Caribbean Bistros N.V. (hierna tezamen ook: de vennootschappen) hun dagopbrengsten slechts gedeeltelijk op hun rekeningen gestort.
viii. Bij faxbrief van 29 maart 2001 heeft SFT aan Kessock bericht:
"Caribbean Bistros NV
(...) We hereby reiterate our offer to write off ANG 300.000 on this account subject to your acceptance of this proposal. If and when this takes place no debit balances will be allowed on this account in the future.
Beach Bistros N.V.
(...) We are willing to grant a maximum credit balance of ANG 450.000 on this account for a period of 6 months subject to you granting us the fiduciary transfer of ownership on the assets of Beach Bistros N.V. and Caribbean Bistros N.V. (...)"
ix. Hierop heeft Kessock bij brief van 30 maart 2001 aan SFT geantwoord:
"1. SFT's offer of ANG 300.000 made to myself (...) contained only one condition; that I would transfer an amount of ANG 580.000. This was done. Having received the monies (...) you have now placed conditions on that offer, which are almost impossible to meet. Accordingly, I must again insist that the money be transferred as promised (...), prior to continuing any further negotiations. (...) Obviously, SFT's part of the bargain should be honored as promised.
2. The suggested debit balance for Caribbean and Beach Bistros are inadequate to allow us to continue to do business for the coming six months. The pledge of assets would be acceptable should SFT be willing to grant some leeway in these accounts. (...)"
x. Op 9 april 2001 heeft SFT conservatoir beslag doen leggen op alle goederen en geldswaarden van Beach Bistros N.V. Op 20 april 2001 hebben beide restaurants hun deuren gesloten. Op 27 april 2001 heeft SFT het toegezegde bedrag van NAF 300.000,= van de rekening van Caribbean Bistros N.V. afgeschreven. SFT heeft kort nadien de relatie tussen haar en beide vennootschappen beëindigd.
xi. Vanaf eind 2000 zijn diverse biedingen gedaan voor de aankoop van de vennootschappen. Deze hebben pas na het eind van de relatie van partijen tot overeenstemming geleid, zij het voor een veel lager bedrag dan aanvankelijk geboden.
3.2. Kessock c.s. vorderen in deze procedure schadevergoeding van SFT op grond van onrechtmatige daad dan wel wanprestatie. Het gerecht heeft de vorderingen afgewezen. Het hof heeft dat vonnis bevestigd.
Het hof heeft daartoe, na in rov. 4.2 te hebben verwezen naar de arresten HR 2 december 1994, nr. 15511, NJ 1995, 288 (Poot/ABP) en HR 15 juni 2001, nr. C99/301, NJ 2001, 573 (Chipshol), onder meer als volgt overwogen:
"4.3. In casu wordt door Kessock e.a. aan de SFT Bank in het bijzonder verweten dat deze nadat door Michael William Kessock NAF 580.000,= was gestort op de rekening van Caribbean Bistros N.V. niet onmiddellijk (maar pas op 27 april 2001) tot afschrijving van NAF 300.000,= (het restant van de rekening op een relatief gering bedrag na) heeft afgeschreven (kwijtgescholden), dat de SFT Bank geen kredietruimte van NAF 1.200.000,= aan de twee bistro's ter beschikking heeft gesteld, dat de SFT Bank de rekeningen heeft bevroren (in die zin dat de kredieten werden gelimiteerd op de per 15 maart 2001 openstaande saldi) zonder de bistro's een redelijke termijn te gunnen om een andere financiële instelling te vinden die krediet wilde geven, dat (met het voorgaande verband houdende) de SFT Bank in strijd met afspraken nieuwe voorwaarden heeft gesteld aan kredietverlening, dat nadien de kredietovereenkomsten werden opgezegd, dat de SFT Bank conservatoir beslag heeft laten leggen en later ook heeft geëxecuteerd, en dat de SFT Bank de verkoop van de bistro's als 'going concern' heeft verijdeld.
4.4. In deze gestelde feiten en omstandigheden is een potentiële wanprestatie of onzorgvuldigheid jegens de vennootschappen besloten, maar niet (tevens) specifiek jegens de aandeelhouders. Door Kessock e.a. zijn daartoe onvoldoende bijzondere feiten en omstandigheden aangevoerd. Dat een der aandeelhouders (Michael William Kessock) de storting van NAF 580.000,= heeft verricht op de rekening van Caribbean Bistros N.V. en naar mag worden aangenomen daarmee een vordering

heeft gekregen op Caribbean Bistros N.V. is op zichzelf onvoldoende. Vaak zullen financiële injecties in vennootschappen worden gedaan door grootaandeelhouders tevens bestuurder (verg. de storting op aandelen in HR 14 juli 2000, NJ 2001, 685, Van de Mosselaar, rov. 3.6.3). De SFT Bank heeft van de vennootschap verlangd dat het tekort op de rekening werd verminderd. Tegenover de storting van NAF 580.000,= stond een kwijtschelding aan de vennootschap van NAF 300.000,= hetgeen gunstig was voor de vermogenspositie van de vennootschap en indirect voor die der aandeelhouders (aangezien een déconfiture toen nog niet in de verwachting lag)."

3.3. Onderdeel 1 van het middel klaagt over het oordeel van het hof dat Kessock c.s. onvoldoende gesteld hebben voor een door SFT specifiek jegens hen gepleegde onrechtmatige daad of wanprestatie.

De klacht is gegrond. Kessock c.s. hebben in de feitelijke instanties onder meer aangevoerd:

- dat SFT met Kessock in privé afspraken heeft gemaakt, onder meer over het aanzuiveren van de debetsaldi door Kessock voor een bedrag van NAF 580.000,= en de hoofdelijke aansprakelijkstelling van Kessock voor de debetsaldi van de vennootschappen boven een bedrag van NAF 1,2 miljoen;
- dat SFT op grond van die afspraken aan de vennootschappen NAF 300.000,= zou kwijtschelden en een kredietruimte van maximaal NAF 1,2 miljoen zou gunnen;
- dat Kessock c.s. op grond van die afspraken mochten vertrouwen dat zij nog ongeveer zes maanden de tijd zouden hebben om de beide vennootschappen "going concern" te verkopen;
- dat SFT in strijd met die afspraken en het daardoor bij Kessock c.s. gewekte vertrouwen heeft gehandeld door, nadat Kessock NAF 580.000,= had gestort, de kredietruimte te bevriezen op het resterende debetsaldo, en door niet aanstonds na de storting van NAF 580.000,= doch pas nadat de beide restaurants hun deuren hadden moeten sluiten, tot afboeking van een bedrag van NAF 300.000,= over te gaan en vervolgens de kredietrelatie met de vennootschappen te beëindigen;
- dat Kessock c.s. als gevolg van deze gedragingen van SFT de aandelen in beide vennootschappen voor een aanzienlijk lager bedrag hebben verkocht dan anders het geval zou zijn geweest, voor welk nadeel zij SFT aansprakelijk houden.

Deze stellingen kunnen in beginsel een vordering op grond van – een specifiek jegens Kessock c.s. gepleegde – onrechtmatige daad of wanprestatie dragen. Daarbij is van belang dat het gerecht enerzijds heeft geoordeeld dat SFT onrechtmatig jegens Kessock c.s. heeft gehandeld door de kredietruimte te bevriezen zoals zij heeft gedaan (rov. 6.2), tegen welk oordeel SFT met haar grief II is opgekomen, en anderzijds de stelling van Kessock c.s. heeft verworpen dat SFT had toegezegd de beide vennootschappen een vrije kredietruimte van NAF 1,2 miljoen toe te staan (rov. 5.2), tegen welk oordeel Kessock c.s. met hun grief VII zijn opgekomen. Het hof heeft evenwel die grieven onbesproken gelaten, zodat in hoger beroep de mogelijkheid is opengebleven dat SFT op beide punten onrechtmatig heeft gehandeld dan wel wanprestatie heeft gepleegd. In dat licht getuigt van een onjuiste rechtsopvatting dan wel is onbegrijpelijk het oordeel van het hof in rov. 4.4 dat Kessock c.s. te dier zake onvoldoende hebben gesteld. Hetgeen het hof vervolgens nog in de rov. 4.4-4.6 overweegt, maakt dat niet anders aangezien het aldaar overwogene, gelet op hetgeen Kessock c.s. in hoger beroep hebben aangevoerd, niet de mogelijkheid uitsluit dat SFT heeft gehandeld in strijd met de gemaakte afspraken of gewekte verwachtingen.

3.4. Onderdeel 2 van het middel is gericht tegen de rov. 4.7-4.10, waarin het hof heeft overwogen dat "bij het voorgaande komt" dat Kessock c.s. uitsluitend "afgeleide schade" vorderen en geen "rechtstreekse schade", dat de "afgeleide schade" definitief is geworden doordat de vordering van de vennootschappen tegen SFT tot vergoeding van dezelfde schade (in een eerdere procedure) door het gerecht is afgewezen, waarin de vennootschappen hebben berust, en dat het definitief worden van de "afgeleide schade" op zichzelf niet maakt dat de gedragingen van SFT als onrechtmatig jegens Kessock c.s. moet worden aangemerkt.

Het onderdeel klaagt dat het hof aldus ten onrechte heeft geoordeeld dat aan de toewijsbaarheid van de vordering van Kessock c.s. in de weg staat dat het om "afgeleide schade" gaat, en betoogt voorts dat het feit dat het "definitieve" karakter van de schade mede is veroorzaakt door het inmiddels onherstelbare berusten van de vennootschappen in de afwijzing van hun vordering rechtens evenmin zonder meer aan de toewijsbaarheid van de vordering van Kessock c.s. in de weg staat.

Het onderdeel berust op een verkeerde lezing van de desbetreffende overwegingen van het hof en mist daarom feitelijke grondslag. Het hof heeft niet miskend dat Kessock c.s. als aandeelhouders van de vennootschappen schadevergoeding van SFT kunnen vorderen voor de vermindering van de waarde van hun aandelen in de vennootschappen ("afgeleide schade"), indien zij dergelijke schade hebben geleden als gevolg van schending door SFT van een jegens hen geldende specifieke zorgvuldigheidsverplichting (vgl. HR 2 december 1994, nr. 15511, NJ 1995, 288 en HR 16 februari 2007, nr. C05/173, NJ 2007, 256 (rov. 3.3 onder (c)). Evenmin heeft het hof miskend dat aan vergoeding van dergelijke schade niet in de weg staat dat die schade voor de vennootschappen "definitief" is geworden op de grond dat een vordering van de vennootschappen tot vergoeding van die schade in rechte is afgewezen en de vennootschappen daarin berust hebben. Het hof heeft in dit verband slechts geoordeeld (rov. 4.9) dat het definitief worden van de "afgeleide schade" doordat de vennootschappen thans buiten staat zijn of zichzelf buiten staat gesteld hebben schadevergoeding te vorderen, op zichzelf niet meebrengt dat de gedragingen van SFT jegens Kessock c.s. als onrechtmatig moeten worden aangemerkt. Dat oordeel is juist (vgl. rov. 3.4.4 van HR 15 juni 2001, nr. C99/301, NJ 2001, 573).
Het onderdeel faalt derhalve.

4. Beslissing
De Hoge Raad:
vernietigt het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba van 13 december 2005;
verwijst het geding naar dat hof ter verdere behandeling en beslissing;
veroordeelt SFT in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

NOOT

1. Wat dit arrest van de Hoge Raad in deze Antilliaanse kwestie interessant maakt is de aandacht die daarin wordt besteed aan het leerstuk van de afgeleide schade. Van groot belang voor de Hoge Raad rechtspraak over dit leerstuk is het arrest HR 2 december 1994, NJ 1995, 288 (Poot/ABP), waarna deze weerbarstige materie in diverse uitspraken verder van contouren is voorzien. Zie voor trefzekere analyses van deze ontwikkeling: M.J. Kroeze, afgeleide schade en afgeleide actie (diss.), Deventer: Kluwer 2004; L. Timmerman, Hartkamp en afgeleide schade, in: Hartkampvariaties, Deventer: Kluwer 2006; en J.M.M. Maeijer in zijn noot bij HR 16 februari 2007, NJ 2007, 256 (Gebroeders Tuin Beheer/Houthoff Buruma). Ik neem in nummers 2-6 hierna een aanloopje voor de sprong naar het onderhavige arrest, dat ik in nummers 7-10 hierna belicht.
2. Als een vennootschap vermogensschade lijdt door toedoen van een derde (waaronder ook de bestuurder van de vennootschap kan vallen, zie HR 16 februari 2007 (Gebroeders Tuin Beheer/Houthoff Buruma), r.o. 3.3 sub d), zal die schade zolang vergoeding ervan niet heeft plaatsgevonden doorgaans een waardevermindering van de aandelen in de vennootschap meebrengen. In HR 16 februari 2007 (Gebroeders Tuin Beheer/Houthoff Buruma), r.o. 3.3 sub c rept de Hoge Raad over "(kunnen) meebrengen." Zie over die nuancering in kritische zin M.J. Kroeze in zijn noot sub 1 bij dit arrest in Ondernemingsrecht 2007, 220. Deze waardeverminderingschade, die de aandeelhouder dan lijdt (en die een doorwerking is van de vermogensschade die de vennootschap zelf lijdt), is door de Hoge Raad wel "afgeleide schade" genoemd. Zie HR 29 november 1996, «JOR» 1997/26 (Dohmen/Amersfoortse Algemene Verzekeringsmaatschappij), r.o. 3.3 en HR 16 februari 2007 (Gebroeders Tuin Beheer/Houthoff Buruma), r.o. 3.3 sub c; vgl. HR 13 oktober 2000, NJ 2000, 699 (S./Sobi), r.o. 3.5 in geval van een coöperatie. Is de vermogensschade aan de vennootschap vergoed, dan zal van daaruit afgeleide schade van de aandeelhouder logischerwijs geen sprake meer zijn. Gaat het om schade die de aandeelhouder niet via de band van – het vermogen van – de vennootschap maar rechtstreeks lijdt, dan kán afgeleide schade zich in zoverre niet voordoen.
3. Sinds zijn standaardarrest uit 1994, dat gerust een fundament van het hedendaagse Nederlandse vennootschapsrecht genoemd mag worden, heeft de Hoge Raad bij herhaling duidelijk gemaakt dat de aandeelhouder die afgeleide schade lijdt in beginsel niet een eigen vordering tot schadevergoeding geldend kan maken tegen de derde die de vennootschap vermogensschade berokkent. Dit vereist bijkomende omstandigheden. Een aanspraak jegens die derde kan de aandeelhouder dan slechts hebben als die schade

het gevolg is van schending van een jegens hem specifieke zorgvuldigheidsverplichting, zo volgt uit deze rechtspraak. Daaruit komt ook het beeld naar voren dat van schending van – tevens – een dergelijke specifieke zorgvuldigheidsverplichting niet heel snel sprake is. Ik wijs ter illustratie op HR 16 februari 2007 (Gebroeders Tuin Beheer/Houthoff Buruma), r.o. 3.3 sub c-d, 3.5, waaruit het volgende blijkt: de enkele omstandigheid dat een voorzienbaar gevolg was van de handelwijze van de derde dat de aandeelhouder van de vennootschap werd benadeeld brengt niet mee, dat de derde jegens de aandeelhouder in die hoedanigheid een specifieke zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden; dit laatste geldt ook indien de derde onnodig en desbewust het faillissement van de vennootschap heeft veroorzaakt voor zijn eigen gewin; indien de derde zich aldus gedraagt leidt dit tot vermindering van de waarde van de aandelen in de vennootschap, of zelfs tot waardeloosheid daarvan, en dus tot afgeleide schade van de aandeelhouder(s) van die vennootschap; indien geen bijkomende omstandigheden zijn gesteld, zoals het opzet om die aandeelhouder aldus te benadelen, kan echter niet worden gesteld dat de bestuurder dusdoende tevens een specifieke zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden tegenover die aandeelhouder. Vgl. over opzet tot benadeling reeds A-G Hartkamp in 12 sub c voor HR 2 december 1994 (Poot/ABP). Zie over de nuance van voorwaardelijk opzet o.a. Maeijer in o.a. zijn noot sub 3 bij HR 16 februari 2007 (Gebroeders Tuin Beheer/Houthoff Buruma).

4. In hun noot bij HR 16 februari 2007 (Gebroeders Tuin Beheer/Houthoff Buruma) in «JOR» 2007/112 vragen W.J.M. van Veen en T.H.M. van Wechem zich af of de Hoge Raad met de verwijzing naar opzet tot benadeling bedoelt dat een vergoedingsplicht voor afgeleide schade bestaat bij opzet maar dat hiervan ook sprake kan zijn in andere gevallen, of dat hij daarmee tot uitdrukking brengt dat voor vergoeding van afgeleide schade in beginsel opzet is vereist en dat dit slechts in zeer uitzonderlijke situaties ook zonder opzet het geval kan zijn. Zij maken kenbaar naar het laatste te neigen. Het ontgaat mij waarop zij dit baseren. De Hoge Raad zegt niet meer dan er staat, namelijk dat indien geen bijkomende omstandigheden zijn gesteld, zoals het opzet om die aandeelhouder aldus te benadelen, niet kan worden gesteld dat de derde tevens een specifieke zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden tegenover die aandeelhouder. Bij daadwerkelijke opzet tot benadeling zal in de regel sprake zijn van schending van een specifieke zorgvuldigheidsnorm, maar andere invalshoeken lijken mij niet ondenkbaar. Is vervolgens, bij daadwerkelijke schending van een specifieke zorgvuldigheidsnorm, per se sprake van een vergoedingsplicht voor afgeleide schade, zoals Van Veen en Van Wechem – in beide mogelijkheden – suggereren? Daar is de Hoge Raad in het door hun geannoteerde arrest niet glashelder over. Zie o.a. Kroeze (2007), 220 en Timmerman (2006), 134-136 die van een aanvullende beoordeling gecharmeerd zijn. In B.F. Assink, Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag – Binnen het vennootschapsrecht van Nederland en Delaware (diss.), Deventer: Kluwer 2007, 113 liet ik de mogelijkheid van deze – door Kroeze en Timmerman voorgestane – genuanceerde benadering, waarbij alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen en maatwerk mogelijk is, bewust open. Zie nummers 8-9 hierna.

5. Ik zie het begrip "afgeleide schade" in deze context zo dat het daarbij gaat om uit waardevermindering van de aandelen in de vennootschap bestaande schade (en dus om schade die loopt via het vermogen van de vennootschap), die de aandeelhouder zelf lijdt nu deze waardevermindering plaatsvindt in zijn vermogen. De afgeleide schade is eigen schade van de aandeelhouder, maar het omgekeerde gaat niet op: lijdt de aandeelhouder rechtstreeks schade, loopt zijn schade niet via – het vermogen van – de vennootschap, dan is eveneens sprake van eigen schade maar geen sprake van afgeleide schade. Een voorbeeld van eigen maar niet-afgeleide schade is schade die de aandeelhouder lijdt door een misleidend prospectus als gevolg waarvan hij aandelen in de vennootschap "te duur" koopt. Vgl. over prospectusaansprakelijkheid o.a. HR 7 november 1997, NJ 1998, 268 (Philips Electronics/VEB). Vgl. over de dichotomie afgeleide schade-rechtstreekse schade ook HR 2 mei 1997, NJ 1997, 662 (Kip/Rabobank) en de visie daarop van Kroeze (2004), 79-80. Met het voorgaande correspondeert dat – ook – de vermogensschade van de vennootschap, die afgeleide schade van de aandeelhouder meebrengt, eigen schade van de vennootschap is. De vraag of de aandeelhouder ten aanzien van de afgeleide schade een zelfstandig recht tot vordering van schadevergoeding toekomt wordt in beginsel ontkennend beant-

woord, op grond van met name pragmatische/praktische overwegingen. Zie uitvoerig Kroeze (2004), 37 e.v. Voor dat zelfstandig recht is – ten minste – vereist dat de derde – ook – jegens de aandeelhouder in die hoedanigheid een specifieke zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden: de aandeelhouder kan dit niet simpelweg spelen via de band van bijvoorbeeld een alleen jegens de vennootschap gepleegde onrechtmatige daad. Of een specifieke zorgvuldigheidsnorm geschonden is valt natuurlijk niet in één magische formule te vangen, al zal eenmaal vastgestelde opzet tot benadeling van de aandeelhouder in de regel tot die slotsom leiden (zie nummer 4 hiervoor). Dát lijkt mij de crux van de afgeleide schade rechtspraak van de Hoge Raad.

6. Zie ik het goed dan conceptualiseert A.J.P. Schild het recentelijk enigszins anders in zijn noot bij HR 16 februari 2007 (Gebroeders Tuin Beheer/Houthoff Buruma) in Bb 2007, 193, 198-199. Hij is van mening dat het bij afgeleide schade gaat om schade van de vennootschap en dat de aandeelhouder nimmer aanspraak kan maken op vergoeding van afgeleide schade. Wordt specifiek jegens de aandeelhouder onrechtmatig gehandeld door de derde dan kan de aandeelhouder wel aanspraak maken op schadevergoeding, maar dan gaat het om "eigen schade, die onder omstandigheden kan corresponderen met een waardedaling van aandelen." De benadering van Schild, die ik minder zuiver vind, valt niet zo goed in te passen in de benadering die de Hoge Raad lijkt te volgen. De Hoge Raad gaat er naar het mij voorkomt immers niet van uit dat de aandeelhouder pas eigen schade lijdt (bestaande uit waardevermindering van de aandelen als gevolg van aan de vennootschap berokkende vermogensschade) als specifiek jegens hem onrechtmatig wordt gehandeld, maar dat áls de aandeelhouder die afgeleide schade lijdt (dus: als gevolg van een waardevermindering van de aandelen door vermogensschade die de vennootschap lijdt) hem geen zelfstandig recht tot vordering van schadevergoeding toekomt (al is sprake van eigen schade), tenzij zich bijzondere omstandigheden voordoen. Hoe dan ook: de aard van de schade moet worden onderscheiden van het recht tot vordering van schadevergoeding. Zie o.a. het in nummer 3 hiervoor vermelde omtrent het door Schild geannoteerde arrest (waarin de Hoge Raad in r.o. 3.3 sub c benadrukt dat in "HR 29 november 1996, nr. 16136, NJ 1997, 178 de schade die de aandeelhouder lijdt als gevolg van de vermindering van de waarde van zijn aandelen in de vennootschap, afgeleide schade [is] genoemd)." Vgl. over afgeleide en rechtstreekse schade Kroeze (2004), 10-11, 17-18, 23-25. Zie nummers 9-10 hierna.

7. Dan het onderhavige arrest van de Hoge Raad, dat ik tegen de achtergrond van het voorgaande bezie. Voor de feiten verwijs ik kortheidshalve naar r.o. 3.1-3.2.

8. Onderdeel 1 van het cassatiemiddel betoogt met succes dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat Kessock c.s. onvoldoende hebben gesteld voor een door SFT Bank specifiek jegens hen gepleegde "onrechtmatige daad of wanprestatie", als aangevoerd door eisers (zie r.o. 3.3). Omdat het hof twee grieven onbehandeld heeft gelaten is in hoger beroep de mogelijkheid opengebleven dat de bank op beide punten onrechtmatig heeft gehandeld of wanprestatie heeft gepleegd, zodat de door eisers in eerste aanleg aangevoerde stellingen in beginsel een vordering op grond van onrechtmatige daad of wanprestatie kunnen dragen, aldus de Hoge Raad (in navolging van de A-G). Die stellingen komen in de kern neer op handelen door de Bank in strijd met gewekte verwachtingen/gemaakte afspraken. Het sterk feitelijke karakter van deze redenering laat onverlet dat de Hoge Raad hier met geen woord rept over opzet tot benadeling, laat staan als min of meer noodzakelijke voorwaarde voor het kunnen aannemen van schending van een specifieke zorgvuldigheidsnorm jegens eisers. In casu kan die normschending schuilgaan in zowel onrechtmatige daad als wanprestatie. Mijn ervaring is dat in de praktijk bij het afgeleide schade leerstuk – waarnaar de Hoge Raad in r.o. 3.3 overigens niet verwijst, ik benadruk dat – meestal de eerste mogelijkheid speelt.

9. Onderdeel 2 van het cassatiemiddel betoogt zonder succes, omdat het berust op een verkeerde lezing van het arrest van het gerechtshof, a) dat in de zienswijze van het gerechtshof, ten onrechte, aan de toewijsbaarheid van de vordering van eisers in de weg staat dat het gaat om afgeleide schade en b) dat het definitieve karakter van de schade – mede veroorzaakt doordat de afwijzing van de vordering van de twee vennootschappen tegen de bank onherroepelijk is – niet zonder meer aan de toewijsbaarheid van de vorderingen van eisers in de weg staat (zie r.o. 3.4). Ik splits dit uit in a) en b).

a. Het vermeldenswaardige van de overwegingen van de Hoge Raad bij sub a) is dat hij afgeleide schade wederom beperkt omschrijft als de vermindering van de waarde van de aandelen in de vennootschappen, waarvoor eisers als aandeelhouders schadevergoeding kunnen vorderen van de bank. Daarmee begrenst de Hoge Raad het afgeleide schade leerstuk consequent. Vgl. o.a. HR 16 februari 2007 (Gebroeders Tuin Beheer/Houthoff Buruma), r.o. 3.3 sub c jo. 3.9, waarin de Hoge Raad welbeschouwd overweegt dat de in HR 2 december 1994 (Poot/ABP) vervatte redenering niet – mede – van toepassing is indien door de aandeelhouder vergoeding wordt gevorderd van schade die hij op andere wijze lijdt dan door vermindering van de waarde van zijn aandelen in de vennootschap (de vraag is bepaald gerechtvaardigd of dit zich in casu niet ook voordoet, zie nummer 10 hierna). Daarbij wordt uiteraard door de Hoge Raad gememoreerd dat die schade dan wel het gevolg moet zijn van schending door de bank van een jegens eisers geldende specifieke zorgvuldigheidsverplichting. Het wordt mij ook hieruit niet duidelijk of de Hoge Raad bij een dergelijke schending het recht om schadevergoeding te vorderen onverkort toekent, of dat dan nog een aanvullende "alle omstandigheden van het geval" beoordeling dient te volgen, via – in wezen – de band van de billijkheid(correctie) (zie nummer 4 hiervoor). Ik krijg uit dit arrest en uit HR 16 februari 2007 (Gebroeders Tuin Beheer/Houthoff Buruma), r.o. 3.3 sub c in ieder geval niet direct de indruk dat de Hoge Raad erg sterk aan een dergelijke aanvullende beoordeling hecht. Daarbij merk ik wel op dat waar hij eerder dit jaar overweegt dat de aandeelhouder slechts recht heeft op vergoeding van door hem in deze hoedanigheid geleden schade als deze schade het gevolg is van schending van een jegens hem geldende specifieke zorgvuldigheidsverplichting, hij in casu overweegt dat eisers als aandeelhouders vergoeding van voornoemde afgeleide schade kunnen vorderen indien zij deze schade hebben geleden als gevolg van een schending van een specifiek jegens hen geldende zorgvuldigheidsnorm. Dit lijkt mij hooguit een summiere nuancering. Echte inhoudelijke verduidelijking op dit punt in de toekomst juich ik toe.

b. Bij sub b) verwijst de Hoge Raad naar de omstandigheid dat de schade voor de vennootschappen definitief is geworden (omdat de vennootschappen in de afwijzing in rechte van hun schadevergoedingsvordering hebben berust), en oordeelt dat het hof niet heeft "miskend" dat deze omstandigheid aan vergoeding van afgeleide schade "niet in de weg staat." Deze omstandigheid lijkt mij bij uitstek een factor die in aanmerking dient te komen bij de aanvullende multi-factor toetsing zoals in sub a) en nummer 4 hiervoor aangestipt, indien de Hoge Raad die aanneemt. Zie o.a. Timmerman (2006), 134-136. Wat het hof in dit verband slechts heeft geoordeeld, met juistheid aldus de Hoge Raad, is dat voornoemde omstandigheid op zichzelf niet meebrengt dat de gedragingen van de bank jegens eisers als onrechtmatig moeten worden aangemerkt. Die slotsom is niet verrassend: het alternatief komt immers neer op het vergelijken van appels met peren. Zie in gelijke zin reeds HR 15 juni 2001, «JOR» 2001/172 (Chipshol/Coopers & Lybrand), r.o. 3.4.4, waarnaar de Hoge Raad ook verwijst (zie eveneens de A-G in 3.2 voor het arrest).

10. Volgens de A-G betreft het in casu geen schade van eisers die via – het vermogen van – de vennootschap loopt, maar rechtstreekse (en dus: geen afgeleide) schade van eisers (zie de A-G in 4.14 en 4.17 voor het arrest). Ik kan uit r.o. 3.3-3.4 niet afleiden dat deze opvatting hierin doorklinkt. De Hoge Raad, die bij het pareren van het tweede onderdeel van het cassatiemiddel r.o. 3.4 nadrukkelijk in de afgeleide schade sleutel plaatst, lijkt om dit punt heen te zeilen. Overigens lees ik in r.o. 3.4 wel dat de Hoge Raad afgeleide schade als door hem gedefinieerd ziet als eigen schade van de aandeelhouder, ook als een specifiek jegens hem geldende zorgvuldigheidsnorm niet geschonden is (zie nummers 5-6 hiervoor).

11. Tot slot. Het voorgaande gaat over afgeleide schade, niet over afgeleide actie. Een derivative suit kent het huidige Nederlandse vennootschapsrecht niet, al wordt invoering daarvan wel bepleit. Zie o.a. Kroeze (2004). Ik wijs op de brief van de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer d.d. 12 november 2007, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 29 752, nr. 5, 3 (getiteld 'Modernisering van het ondernemingsrecht'), waaruit kan worden afgeleid dat dit onderwerp niet van de agenda is afgevoerd (en waarin ook verwezen wordt naar de business judgment rule en mogelijke invoering daarvan), al staat het er niet heel duidelijk. Ik volsta hier met de opmerking dat naarmate de wettelijke regulering van

bestuurlijk gedrag (bijvoorbeeld waar het gaat om de tegenstrijdig belang problematiek) meer via de band van – de dreiging van – persoonlijke aansprakelijkheid jegens de vennootschap wordt gespeeld, het belang van introductie van een afgeleide actie in het Nederlandse vennootschapsrecht toeneemt. Het ligt dan in de rede het Nederlandse vennootschapsrecht met deze faciliteit uit te rusten en aandeelhouders van de vennootschap de – geclausuleerde – mogelijkheid te bieden, ten behoeve van de vennootschap, het bestuurlijk gedrag ter toetsing aan de rechter voor te leggen in een art. 2:9 BW-procedure. Zie Assink (2007), 621-622.

B.F. Assink
advocaat bij NautaDutilh NV te Amsterdam

93

JOR 2008/93

Hoge Raad
29 februari 2008, R06/098HR,
ECLI:NL:PHR:2008:BC2199
(Mr. Beukenhorst, Mr. De Savornin Lohman, Mr. Van Buchem-Spapens, Mr. Van Oven, Mr. Asser)
(Concl. A-G Timmerman, niet opgenomen; red.)
Noot A.F.J.A. Leijten

Tegenstrijdig belang. Antilliaans recht. Strekking en vereisten tegenstrijdig belang. Benadeling vennootschap door betrokken rechtshandeling niet vereist. Onverenigbaarheid van belangen bij bestuurder. Bruil/Kombex-criterium van toepassing (HR 29 juni 2007, «JOR» 2007/169, m.nt. Leijten en m.nt. Bartman).

[BW art. 6:150 sub d, 2:146; WvKNA (oud) art. 124]

Onderdeel 4 betoogt dat het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat slechts sprake is van tegenstrijdige belangen indien blijkt dat de vennootschap als gevolg van de betrokken rechtshandeling enig nadeel dreigt te lijden. Dit onderdeel is gegrond.

De strekking van het hier toepasselijke art. 124 WvKNA (oud) – dat (vrijwel) gelijk is aan art. 2:146 BW – is te voorkomen dat de bestuurder bij zijn handelen zich (met name) laat leiden door zijn persoonlijk belang in plaats van (uitsluitend) het belang van de vennootschap dat hij heeft te dienen. De bepaling strekt in de eerste plaats tot bescherming van het belang van de vennootschap door de bestuurder de bevoegdheid te ontzeggen de vennootschap te vertegenwoordigen als hij door de aanwezigheid van een persoonlijk belang of door zijn betrokkenheid bij een ander met dat van de rechtspersoon niet parallel lopend belang niet in staat moet worden geacht het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht. Voor de toepassing van de bepaling is niet vereist dat de betrokken rechtshandeling daadwerkelijk tot benadeling van de vennootschap zal leiden, doch is voldoende dat de bestuurder te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming. De vraag of een tegenstrijdig belang bestaat, kan slechts worden beantwoord met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval (HR 29 juni 2007 «JOR» 2007/169, m.nt. Leijten en m.nt. Bartman (Bruil/Bruil).

Café Bar Caribbean NV te Curaçao,
eiseres tot cassatie,
advocaat: mr. J.W.H. van Wijk,
tegen
Licores Maduro NV te Curaçao,
verweerster in cassatie,
advocaat: mr. D.M. de Knijff.

(...; *red.*)

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

i. Op 25 april 2003 is een overeenkomst gesloten tussen A.J.P. Hogendoorn als verkoper en Café Bar Investments N.V. (hierna: CBI) als koper. Blijkens die overeenkomst heeft Hogendoorn al zijn aandelen in CBC verkocht aan CBI. In art. 4.3 van de overeenkomst heeft CBI zich verbonden er-

voor zorg te dragen dat voldoende fondsen beschikbaar zouden zijn om de vorderingen van Café Bar International (hierna: CBInt) op CBC te voldoen.
ii. Op 5 juni 2003 is tussen Hogendoorn en CBI een aanvullende overeenkomst gesloten, door hen addendum genoemd. In art. IV van het addendum is bepaald dat de aanvullende overeenkomst is gesloten onder de opschortende voorwaarde dat "the Enterprise" uiterlijk op 12 juni 2003 een bedrag van Naf 75.000,= aan Hogendoorn heeft terugbetaald. Het gaat hier om een bedrag dat Hogendoorn aan CBC had geleend om CBC aan de nodige fondsen te helpen. Licores heeft dit bedrag aan Hogendoorn betaald.
iii. Op 11 juli 2003 hebben Licores en CBC een overeenkomst gesloten. Daarin is opgenomen dat Licores in de periode van 4 juli 2003 tot 10 juli 2003 vier bedragen heeft overgemaakt en/of betaald tot een totaalbedrag van Naf 364.029,58. Deze betalingen waren bestemd voor CBInt en hielden verband met het hiervoor genoemde art. 4.3. In de overeenkomst van 11 juli 2003 is bepaald dat de betalingen hebben plaatsgevonden onder de voorwaarde dat CBC zo spoedig mogelijk doch niet later dan 15 augustus 2003 zou terugbetalen. De overeenkomst is namens Licores ondertekend door haar managing director O.M. van der Dijs en namens CBC door haar managing director Odima Management in de persoon van dezelfde Van der Dijs, die managing director is van Odima Management.
iv. Op 26 juni 2003 heeft Licores rechtstreeks aan vijf werknemers van CBC het hun toekomende salaris betaald. Het gaat om een totaalbedrag van Naf 5.249,70.
3.2. Licores vordert de veroordeling van CBC tot betaling van Naf 444.280,=, zijnde het totaalbedrag van de hiervoor in 3.1 genoemde bedragen. Aan haar vordering heeft zij ten grondslag gelegd dat zij die bedragen ten behoeve van CBC heeft voorgeschoten.
Het gerecht in eerste aanleg heeft de vordering toegewezen. Het hof heeft het vonnis bekrachtigd. Volgens het hof is ten aanzien van de onder 3.1. genoemde betalingen voldaan aan de vereisten van subrogatie in de zin van art. 6:150, aanhef en onder d, BW. Het hof overwoog daartoe (rov. 5.6) dat CBC wenste dat de schulden betaald werden, dat Licores bereid was die bedragen voor te schieten, en dat daaruit volgt dat de betalingen van Licores aan Hogendoorn, CBInt en de werknemers voortvloeiden uit een (stilzwijgende) overeenkomst tussen Licores en CBC. Naar het oordeel van het hof (rov. 5.7-5.9) was ten aanzien van achtereenvolgens Hogendoorn, CBInt en de werknemers sprake van wetenschap als bedoeld in art. 6:150, aanhef en onder d.
Met betrekking tot het bedrag van Naf 364.029,58 overwoog het hof bovendien dat CBC overigens reeds uit hoofde van de overeenkomst van 11 juli 2003 gehouden is tot terugbetaling van laatstgenoemd bedrag. Die overeenkomst is naar het oordeel van het hof rechtsgeldig, nu geen sprake is van tegenstrijdige belangen bij het aangaan van die overeenkomst; niet is gebleken dat CBC als gevolg van de betaling door Licores aan CBInt en het tekenen van de overeenkomst van 11 juli 2003 enig nadeel dreigde te lijden. Het hof overwoog voorts dat de (nieuwe) directie van CBC voor het sluiten van die overeenkomst geen voorafgaande schriftelijke goedkeuring van de aandeelhouder behoefde te verkrijgen. (rov.5.8)
3.3. De onderdelen 1 (met uitzondering van onderdeel 1.4), 2, 3 en 6 hebben betrekking op de door het hof aangenomen subrogatie. Onderdeel 1 komt op tegen het oordeel van het hof dat met de (stilzwijgende) overeenkomst tussen Licores en CBC is voldaan aan het in art. 6:150, aanhef en onder d, BW gestelde vereiste dat sprake moet zijn van een overeenkomst tussen de derde die de vordering voldoet en de schuldenaar. De onderdelen 2, 3 en 6 richten zich tegen het oordeel van het hof dat ten aanzien van Hogendoorn, CBInt en de werknemers sprake was van de voor subrogatie vereiste wetenschap als bedoeld in dat artikel.
Onderdeel 1 voert aan dat het hof heeft miskend dat voor subrogatie in de zin van art. 6:150, aanhef en onder d, BW niet voldoende is dat de overeenkomst tussen de derde die de vordering voldoet en de schuldenaar ertoe strekt dat de schuldenaar wenst dat de vordering wordt voldaan en de derde bereid is de vordering te voldoen, maar dat voor subrogatie in de zin van deze bepaling vereist is dat de overeenkomst tussen de derde die de vordering voldoet en de schuldenaar tevens ertoe strekt dat de vordering van de schuldeiser bij wege van subrogatie overgaat op de derde. Het onderdeel is terecht voorgesteld. Nu het hof in rov. 5.6 niet heeft geoordeeld dat een overeenkomst is gesloten die strekt tot subrogatie, is het bestreden oordeel onjuist. Dit brengt mee dat de onderdelen 2, 3 en 6 eveneens slagen omdat

aan het in art. 6:150, aanhef en onder d, BW bedoelde vereiste van wetenschap van de schuldeiser eerst is voldaan wanneer die wetenschap ziet op een overeenkomst tussen de derde en de schuldenaar die ertoe strekt dat de derde wordt gesubrogeerd in de rechten van de schuldeiser jegens de schuldenaar.
3.4. Onderdeel 1.4 klaagt dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden door ten aanzien van het bedrag van Naf 364.029,58 aan te nemen dat sprake was van subrogatie. Volgens het onderdeel heeft Licores zich ten aanzien van dit bedrag niet beroepen op subrogatie, maar uitsluitend op het feit dat de verplichting van CBC tot terugbetaling van dat bedrag rechtstreeks volgde uit de overeenkomst van 11 juli 2003. De gedingstukken laten geen andere uitleg toe dan dat Licores zich met betrekking tot de onderhavige vordering slechts op de overeenkomst van 11 juli 2003 heeft beroepen, zodat de klacht gegrond is.
3.5. Onderdeel 4 betoogt (onder 4.2) dat het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting door (in rov. 5.8) te oordelen dat slechts sprake is van tegenstrijdige belangen indien blijkt dat de vennootschap als gevolg van de betrokken rechtshandeling enig nadeel dreigt te lijden. Dit onderdeel is gegrond.
De strekking van het hier toepasselijke art. 124 WvKNA (oud) – dat (vrijwel) gelijk is aan art. 2:146 BW – is te voorkomen dat de bestuurder bij zijn handelen zich (met name) laat leiden door zijn persoonlijk belang in plaats van (uitsluitend) het belang van de vennootschap dat hij heeft te dienen. De bepaling strekt in de eerste plaats tot bescherming van het belang van de vennootschap door de bestuurder de bevoegdheid te ontzeggen de vennootschap te vertegenwoordigen als hij door de aanwezigheid van een persoonlijk belang of door zijn betrokkenheid bij een ander met dat van de rechtspersoon niet parallel lopend belang niet in staat moet worden geacht het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht. Voor de toepassing van de bepaling is niet vereist dat de betrokken rechtshandeling daadwerkelijk tot benadeling van de vennootschap zal leiden, doch is voldoende dat de bestuurder te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming. De vraag of een tegenstrijdig belang bestaat, kan slechts worden beantwoord met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval (HR 29 juni 2007, nr. C06/041, NJ 2007, 420).
De overige klachten van onderdeel 4 behoeven geen behandeling.
3.6. Onderdeel 5 klaagt dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden en/of ten onrechte de feitelijke grondslag van het verweer van Licores heeft aangevuld door (in rov. 5.8) te oordelen dat de (nieuwe) directie van CBC geen voorafgaande schriftelijke goedkeuring van de aandeelhouder behoefde voor het aangaan van de overeenkomst van 11 juli 2003. Ook deze klacht is gegrond nu de gedingstukken geen andere uitleg toelaten dan dat Licores niet het verweer heeft gevoerd dat voor het aangaan van de overeenkomst die goedkeuring niet vereist was, doch – integendeel – slechts dat de aandeelhouder (Hogendoorn) die goedkeuring had gegeven.

4. Beslissing
De Hoge Raad:
vernietigt het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba van 2 mei 2006;
verwijst het geding naar dat hof ter verdere behandeling en beslissing;
veroordeelt Licores in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

NOOT

1. Deze Antilliaanse zaak, die een aantal interessante aspecten vertoont, is zonder kennisname van de uitspraken in de feitelijke instanties niet goed te begrijpen (wie hier een echo van een eerdere annotatie hoort zij verwezen naar de openingszin van Van Schilfgaarde's noot in NJ 2002, 393 onder het Joral-arrest, «JOR» 2002/111, m.nt. I).
2. Hogendoorn, 100% aandeelhouder (50 gewone en 2 prioriteitsaandelen) en enig bestuurder van Café Bar Caribbean NV ("CBC"), verkoopt al zijn aandelen in CBC op 25 april 2003 aan Café Bar Investments NV ("CBI"), een overnamevehikel van Van der Dijs. Op dezelfde dag levert Hogendoorn slechts 13 gewone aandelen in CBC aan CBI voor een prijs van Naf. 300.000,=. Hogen-

doorn blijft dus 75% aandeelhouder in CBC; de overige aandelen zouden in vier tranches tot ultimo 2006 worden geleverd en betaald, maar zelfs de tweede tranche wordt niet gehaald. Op 25 april 2003 wordt een andere vennootschap van Van der Dijs, Odima Management BV ("Odima"), bestuurder van CBC in plaats van Hogendoorn. De Share Purchase Agreement tussen Hogendoorn, CBI en CBC ("SPA") wordt door alle partijen daarbij op 5 juni 2003 geamendeerd. Geen partij bij de SPA is Licores Maduro NV ("Licores"), een derde Van der Dijs vennootschap en zuster van CBI.

3. CBC is franchisenemer en afnemer van Café Bar International BV ("CBInt"). Ondanks de gelijkenis in statutaire naam zijn CBC en franchisegever CBInt geen verbonden rechtspersonen. Ultimo 2002 heeft CBInt een vordering op CBC wegens een achtergestelde lening en de franchise fee over 2001 (bij elkaar ongeveer Naf. 293.400), hierna: de "Vordering". De SPA bepaalt hierover in art. 4.3 ("Purchaser" is CBI en "the Enterprise" is CBC): "Investment in the Enterprise. Purchaser will arrange for sufficient funds to be available in order to settle the claim of Café Bar International BV against the Enterprise on the Effective Date." Met "Effective Date" wordt 25 april 2003, de dag van ondertekening van de SPA, bedoeld.

4. Het loopt anders. Op 25 april 2003 stort CBI geen fondsen in CBC en CBC betaalt de Vordering niet. Na een aantal aanmaningen en zelfs een buitengerechtelijke ontbinding van de SPA door Hogendoorn op 2 juli 2003, wordt de Vordering op 10 juli 2003 voldaan door middel van een rechtstreekse betaling door Licores aan CBInt. In dezelfde week betaalt Licores daarnaast – kennelijk via een bankrekening op naam van CBC – nog een bedrag van Naf. 40.600 aan lokale crediteuren van CBC en een bedrag van bijna Naf. 30.000,= in verband met een luchtvrachtzending voor CBC. Op 11 juli 2003 komen Licores en CBC overeen dat het totaal van deze ten behoeve van CBC betaalde bedragen (Naf. 364.029,58) uiterlijk op 15 augustus 2003 door CBC aan Licores zal worden terugbetaald (de "Overeenkomst"). De Overeenkomst is namens CBC ondertekend door Van der Dijs (als bestuurder van Odima), en namens Licores eveneens door Van der Dijs.

5. Tijdige terugbetaling vindt niet plaats. Op 19 augustus 2003 ontbindt Hogendoorn definitief de SPA wegens wanprestatie van CBI. In een kort geding eist hij van CBI Naf. 400.000,= als voorschot op de schadevergoeding. CBI, die zich neerlegt bij de ontbinding van de SPA maar de wanprestatie betwist, vordert in reconventie de Naf. 300.000,= koopsom eerste tranche terug. De rechter wijst beide vorderingen af omdat het geschil zich niet leent voor behandeling in kort geding. Uit het vonnis van 1 december 2003 blijkt dat Odima als bestuurder van CBC inmiddels weer is vervangen door Hogendoorn.

6. Op 17 september 2003 had Licores CBC aangemaand om de Naf. 364.029,58 te betalen, met wettelijke rente vanaf 15 augustus 2003. Twee maanden later, na de bestuurswisseling in CBC, laat Hogendoorn namens CBC aan Licores weten dat hij onder voorwaarden bereid is een akkoord met Licores te sluiten, inhoudende dat CBC Naf. 333.418 (derhalve meer dan 90% van de Naf. 364.029,58) aan Licores zou terugbetalen in maandelijkse termijnen van Naf. 4.000. Na het vastlopen van de gesprekken hierover vordert Licores in rechte de door haar ten behoeve van CBC betaalde bedragen van CBC terug. Behalve de Naf. 364.029,58 gaat het om een betaling aan werknemers van CBC ad Naf 5.249,70 en een terugbetaling van een door Hogendoorn aan CBC verstrekte lening van Naf 75.000. Licores beroept zich terzake van laatstgenoemde betalingen op subrogatie en voor de Naf. 364.029,58 op de Overeenkomst.

7. Het mag niet verwonderen dat bij deze stand van zaken de feitenrechters de vordering van Licores hebben willen toewijzen. Onbetwist is immers dat Licores schulden van CBC heeft betaald, als gevolg waarvan CBC is gebaat. Voor de bedragen anders dan die terzake van de Vordering blijkt uit de SPA niet dat CBI de daarvoor benodigde gelden aan CBC had moeten fourneren. In zoverre kan niet gezegd worden dat Licores aan een verplichting van CBI heeft voldaan. De vraag of CBI uiteindelijk moet opdraaien voor het bedrag van de Vordering op grond van art. 4.3 SPA is een vraag die tussen Hogendoorn/CBC en CBI moet worden opgelost in de procedures die over de ontbinding van de SPA gaan. Maar in cassatie gaat het vonnis van het Hof, dat het toewijzende vonnis van het gerecht in eerste aanleg bevestigde, alsnog op de beide door Licores aangevoerde grondslagen onderuit.

8. De eerste les uit dit arrest is dat betaling van de schuld van een ander, met toestemming van die ander en diens schuldeiser, nog geen con-

tractuele subrogatie in de zin van art. 6:150 onder d BW oplevert. Bij oppervlakkige lezing van dit wetsartikel kan dit licht over het hoofd worden gezien. Hij die de schuld van een ander betaalt, doet dat in beginsel voor eigen risico (art. 6:30 BW), als gevolg waarvan de vordering van de schuldeiser te niet gaat en dus niet krachtens subrogatie op de betaler overgaat. Voor contractuele subrogatie is blijkens de wetsgeschiedenis nodig (i) dat de overeenkomst tussen de betaler (Licores) en de schuldenaar (CBC) ertoe strekt dat de vordering van de schuldeiser overgaat op de betaler, en (ii) dat de schuldeiser op het moment van betaling op de hoogte is (gebracht) van de overeenkomst die ertoe strekt dat de betaler wordt gesubrogeerd. Het Hof had dat niet vastgesteld. Blijkens de feiten is dat ook niet vast te stellen, zodat Licores na verwijzing zal moeten trachten alsnog een andere grondslag aan te voeren, zoals zaakwaarneming, onverschuldigde betaling (voor zover de betalingen via CBC zijn gelopen) of ongerechtvaardigde verrijking. Of dat processueel nog mogelijk is laat ik hier buiten beschouwing.

9. Het lijkt onwaarschijnlijk dat Van der Dijs bij het aangaan van de Overeenkomst namens zowel CBC als Licores heeft nagedacht over de mogelijke valkuil van het tegenstrijdig belang. Had hij dat wel gedaan, dan had hij eerst vastgesteld dat de statuten van CBC geen van de wettekst afwijkende regeling over vertegenwoordiging bij tegenstrijdig belang bevatten. Vervolgens had hij aan de door Hogendoorn beheerste ava van CBC een besluit kunnen voorleggen waarbij Odima uitdrukkelijk als bijzonder vertegenwoordiger van CBC terzake van het aangaan van de Overeenkomst zou zijn aangewezen. Maar of Hogendoorn daaraan zou hebben meegewerkt, is onduidelijk. Licores stelt dat Hogendoorn destijds akkoord was met de betalingen ten behoeve van CBC en de daarbij behorende terugbetalingsverplichting. CBC houdt vol dat de crediteurswissel conform de Overeenkomst haar van meet af aan benadeelde, omdat zij met CBInt een soepele betalingsregeling had, terwijl de Overeenkomst CBC verplichtte om alles binnen een maand aan Licores te betalen.

10. Bij gebreke van een uitdrukkelijk aanwijzingsbesluit stelt CBC de vraag aan de orde of sprake was van een relevant tegenstrijdig belang bij Van der Dijs. Omdat Van der Dijs geen meerderheidsaandeelhouder in CBC was, kan Licores zich niet beroepen op de subregel uit r.o. 3.6 van het Bruil-arrest (HR 29 juni 2007, «JOR» 2007/169, m. nt. Leijten en m.nt. Bartman), inhoudende dat tussen groepsvennootschappen waarvan de uiteindelijke zeggenschap in één hand wordt gehouden slechts onder bijzondere omstandigheden van tegenstrijdig belang sprake kan zijn. Het Hof meende echter dat er om een andere reden geen sprake was van tegenstrijdige belangen, te weten dat niet was gebleken dat CBC als gevolg van het tekenen van de Overeenkomst enig nadeel dreigde te lijden. Dit oordeel gaat in cassatie voorspelbaar onderuit, omdat de Hoge Raad al in het Duplicado-arrest had beslist dat art. 2: 256 "niet slechts van toepassing is indien zeker is dat de betrokken rechtshandeling daadwerkelijk tot benadeling zal leiden" (HR 9 juli 2004, «JOR» 2004/266, m.nt. I, r.o. 3.5.2). Na conform het Joral-arrest te hebben overwogen dat art. 124 WvKNA (oud) (vrijwel) gelijk is aan art. 2:146 BW, herhaalt de Hoge Raad (vrijwel) letterlijk r.o. 3.4 (behalve de eerste volzin daarvan) van het Bruil-arrest, inclusief een herhaling van de hiervoor geciteerde overweging uit Duplicado.

11. Zekerheid van benadeling is dus niet vereist; voldoende is dat de bestuurder met zodanig onverenigbare belangen te maken heeft dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap (CBC). Was dat hier het geval? Naast het kwalitatief tegenstrijdige belang – Van der Dijs trad op als (indirect) bestuurder van zowel CBC als Licores – bestond er ook een materieel tegenstrijdig belang over de "draagplicht" terzake van het bedrag van de Vordering. Het belang van CBC was dat CBI dat bedrag in CBC zou investeren, (vgl. art. 4.3 SPA, getiteld "Investment in the Enterprise"), dus zonder verplichting tot terugbetaling; het belang van Licores was nu juist gediend met terugbetaling door CBC. Als 100% aandeelhouder van Licores en slechts 25% aandeelhouder van CBC was Van der Dijs uiteraard geneigd om aan het belang van Licores voorrang te geven, zulks mogelijkerwijs ten detrimente van CBC (volgens CBC biedt CBI geen verhaal). Daarin schuilt het persoonlijke belang van Van der Dijs.

12. Mij lijkt de les hieruit tweeërlei. Dat zekerheid van benadeling geen vereiste is voor toepassing van art. 146/256, betekent nog niet dat mogelijke benadeling geen element vormt in de beantwoording van de vraag of de bestuurder te ma-

ken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat hij moet afzien van vertegenwoordiging. Integendeel: mogelijkheid of waarschijnlijkheid van benadeling zal bij die beantwoording vaak het beslissende element zijn. Vgl. Rb. Leeuwarden 31 oktober 2007, «JOR» 2008/7, m.nt. Bartman, waar we dit mechanisme aan het werk zien in een uitspraak die nauwgezet de Bruil-criteria volgt. In de tweede plaats dat, zoals Maeijer het uitdrukt, een kwalitatief tegenstrijdig belang alleen onder de reikwijdte van de wettelijke regeling valt, indien er een verwevenheid is met een persoonlijk tegenstrijdig indirect belang van de bestuurder (Asser-Maeijer 2-III, nr. 295). A-G Timmerman stelt (conclusie sub 2.14) dat, om van tegenstrijdig belang te kunnen spreken, bij het handelen van een bestuurder, steeds zijn persoonlijke belang een rol moet spelen en een "op zichzelf staand" tegenstrijdig belang niet binnen de reikwijdte van de wettelijke regeling valt. Ik meen dat dit juist is. In zijn reactie op de conclusie A-G – een "Borgersbrief", zie art. 44 lid 3 Rv – wijst de advocaat van CBC echter op een andere passage uit Bruil, die de Hoge Raad in bovenstaand arrest ook herhaalt, te weten dat art. 2:146/256 BW "in de eerste plaats strekt ter bescherming van het belang van de vennootschap door de bestuurder de bevoegdheid te ontzeggen de vennootschap te vertegenwoordigen als hij door de aanwezigheid van een persoonlijk belang of door zijn betrokkenheid bij een ander met dat van de rechtspersoon niet parallel lopend belang niet in staat moet worden geacht het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht." Uit de cursieve woorden leidt CBC af dat ook sprake kan zijn van een tegenstrijdig belang indien het persoonlijke belang van de bestuurder geen rol speelt, maar wel het – niet met het belang van de vennootschap parallel lopende – belang van een ándere vennootschap waarvan hij eveneens bestuurder is, het zuivere kwalitatief tegenstrijdige belang dus.

13. De zojuist geciteerde passage is ongelukkig geformuleerd. Zo ontneemt de wettekst niet alleen aan de besmette bestuurder de vertegenwoordigingsbevoegdheid, zoals de passage suggereert, maar ook aan alle andere bestuurders, besmet of niet. Ook begrijp ik niet goed waarom de Hoge Raad eerst "vennootschap" schrijft en daarna "rechtspersoon". Voorts sluit de terminologie niet goed aan bij die van andere passages uit het Bruil-arrest; ik verwijs naar mijn noot onder Bruil in «JOR» 2007/169. Inderdaad suggereert het gebruik van de woorden "of" en "ander belang" dat het zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang onder omstandigheden ook onder de regeling kan vallen. Desondanks meen ik dat CBC teveel in deze passage leest. De Hoge Raad heeft het niet over het belang van een andere vennootschap waarvan de bestuurder tevens bestuurder is, maar over diens "betrokkenheid" bij dat andere, niet met dat van de vennootschap parallel lopende belang. Dat het daarbij moet gaan om persoonlijke betrokkenheid in de door Maeijer bedoelde zin leid ik af uit (i) de – inmiddels door de Hoge Raad drie keer genoemde – "hoofdstrekking" van art. 2:146/256: voorkomen dat de bestuurder bij zijn handelen zich (met name) laat leiden door zijn persoonlijk belang in plaats van (uitsluitend) het belang van de vennootschap dat hij heeft te dienen; en (ii) r.o. 3.7 van Bruil, waarin wij onder meer lezen dat een beroep op 2:146/256 slechts kan slagen als "een persoonlijk belang van de bestuurder in de hiervoor bedoelde zin tegenstrijdig was met het belang van de vennootschap". In bovenstaand arrest refereert de Hoge Raad weliswaar niet aan r.o. 3.7 van Bruil, maar hij doet dat wel aan het slot van zijn recente beschikking inzake Pinakel Holding BV van 21 maart 2007, LJN BC1849, die met een noot zal worden gepubliceerd in de volgende aflevering van dit tijdschrift.

14. De omstandigheid dat de A-G, anders dan de Hoge Raad, de desbetreffende klacht ongegrond acht, betekent niet dat zij het oneens zijn over de reikwijdte van art. 2:146/256 BW. De A-G meent dat de klacht moet falen omdat CBC niets had gesteld over een concreet persoonlijk belang van Van der Dijs als bedoeld in Bruil. Nu lag dat ook niet voor de hand, omdat alle stellingen van CBC (behalve die uit de hiervoor besproken Borgersbrief) dateren van voor het Bruil-arrest, waarin de Hoge Raad voor het eerst duidelijk een concrete benadering van het tegenstrijdig belang voorstaat in plaats van een abstracte benadering. Ik houd het er daarom op dat de Hoge Raad de klacht gegrond heeft geacht, mede om CBC na verwijzing alsnog in de gelegenheid te stellen haar stellingen op dit punt aan de gewijzigde inzichten van de Hoge Raad uit het Bruil-arrest aan te passen. Zoals uit het vorenstaande blijkt, acht ik aannemelijk dat CBC wel een concreet tegen-

strijdig belang terzake van de terugbetaling van de Vordering aannemelijk zal kunnen maken, maar niet terzake van de overige in de Overeenkomst genoemde bedragen (lokale crediteuren en luchtvracht). Ik zou menen dat in dat geval CBC partieel aan de Overeenkomst gebonden moet worden geacht. Voor zover het gaat om de terugbetaling van het bedrag van de Vordering is sprake van partiële nietigheid van de rechtshandeling (art. 3:41 BW en r.o. 3.5.4 van de voornoemde Pinakel-beschikking).
15. Tot slot: Op 1 maart 2004 is art. 124 WvKNA (oud) vervallen en vervangen door een geheel andere regeling van vertegenwoordiging bij tegenstrijdig belang in art. 2:11 van het Nederlands Antilliaanse (nieuw) Burgerlijk Wetboek. De reikwijdte daarvan is beperkt tot rechtshandelingen met of rechtsgedingen tegen de bestuurder. Bij of krachtens de statuten kan overigens van deze regel worden afgeweken. Zou de Overeenkomst acht maanden later zijn ondertekend, dan zou een beroep op tegenstrijdig belang CBC niet gebaat hebben. Uit bovenstaande uitspraak volgt dat volgens het desbetreffende overgangsrecht het nieuwe Nederlands Antilliaanse Boek 2 BW niet van toepassing is op rechtshandelingen die dateren van voor de inwerkingtreding daarvan. In Nederland heeft op 18 maart 2008 een voorontwerp van wet het licht gezien dat een besluitvormingsregel bij tegenstrijdig belang introduceert en art. 2:146/256 BW laat vervallen: zie www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving onder "Aanpassing bestuur en toezicht in nv's en bv's". Dit is een voor de rechtspraktijk zeer welkom voorstel: zie mijn noot onder Bruil in «JOR» 2007/169. Mocht dit voorontwerp wetsvoorstel worden en uiteindelijk wet, dan zal de afschaffing van deze problematische vertegenwoordigingsregel alleen werking hebben ten aanzien van na de inwerkingtreding van de wet verrichte rechtshandelingen, tenzij een specifieke overgangsrechtelijke regeling anders bepaalt. Een dergelijke regeling ontbreekt in het voorontwerp.

A.F.J.A. Leijten
advocaat bij Stibbe te Amsterdam

321

JOR 2009/321

Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen
6 april 2009, A.R. 665/2008,
ECLI:NL:OGEANA:2009:BK1524
(Mr. De Kort)
Noot M.W. Josephus Jitta

Uitkoop naar Nederlands Antilliaans recht. Gerecht stelt zelfstandig prijs over te dragen aandelen vast. Aansluiting bij prijs in dagvaardig nu beurskoers daags voor vonnis lager was.

[BW Nederlandse Antillen art. 2:250]

Het Gerecht acht op grond van de overgelegde bescheiden genoegzaam aangetoond dat eiseres op de dag van indiening van het verzoekschrift voor eigen rekening ten minste 95% van het geplaatste kapitaal in de vennootschap vertegenwoordigt. Haar vordering is in zoverre deugdelijk. De vordering van eiseres kan in beginsel worden toegewezen.
Ten aanzien van de door eiseres te betalen prijs voor de over te dragen aandelen overweegt het Gerecht als volgt. Voor een aandeel dat ter beurze is genoteerd, dient die waarde in het economische verkeer in beginsel te worden gesteld op de prijs die op die beurs voor dat aandeel wordt betaald.
Nu op de handelsdag voorafgaande aan de dag van wijzen van dit vonnis de slotkoers van het aandeel in de vennootschap op de beurs van Nasdaq lager was dan het bedrag dat eiseres in haar vordering heeft opgenomen als de door het Gerecht vast te stellen prijs van de over te dragen aandelen, zal het Gerecht laatstbedoeld bedrag als de door eiseres te betalen prijs vaststellen.
De slotsom is dat de vordering van eiseres voor toewijzing vatbaar is.

De rechtspersoon naar vreemd recht Cohere Limited te Road Town (Tortola),
eiseres,
gemachtigde: mr. E.R. de Vries,

tegen
de andere aandeelhouders in het kapitaal van Velcro Industries NV te Curaçao,
gedaagden.

2. De beoordeling
2.1. Het Gerecht acht op grond van de overgelegde bescheiden genoegzaam aangetoond dat eiseres op de dag van indiening van het verzoekschrift voor eigen rekening ten minste 95% van het geplaatste kapitaal in de vennootschap vertegenwoordigt. Haar vordering is in zoverre deugdelijk.
2.2. Niet gebleken is dat aan de door gedaagden gehouden aandelen bijzondere rechten inzake de zeggenschap in de vennootschap zijn verbonden, noch dat gedaagden ondanks de vergoeding ernstige stoffelijke schade zouden – kunnen – lijden door de overdracht of dat eiseres jegens – een der – gedaagde(n) afstand heeft gedaan van haar bevoegdheid de onderhavige vordering in te dienen.
2.3. Op grond van het vorengaande kan de vordering van eiseres in beginsel worden toegewezen.
2.4. Ten aanzien van de door eiseres te betalen prijs voor de over te dragen aandelen overweegt het Gerecht als volgt.
2.5. Voor een aandeel dat ter beurze is genoteerd, dient die waarde in het economische verkeer in beginsel te worden gesteld op de prijs die op die beurs voor dat aandeel wordt betaald.
2.6. Nu – naar valt te kennen uit algemeen toegankelijke bronnen – op de handelsdag voorafgaande aan de dag van wijzen van dit vonnis de slotkoers van het aandeel in de vennootschap op de beurs van Nasdaq lager was dan het bedrag dat eiseres in haar vordering heeft opgenomen als de door het Gerecht vast te stellen prijs van de over te dragen aandelen, zal het Gerecht laatstbedoeld bedrag – USD 21,00 – als de door eiseres te betalen prijs vaststellen.
2.7. De slotsom is dat de vordering van eiseres, mede gelet op hetgeen overigens is bepaald in artikel 2:250 BW, voor toewijzing vatbaar is op de wijze zoals hierna te vermelden.
2.8. Gelet op het bepaalde in artikel 2:250 lid 6 BW, laatste zin, zal een beslissing omtrent de proceskosten achterwege worden gelaten.

3. De beslissing
Het Gerecht:
– verleent verstek tegen de niet-verschenen gedaagden;
– veroordeelt gedaagden alsmede degenen aan wie de aandelen in het kapitaal van de naamloze vennootschap Velcro Industries N.V. zullen toebehoren het onbezwaarde recht op de aandelen in het geplaatste kapitaal van de naamloze vennootschap Velcro Industries N.V., waarvan zij houder zijn, aan eiseres over te dragen;
– stelt de prijs van de over te dragen aandelen vast op USD 21,00 per aandeel en wel per heden;
– bepaalt dat die prijs, zolang en voor zover deze niet is betaald, wordt verhoogd met de wettelijke rente vanaf heden tot de dag van de overdracht of de dag van consignatie van de prijs met rente overeenkomstig artikel 2:250 BW;
– bepaalt dat uitkeringen, in laatstbedoeld tijdvak op de aandelen betaalbaar gesteld, tot gedeeltelijke betaling van de prijs op de dag van betaalbaarstelling strekken;
– veroordeelt eiseres de vastgestelde prijs, met rente zoals vermeld, te betalen aan gedaagden of aan degene(n) aan wie de aandelen zal (zullen) toebehoren tegen levering van het onbezwaarde recht op de aandelen;
– verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. Dit is het tweede tussenarrest dat de Ondernemingskamer in deze uitkoopprocedure heeft gewezen. Gelet op het aantal tussenarresten van de Ondernemingskamer in procedures waarin de uitkoop of de uitstoting van minderheidsaandeelhouders wordt gevorderd, kan denk ik alleen maar geconstateerd worden dat zowel de advocatuur als de Ondernemingskamer het moeilijk vindt om voor deze procedures een voorspelbare vorm te vinden. Wat daarbij niet helpt is de lange doorlooptijd van deze procedures bij de Ondernemingskamer. Deze uitspraak illustreert dat opnieuw. De inleidende dagvaardingen zijn in deze zaak op of omstreeks 23 oktober 2007 uitgebracht. Gedagvaard is tegen 15 november 2007, waarna tegen alle gedaagden verstek is verleend. Waarschijnlijk is betrekkelijk kort daarna arrest gevraagd. Het eerste tussenarrest is gewezen op 19 juni 2008 (ARO 2008/117). Bij dat arrest werd de eiser Ulixes in de gelegenheid gesteld stukken over te leggen waaruit bleek dat zij 95% van de aandelen in Univar hield. Deze stukken zijn door Ulixes op 17 juli 2008 overgelegd; daarna is opnieuw arrest gevraagd. Dat heeft dus nu,

15 maanden later, geleid tot dit tweede tussenarrest, waarbij de Ondernemingskamer de overlegging van stukken beveelt zodat de Ondernemingskamer de door Ulixes te betalen prijs zelfstandig kan vaststellen. De Ondernemingskamer acht in dit geval aanknoping bij de door Ulixes in het kader van het door haar op de aandelen Univar uitgebrachte openbaar bod niet mogelijk, omdat Univar inmiddels na de dagvaarding in totaal € 24,27 per aandeel aan (interim)dividenden heeft uitgekeerd. Wanneer deze uitkeringen hebben plaatsgevonden blijkt niet uit de uitspraak. De uitkeringen zullen voor 17 juli 2008 hebben plaatsgevonden, omdat na de datum van de door Ulixes genomen akte tot de datum van het tweede tussenarrest geen verdere informatie aan de Ondernemingskamer verstrekt kon worden.

Het is onbevredigend dat de Ondernemingskamer na zo lange tijd tot de conclusie komt dat zij meer informatie nodig heeft om tot een einduitspraak te komen. Dat geldt temeer omdat ik meen dat de primaire vordering van Ulixes zich ook zo laat lezen dat de Ondernemingskamer, indien zij dat gewild had, thans ook al tot een einduitspraak had kunnen komen. De lange doorlooptijd van uitkoopprocedures dwingt diegenen die minderheidsaandeelhouders willen uitkopen om, wanneer zij aansluiting willen zoeken bij een in ander verband door hen betaalde prijs, daarbij rekening te houden met vermogensmutaties die in de loop van de procedure zouden kunnen plaatsvinden. In een meer welwillende lezing van het primaire onderdeel van het petitum zouden de woorden "op € 53,50 per aandeel, te verminderen met eventueel na de datum van de dagvaarding op de aandelen betaalbaar gestelde dividenden onderscheidenlijk overige uitkeringen of betalingen op de aandelen" niet zijn gelezen als een uitnodiging aan de Ondernemingskamer om deze formule in het dictum op te nemen, maar als een uitnodiging aan de Ondernemingskamer om die berekening uit te voeren en het resultaat daarvan in het dictum op te nemen. Ik realiseer mij dat het theoretisch mogelijk zou zijn dat Univar naast de reeds aan de Ondernemingskamer gemelde uitkeringen verdere uitkeringen zou kunnen hebben gedaan en dat mijn vrije interpretatie van de vordering er toe zou hebben kunnen leiden dat de door Ulixes te betalen prijs te hoog zou zijn vastgesteld. Dat zou ondervangen hebben kunnen worden door Ulixes bij tussenarrest of op een andere door de Ondernemingskamer aanvaardbaar geoordeelde wijze op te dragen de Ondernemingskamer te informeren over de vraag of nog verdere uitkeringen hebben plaatsgevonden. Ik zou er geen bezwaar tegen hebben indien dergelijke informatie door de Ondernemingskamer bij brief en niet bij tussenarrest ingewonnen zou worden. Een alternatief zou erin hebben kunnen bestaan dat de Ondernemingskamer de prijs bepaald had per de datum waarop Ulixes haar akte had genomen; op die wijze zouden eventueel door Univar na die datum uitgekeerde dividenden op grond van de wet in mindering gekomen zijn op de door de Ondernemingskamer bepaalde prijs.

2. Ik merkte al op dat ik de doorlooptijd van deze procedure onpraktisch lang vind. De benadering van de Ondernemingskamer lijkt mij ook in een ander opzicht weinig praktisch. De Ondernemingskamer neemt het door een uitkoper in de procedure aangeboden bedrag als ondergrens voor de door de Ondernemingskamer te bepalen prijs. Indien de waarde in het economisch verkeer van de uit te kopen aandelen lager is dan het door de uitkoper geboden bedrag wordt de prijs op het door de uitkoper aangeboden bedrag gesteld (OK 15 mei 2008, «JOR» 2008/197 inzake Euronext). In de uitkoopprocedure inzake Numico (OK 28 oktober 2008, «JOR» 2008/335) heeft de Ondernemingskamer bij haar zelfstandige prijsbepaling onder meer gelet op "de omstandigheid dat er geen reden is om te veronderstellen dat de waarde van de aandelen Numico sinds 2 november 2007 (de datum waarop het openbaar bod gestand is gedaan) tot heden een wijziging in opwaartse zin heeft ondergaan en op het van algemene bekendheid zijnde feit dat de waarde van ter beurze genoteerde aandelen in het algemeen een – niet onbetekenende – wijziging in neerwaartse zin heeft ondergaan". De vaststelling dat de waarde van ter beurze genoteerde aandelen sinds het moment dat het openbaar bod was gestand gedaan fors was gedaald (het bod op Univar dateert uit globaal dezelfde periode), was ook in deze zaak niet misplaatst geweest. Dat, gekoppeld aan het mijns inziens eveneens algemeen bekende feit dat de waardedaling van ondernemingen met hoge financieringen verhoudingsgewijs groot is geweest, had de Ondernemingskamer zonder nader onderzoek tot de conclusie kunnen brengen dat de biedprijs verminderd met het betaalbaar gestelde divi-

dend, mede gelet op de biedpremie die in de biedprijs was begrepen, op dit moment hoger is dan de prijs waartoe een zelfstandige prijsbepaling door de Ondernemingskamer redelijkerwijs zal kunnen leiden. Anders zou dit zijn indien de Ondernemingskamer, in de gevallen dat een dergelijke zelfstandige prijsbepaling tot een lagere waarde van de uit te kopen aandelen leidt, de door de uitkoper te betalen prijs alsnog op dit lagere bedrag zou stellen en dus niet alsnog op de door de uitkoper aangeboden basis. Nu is het voor de minderheidsaandeelhouders in een dergelijke situatie een spel zonder nieten en ik vrees voor de uitkoper een nieuw rondje om de kerk en een nieuwe periode van wachten.
3. De jurisprudentie van de Ondernemingskamer vindt overigens elders in het Koninkrijk navolging: op 6 april 2009 heeft het Gerecht van Eerste aanleg van de Nederlandse Antillen de hierboven opgenomen uitspraak gedaan in een zaak waarin op grond van art. 2:250 BW van de Nederlandse Antillen (globaal overeenkomend met art. 2:92a BW) de uitkoop werd gevorderd van minderheidsaandeelhouders in Vecro Industries NV. Uit de uitspraak blijkt dat de door de minderheidsaandeelhouders gehouden aandelen Vecro Industries NV verhandeld werden op Nasdaq en dat de koers op de dag voor de uitspraak lager was dan het bedrag waartegen door de uitkoper de overdracht was gevorderd. De uitkoop werd tegen die hogere prijs bevolen op grond van dezelfde overwegingen die de Ondernemingskamer gebruikte in haar uitspraak inzake Euronext. Overweging 2.6 van het Gerecht in Eerste Aanleg is zelfs volledig gelijk aan overweging 3.17 in de uitspraak inzake Euronext.

M.W. Josephus Jitta
advocaat te Amsterdam

1

JOR 2010/1

Gemeenschappelijk Hof van Justitie
27 januari 2009, AR-223/04-H-139/05
(Mr. Sijmonsma, Mr. Wattel, Mr. Lock)
Noot A.F.J.A. Leijten

Tegenstrijdig belang. Antilliaans recht. Toepassing Bruil-criterium. In casu is geen sprake van tegenstrijdige belangen, omdat alle partijen belang hadden bij het sluiten van de overeenkomst. Vervolg op HR 29 februari 2008, «JOR» 2008/93, m.nt. Leijten.

[BW art. 6:150 sub d, 2:146; WvKNA (oud) art. 124]

Bij arrest van 29 februari 2008 («JOR» 2008/93, m.nt. Leijten) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het Hof ten onrechte heeft aangenomen dat Licores Maduro ("LM") de betalingen A, B en C van Café Bar Caribbean ("CBC") kan terugvorderen met als grondslag subrogatie.
Het Hof dient dus thans te onderzoeken of er een andere grondslag voor de terugvordering van de drie betalingen bestaat dan subrogatie.
De vordering tot terugbetaling van betaling B van LM ligt in beginsel voor toewijzing gereed. Gelet op hetgeen de Hoge Raad onder 3.5 van zijn arrest heeft geoordeeld, dient het beroep van CBC inhoudende dat er bij het sluiten van deze overeenkomsten van 11 juli 2003 sprake is geweest van een tegenstrijdig belang, beoordeeld te worden aan de hand van de vraag of de bestuurder te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming. De vraag of dit tegenstrijdig belang bestaat dient te worden beantwoord met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het geval. Niet gebleken is dat sprake is van tegenstrijdige belangen. Alle partijen hadden er immers belang bij dat het acute financieringsprobleem bij de vennootschap CBC werd opgelost zodat haar voortbestaan kon worden verzekerd. De betreffende overeenkomst

is dus niet nietig en de vordering betrekking hebbend op betaling B ligt dan ook voor toewijzing gereed.
Bovenstaande leidt tot de conclusie dat een deel van de vordering dient te worden afgewezen zodat het vonnis van het GEA vernietigd dient te worden.

Café Bar Caribbean NV te Curaçao,
oorspronkelijk gedaagde, appellante, eiseres in cassatie, en thans appellante na vernietiging en verwijzing in cassatie,na cassatie niet verschenen, tegen
Licores Maduro NV te Curaçao,
oorspronkelijk eiseres, geïntimeerde, verweerster in cassatie en thans gedaagde na vernietiging en verwijzing in cassatie,
gemachtigde: mr. Q.D.A. Carrega.

(...; *red.*)

2. De verdere beoordeling
2.1. De onderhavige zaak betreft, voor zover thans van belang, drie door LM verrichte betalingen. Eén betaling van NAF 75.000,- (hierna betaling A), één betaling in vier tranches van in totaal NAF 364.029,58 (hierna betaling B) en een betaling van salaris voor enkele werknemers van in totaal NAF 5.249,70 (hierna betaling C).
Bij arrest van 29 februari 2008 heeft de Hoge Raad geoordeeld, kort gezegd, dat het Hof ten onrechte heeft aangenomen dat LM die betreffende drie betalingen van CBC kan terugvorderen met als grondslag subrogatie.
2.2 Het Hof dient dus te onderzoeken of er een andere grondslag voor de terugvordering van de drie bedragen bestaat dan subrogatie.
Terzake betaling A heeft LM in het inleidend verzoekschrift niet meer gesteld dan dat Albert J.P. Hogendoorn, aandeelhouder van CBC, NAF 75.000,- aan CBC heeft voorgeschoten en dat LM dit bedrag op 13 juni 2003 aan P. Hogendoorn heeft gerestitueerd door middel van een "payment order" waarop is vermeld "Voorschot Café-Bar".
Een andere rechtsgrond dan de door GEA en het Hof genoemde subrogatie op grond waarvan CBC dit bedrag vervolgens aan LM dient terug te betalen, heeft LM in de procedure tot en met cassatie niet gesteld. Ook in haar memorie na cassatie spreekt zij met name over het feit dat LM dit bedrag zou voorschieten maar op basis van welke andere grondslag dan subrogatie LM dit bedrag vervolgens van CBC kan terugvorderen, heeft LM niet duidelijk gemaakt.
Meer concreet heeft LM in punt 10 van haar memorie na cassatie gesteld dat tussen haar en CBC was overeengekomen dat CBC dit bedrag van LM heeft geleend en dat CBC dit bedrag aan LM zou terug betalen. Deze stelling is echter niet nader onderbouwd, zodat het Hof daaraan voorbij zal gaan.
De in punt 11 van haar memorie na cassatie door LM ingenomen stelling inhoudende dat het bedrag van NAF 75.000,- ten behoeve van CBC is voorgeschoten op grond van een overeenkomst tussen LM en CBC, is te weinig feitelijk om nader te worden onderzocht.
Al met al zal de vordering tot betaling van NAF 75.000,- worden afgewezen omdat een toereikende grondslag daarvoor ontbreekt.
2.3.1 Wat betaling B betreft heeft de Hoge Raad onder 3.4 geoordeeld dat de gedingstukken geen andere uitleg toelaten dan dat LM zich met betrekking tot die vordering slechts op de overeenkomst van 11 juli 2003 heeft beroepen. Die als productie 2 bij inleidend verzoekschrift overgelegde overeenkomst bepaalt, voor zover thans relevant:
"The undersigned:
1. Café Bar Caribbean N.V. (…)
and
2. Licores Holding N.V. (…)
have agreed upon as follows:
During the period starting July 4, 2003 and ending July 10, 2003 Licores has transferred and/or paid the following amounts on behalf of CBC:
(…) (noot Hof: volgen vier verschillende bedragen in twee verschillende valuta. Partijen zijn het erover eens dat het in totaal gaat om NAF 364.029,58)
These payments were made on the condition that Café Bar Caribbean N.V. repay the full amounts as soon as possible but no later than August 15, 2003. (…)"
De vordering tot terugbetaling van betaling B van LM ligt met deze grondslag in beginsel voor toewijzing gereed. Waar CBC in haar conclusie van antwoord nog heeft gesteld dat LM wat dit bedrag betreft een vordering heeft op Café Bar Investments N.V. (hierna CBI), berust die opvatting op een foute lezing van vorenstaand citaat uit de overeenkomst van 11 juli 2003. Voor zover CBC ook heeft willen stellen dat het de bedoeling van partijen was dat CBI (en niet CBC) zou terugbeta-

len, is die stelling, mede gelet op de tekst van de overeenkomst, onvoldoende onderbouwd zodat zij om die reden wordt gepasseerd.
Het enkele feit dat de overeenkomst achteraf zou zijn opgesteld, doet, gelet op de weergegeven tekst, zonder nadere toelichting die door CBC niet dan wel onvoldoende is gegeven, geen afbreuk aan de weergegeven verplichting tot betaling zoals deze is vermeld.
2.3.2 Gelet op hetgeen de Hoge Raad onder 3.5 van zijn arrest heeft geoordeeld, dient het beroep van CBC inhoudende dat er bij het sluiten van deze overeenkomst van 11 juli 2003 sprake is geweest van tegenstrijdig belang, beoordeeld te worden aan de hand van de vraag of de bestuurder te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming. De vraag of dit tegenstrijdig belang bestaat dient te worden beantwoord met inachtneming van alle relevante omstandigheden van dit geval.
2.3.3 Wat dat betreft zijn de volgende omstandigheden relevant:
Hoogendoorn wilde zijn aandelen CBC verkopen aan CBI. CBC had behoorlijke schulden aan in elk geval Café Bar International B.V. (zie productie 2 memorie van antwoord gecombineerd met de niet door CBC weersproken, onder 2.4 inleidend verzoekschrift betrokken stelling, inhoudende dat er in december 2002 voor CBC bancaire financiering werd gezocht voor NAF 500.000,-) en die schulden waren opeisbaar dan wel was het afbetalingsbedrag- en gedrag van CBC zodanig dat Café Bar International B.V. niets meer wilde leveren aan CBC totdat in elk geval het leverancierskrediet volledig zou zijn aangezuiverd. Aldus stond kennelijk het voortbestaan van CBC op het spel. Toen de bewuste overeenkomst werd gesloten, was Odima Management N.V. (hierna Odima) inmiddels directeur van CBC. Directeur van Odima was Van der Dijs. In die tijd was dezelfde Van der Dijs directeur van LM. Gelet op de dreiging zijdens Café Bar International B.V. inhoudende dat zij de leveranties wilde stopzetten, diende er dus snel te worden gereageerd met een kapitaalinjectie die LM kennelijk kon geven en, blijkens de tekst van het geschrift van 11 juli 2003, op voorwaarde van terugbetaling ook bereid was te geven.
2.3.4 Gelet op het feit dat Van der Dijs zowel directeur was van LM als, door middel van Odima, van CBC, is het duidelijk dat hij in deze kwestie de belangen van twee onderscheiden vennootschappen moest dienen. Niet gebleken is echter dat sprake was van tegenstrijdige belangen. Alle partijen hadden er immers belang bij dat het acute financieringsprobleem bij CBC werd opgelost zodat haar voortbestaan kon worden verzekerd. Concreet heeft CBC wat de aanwezigheid van tegenstrijdige belangen betreft slechts aangevoerd dat er toen voor haar geen betalingsverplichting bestond. Zij ziet hierbij over het hoofd dat én de tekst van de overeenkomst zoals hiervoor weergegeven het tegendeel vermeldt én dat, zoals hiervoor is vastgesteld, het afbetalingsbedrag- en gedrag van CBC zodanig was dat Café Bar International B.V. niets meer wilde leveren aan CBC totdat in elk geval het leverancierskrediet volledig zou zijn aangezuiverd zodat het bestaan van CBC op het spel stond.
2.3.5 Resteert de stelling van CBC dat er geen toestemming is gevraagd aan de prioriteitsaandeelhouder(s), in dit geval de hiervoor reeds genoemde Hoogendoorn. Die stelling faalt omdat die toestemming reeds is verleend in art. 4.3 van de Share Purchase Agreement, inhoudende dat "Purchaser (CBI) will arrange for sufficient funds to be available in order to settle the claim of Café Bar International B.V.".
De betreffende overeenkomst is dus niet nietig en de vordering betrekking hebbend op betaling B ligt dan ook voor toewijzing gereed.
2.4 Betaling C is een door LM aan werknemers van CBC gedane salarisbetaling. Wat deze betaling betreft heeft LM aangevoerd dat zij dit bedrag heeft voorgeschoten ten behoeve van CBC en dat met CBC zou zijn overeengekomen dat CBC deze gelden zou terugbetalen. Enige nadere onderbouwing is echter niet gegeven zodat alleen al wegens dat gebrek de vordering op die grondslag niet kan worden toegewezen.
In haar memorie na cassatie heeft LM nog aangevoerd dat het in strijd met de redelijkheid en billijkheid is dat CBC in feite LM aanspreekt om tot betaling van deze schulden over te gaan, om vervolgens te trachten zich aan haar betalingsverplichting ter zake te onttrekken. Het ontgaat het Hof, mede nu in een geval van art. 6:30, eerste lid BW de betaler niet door die enkele betaling verhaal op de debiteur heeft, waarom het enkele feit dat LM geen nee heeft gezegd toen CBC haar tot betaling van het betreffende salaris aansprak, de redelijkheid en billijkheid met zich zouden bren-

gen dat LM thans ter zake die betaling een rechtens afdwingbare vordering op CBC zou hebben.
2.5 Bovenstaande leidt tot de conclusie dat een deel van de vordering dient te worden afgewezen zodat het vonnis van het GEA vernietigd dient te worden. Beide partijen hebben over en weer te gelden als gedeeltelijk in het ongelijk gesteld zodat het Hof de proceskosten zal compenseren als hierna bepaald.

Beslissing
het Hof:
vernietigt het tussen partijen door het GEA op 24 januari 2005 gewezen vonnis en doet opnieuw recht als volgt:
veroordeelt CBC, uitvoerbaar bij voorraad, om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan LM te betalen NAF 364.029,58, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 1 oktober 2003 tot aan de dag der algehele voldoening;
compenseert de kosten van deze procedure in eerste aanleg en in hoger beroep aldus dat iedere partij haar eigen kosten draagt;
wijst af het meer of anders gevorderde.

NOOT

1. Dit onherroepelijk geworden vonnis na verwijzing van het Gemeenschappelijk Hof van de Nederlandse Antillen en Aruba (het "Hof") is het vervolg op het arrest van de Hoge Raad van 29 februari 2008, «JOR» 2008/93 met mijn noot (de "Noot"). Bij dat arrest werd een eerder vonnis van 2 mei 2006 in deze zaak van hetzelfde Hof vernietigd.
2. Voor een uitgebreid feitenoverzicht verwijs ik naar de Noot, par. 2-6. Eiseres tot cassatie CBC, oorspronkelijk gedaagde, was met Licores Maduro NV ("Licores") een overeenkomst aangegaan, strekkende tot terugbetaling van door Licores c.s. aan CBC voorgeschoten bedragen (de "Overeenkomst"). Dat voorschieten gebeurde omdat CBC op dat moment niet zelf in staat was om aan al haar opeisbare verplichtingen te voldoen. Met de voorgeschoten bedragen werden crediteuren van CBC betaald, in het bijzonder Café Bar International BV.
3. CBC had succes bij de Hoge Raad met haar stelling dat het Hof haar beroep op nietigheid van de Overeenkomst wegens tegenstrijdig belang ten onrechte had verworpen op de grond dat niet gebleken was dat CBC als gevolg van de Overeenkomst enig nadeel dreigde te lijden. Het Hof moest dus alsnog beslissen of sprake was van een situatie van tegenstrijdig belang volgens het Bruil-criterium (HR 29 juni 2007, «JOR» 2007/169). Het Hof wijst ook in de *rebound* het beroep van CBC op niet-gebondenheid aan de Overeenkomst af, omdat niet gebleken is van tegenstrijdige belangen. Alle partijen hadden er immers belang bij dat het acute financieringsprobleem bij CBC werd opgelost zodat haar voortbestaan kon worden verzekerd, aldus het Hof.
4. Opmerkelijk is dat CBC in de procedure na verwijzing niet is verschenen om haar stellingen aan het Bruil-arrest aan te passen (vgl. Noot par. 14). Dat breekt haar blijkens r.o. 2.3.4 van dit eindvonnis op. CBC had niets gesteld omtrent een concreet persoonlijk belang van de enige (indirecte) bestuurder van CBC, Van der Dijs, terwijl dat wel mogelijk was geweest. In de Noot (par. 11) wees ik erop dat Van der Dijs, behalve indirect bestuurder van zowel CBC als Licores, tevens enig aandeelhouder was van Licores en slechts 25% aandeelhouder van CBC. Van der Dijs zal dus geneigd zijn geweest om aan de belangen van Licores de voorrang te geven. Daar komt bij dat een andere vennootschap van Van der Dijs zich enkele maanden vóór het sluiten van de Overeenkomst jegens CBC verbonden had om bij wijze van *investment* voldoende fondsen aan CBC ter beschikking te stellen ter betaling van de belangrijkste crediteur Café Bar International BV (Noot par. 3; conclusie A-G Timmerman onder 1.1 voor «JOR» 2008/93). De vraag is dus niet zozeer of alle partijen belang hadden bij de redding van CBC, maar of CBC er belang bij had dat die redding geschiedde op de wijze zoals in de Overeenkomst voorzien; dat wil zeggen met een terugbetalingsverplichting voor CBC in plaats van de eerder overeengekomen investering door Van der Dijs in CBC zonder terugbetalingsverplichting. Het antwoord dat CBC daar geen belang bij had, maar Van der Dijs wel, ligt voor de hand. Daarmee is een concreet tegenstrijdig belang tussen CBC en haar bestuurder uit de vaststaande feiten af te leiden.
5. Doordat CBC onvoldoende stelt, komt het Hof hier niet aan toe. Hij constateert slechts het kwalitatief tegenstrijdige belang van de dubbele bestuurdershoedanigheid, zodat Van der Dijs de belangen van twee onderscheiden vennootschappen moest dienen. Terecht acht het

Hof dat niet doorslaggevend. Het begrip "persoonlijk belang" valt echter niet. Het is jammer dat we niet weten wat het oordeel van het Hof geweest zou zijn indien CBC wel naar behoren aan haar stelplicht zou hebben voldaan. Maar de indruk die resteert is dat het Hof, overigens in een geheel andere samenstelling dan in 2006, als uitgangspunt neemt dat noodzaakfinanciering (de term is van De Kluiver) de continuïteit van de vennootschap dient en daarom niet strijdig is met het vennootschappelijk belang, zodat ook geen tegenstrijdig belang bestaat tussen de vennootschap enerzijds en de (indirect) bestuurder die de vennootschap financiert anderzijds.

6. Terzijde: een dergelijk uitgangspunt is geen toepassing van de concernexceptie (de term is van Bartman/Dorresteijn, *Van het concern*, 7e druk 2009, p. 261-263) uit r.o. 3.6 van het Bruil-arrest, want die vereist dat de uiteindelijke zeggenschap bij één persoon is geconcentreerd, terwijl bestuurder Van der Dijs ten tijde van het sluiten van de Overeenkomst niet de zeggenschap had over CBC, omdat hij slechts 25% van de aandelen bezat. Zie over de concernexceptie voorts de noot van Blanco Fernández onder Hof 's-Hertogenbosch 24 maart 2009, «JOR» 2009/126 (verwijzingsarrest Bruil) en mijn noot sub 11 onder HR 29 juni 2007, «JOR» 2007/169 (*Bruil*).

7. De kwestie Bovast (HR 9 oktober 2009, «JOR» 2009/286) betrof eveneens een geval van noodzaakfinanciering. Bovast Beleggingen BV werd gefinancierd door indirect interim-bestuurder Boot (die overigens geen aandeelhouder in Bovast was). In zijn conclusie voor dat arrest beziet A-G Timmerman de vraag of in dat geval in concreto sprake was van een tegenstrijdig belang tussen Bovast en Boot "in het licht van de manifeste belangentegenstellingen die optreden tussen een vennootschap in zwaar weer en haar financier" (par. 5.1.6). Dit uitgangspunt lijkt tegengesteld aan dat van het Hof in de bovenstaande uitspraak. De Hoge Raad (r.o. 3.4.5) volgt de A-G door te spreken van "in een zodanig geval in het oog springende tegengestelde belangen", maar hij verbijzondert het "zodanige geval" door daaronder te brengen de omstandigheid dat "de pensioenvoorziening van Boot privé als financieringsbron" gold. De toevoeging "privé" lijkt overbodig, maar is kennelijk bedoeld om Boots persoonlijke belang te onderstrepen.

8. Onlangs werd in kort geding opnieuw aandacht besteed aan art. 2:256 BW bij noodzaakfinanciering (Vzngr. Rb. 's-Gravenhage 23 november 2009, LJN BK6463). Net als in het bovenstaande geval en de kwestie Vamont (zie de noot onder «JOR» 2010/7 elders in deze aflevering) ging het daarbij om een horecabedrijf in financiële problemen, Villa Rozenrust BV. De curator van Villa Rozenrust beriep zich op niet-gebondenheid van de failliete vennootschap aan overeenkomsten met de indirect bestuurder en zijn echtgenote. De voorzieningenrechter overweegt onder meer dat de omstandigheid dat de bestuurder en zijn echtgenote sinds 2004 geld in Villa Rozenrust hebben "gestopt" en dat daarmee crediteuren van Villa Rozenrust zijn betaald, onderstreept dat zij "als 'financier' van de in financiële moeilijkheden verkerende Villa Rozenrust een persoonlijk belang hebben en dit belang loopt niet noodzakelijkerwijs samen met het belang van Villa Rozenrust" (r.o. 3.8). De slotwoorden van dit citaat geven geen blijk van een juiste toepassing van de concrete toets uit het Bruil-arrest. Het oordeel laat wél zien dat de voorzieningenrechter redeneert volgens de lijn van de A-G en de Hoge Raad uit Bovast. Hij volgt niet de lijn van het Hof in bovenstaande uitspraak, waarbij echter opnieuw de aantekening past dat CBC over het persoonlijke belang van Van der Dijs onvoldoende had gesteld.

9. Voor een ander geval waarin de stelplicht met betrekking tot art. 2:256 BW aan de orde was verwijs ik naar Hof Leeuwarden 27 januari 2009, «JOR» 2009/101; in mijn noot plaatste ik kritische kanttekeningen bij het oordeel van de rechter dat de eiser in dat geval niet aan de stelplicht volgens "Bruil" had voldaan.

A.F.J.A. Leijten

39

JOR 2010/39

Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen
16 december 2009, KG 331/2009,
ECLI:NL:OGEANA:2009:BL0523
(Mr. Veerman)
Noot C.J. Groffen

Antilliaans vennootschapsrecht. Verloren aandeelbewijs. Bevel ex art. 2:105 lid 4 NABW aan vennootschap om aandeelhouder die zijn toonderaandeelbewijs is verloren als aandeelhouder op naam aan te merken en als zodanig in het aandeelhoudersregister te registreren.

[NABW art. 2:105 lid 4]

De aandelen binnen Rhodia NV (gevestigd te Curaçao) worden gehouden door Rodolphe Hottinger (40%), Henri Hottinger (30%) en Frédéric Hottinger (30%), waarbij het gaat om toonderaandelen. Van de respectieve aandelenpakketten is voor ieder van de aandeelhouders een certificaat uitgegeven. Henri stelt dat het certificaat van zijn aandelenpakket is zoekgeraakt.
Henri vordert onder meer om bij vonnis Rhodia NV te bevelen om Henri op de voet van art. 2:105 lid 4 NABW als aandeelhouder op naam aan te merken.
Krachtens art. 2:105 lid 4 NABW wordt de aandeelhouder die ten genoege van de vennootschap aannemelijk maakt dat zijn toonderaandeelbewijs is verloren of teniet gegaan, op zijn verzoek, tot het tegendeel blijkt, door de vennootschap als aandeelhouder op naam aangemerkt.
Bij de beoordeling gaat het erom of Henri aannemelijk heeft gemaakt dat hij zijn certificaat heeft verloren, niet of hij als aandeelhouder moet worden aangemerkt. Dat aan de beoordeling van het verloren zijn geen zware eisen mogen worden gesteld volgt uit het "aannemelijk maken". Onweerlegbaar bewijs is dus niet nodig. Dat aan de beoordeling geen zware eisen mogen worden gesteld kan tevens uit de slotzin van genoemd artikel worden afgeleid, immers volgt daaruit dat de aandeelhouder aansprakelijk is indien zich later een ander met het toonderaandeel zou melden.
Het gerecht oordeelt als volgt. Van relevante contra-indicaties van het niet verloren zijn van het certificaat is niet gebleken. Vooralsnog kan echter niet worden uitgesloten dat Rodolphe de beschikking daarover heeft, immers is het certificaat in 2006 naar Rodolphe gezonden en geeft Rodolphe geen uitsluitsel over wat er daarna mee gebeurd is. Zodoende draagt hij zelf aan de door hem gestelde onduidelijkheid bij. Het gaat dan niet aan dat uitgerekend Rodolphe NV die thans volledig door Rodolphe gecontroleerd wordt, het niet kunnen tonen van het certificaat aan Henri tegenwerpt. Dientengevolge kan zij in redelijkheid niet volhouden dat Henri geen aandeelhouder is. Het gevolg daarvan is dat Henri ingevolge het bepaalde in art. 2:105 lid 4 NABW door Rhodia als aandeelhouder op naam moet worden aangemerkt.

H.G. Hottinger te Zwitserland,
eiser,
gemachtigde: mr. U. van Bemmelen,
tegen
1. Rhodia NV te Curaçao,
gedaagde,
gemachtigden: mrs. R.E. Blaauw, M.Th. Aanstoot en S.J.M. Hoeben,
2. R.E. Hottinger te Zwitserland,
gedaagde.

(...; *red.*)

2. De feiten
2.1. Rhodia is een van de vennootschappen binnen de Hottinger bank (hierna: de bank). Het episch centrum van de activiteiten van de bank ligt in een in Zwitserland gevestigde maatschap. Daarnaast is er een aantal vennootschappen die binnen en/of buiten Zwitserland zijn gevestigd. Daaronder bevindt zich Rhodia, met statutaire zetel in de Nederlandse Antillen.
2.2. De bank is een bedrijf van de familie Hottinger. Direct betrokken bij de bank zijn Henri (eiser in de procedure) en zijn twee zoons Frédéric en Rodolphe (de laatste thans gedaagde). Bij de verschillende vennootschappen en maatschappen van de bank zijn vader Henri en zijn twee zoons Frédéric en Rodolphe door deelnemingen en/of bestuursfuncties over en weer direct dan wel middellijk betrokken.

2.3. Sinds enige tijd is er een conflict binnen de familie over de positie van Rodolphe binnen de bank. Henri en Frédéric hebben het vertrouwen in Rodolphe verloren. Hij is uit de Zwitserse maatschap gezet. Daarover loopt een arbitrageprocedure in Zwitserland. Voorts is hij, voor zover hier relevant, ontslagen als bestuurder binnen Emba waarover eveneens een procedure loopt. Rhodia heeft een 8% belang in Emba. Een belangrijk deel van de activiteiten van de bank zijn bij Emba ondergebracht.

2.4. Het bestuur van Rhodia bestond tot 28 september 2009 uit Rodolphe als president managing director en Henri en Unitrust N.V., de laatste twee ieder als managing director. Unitrust N.V. is per 28 september 2009 uit het bestuur getreden door een opzegging van haar kant. Sindsdien bestaat het bestuur uit Rodolphe en Henri, maar feitelijk uitsluitend uit Rodolphe die krachtens de statuten als president managing director bevoegd is de vennootschap bij uitsluiting te vertegenwoordigen terwijl Henri dat slechts gezamenlijk met een andere bestuurder kan en deze andere bestuurder er thans niet is, behalve dan Rodolphe.

2.5. De aandelen binnen Rhodia worden gehouden door Rodolphe (40%), Henri (30%) en (middellijk) Frédéric (30%) waarbij het gaat om toonderaandelen. Er is een geschil over de aandelen van Henri. Van de respectieve aandelenpakketten is voor ieder van de aandeelhouders een certificaat uitgegeven. Henri stelt dat het certificaat van zijn aandelenpakket is zoekgeraakt. Voor Rodolphe is dat geen zekerheid, reden waarom hij Henri niet toelaat tot de algemene vergadering van aandeelhouders. Het belang van deze toelating en/of de weigering daarvan is onder meer gelegen in het door Rodolphe gewenste ontslag van Henri als bestuurder van de vennootschap en vice versa, waarvoor de stemrechten op de aandelen van Henri of vice versa het ontbreken ervan beslissend is.

2.8. Wat de certificaten aangaat is het volgende van belang. Er is een certificaat afgegeven voor ieder van de drie aandeelhouders, genummerd 1 tot en met 3. De aan Rodolphe en Henri toebehorende certificaten, respectievelijk certificaten 1 en 2, werden bewaard op het kantoor van de bank in Zurich. Frédéric heeft zijn certificaat altijd zelf gehouden. Uit een in de procedure overgelegd verzendbewijs volgt dat de certificaten van Henri en Rodolphe op 12 april 2006 van het kantoor van de bank in Zurich zijn verzonden naar het kantoor van de bank in Genève. De betreffende verzending is ter attentie van Rodolphe gesteld.

2.9. In verband met het conflict zoals hiervoor omschreven heeft Henri Rodolphe gevraagd om teruggave van zijn certificaat. De Zwitserse advocaat van Rodolphe heeft daarop bij brief van 20 mei 2009 geantwoord dat – samengevat – het certificaat inderdaad door Rodolphe in Genève is ontvangen maar Rodolphe niet weet waar het certificaat zich thans bevindt. Zijn advocaat schrijft verder dat hij, Rodolphe, nog naar het certificaat zal zoeken. Meer specifiek schrijft hij het volgende:

"Il est exact qu'Hottinger & Cie à expédié le 12 avril 2006 a mon mandatun (...) les certificats no 1 pour 12.000 actions et no 2 pour 9.000 actions au porteur de la société Rhodia NV (...)"

en

"M. Rodolphe Hottinger fera des recherches complémentaires aussitôt qu'il en aura le loisir."

2.10. Rodolphe heeft daarop Unitrust in haar hoedanigheid van lokaal vertegenwoordiger van Rhodia – daarnaast was Unitrust toen nog tevens bestuurder – gevraagd een aandeelhoudersvergadering bijeen te roepen waarbij het ontslag van Henri geagendeerd zou staan. Na de suggestie van Unitrust om dit niet uitsluitend via de formele weg te doen door een oproep in de Curaçaose Courant maar ook Henri en Frédéric hiervan persoonlijk te verwittigen omdat zij de betreffende krant in Zwitserland niet zullen ontvangen, heeft de zaakwaarnemer van Rodolphe, de heer A. van der Kroft in een e-mail van 28 juli 2009 aan Unitrust het volgende geschreven:

"Dat lijkt mij niet zo'n goed idee. Het is evident dat REH (Rodolphe, toevoeging gerecht) 70% van de aandelen bezit dus de ruime meerderheidsaandeelhouder is. Philip van der Heijden (zaakwaarnemer van Henri en Frédéric, toevoeging gerecht) heeft geen deugdelijke autorisatie, al was het maar omdat de andere aandeelhouders formeel onbekend zijn. Zij hebben bewust en opzettelijk gekozen voor toonderaandelen en moeten dan ook spelen volgens de regels.

Alles wat Unitrust meer of anders doet dan waartoe zij wettelijk is gehouden heeft tot gevolg dat zij aansprakelijk wordt voor al het nadeel dat de vennootschap of haar aandeelhouder zou kunnen ondervinden. Voor zoveel dat nog nodig is kun je dit beschouwen als een aansprakelijkheidsstelling."

2.11. Dezelfde dag – 28 juli 2009 – is Unitrust als bestuurder afgetreden waarvoor zij in een e-mail van die datum de volgende reden geeft:
"The reason for our resignation is that is has come to our attention that the relationship between the remaining board members and the shareholders of Rhodia N.V. has become increasingly frail and we are not in a position to remain impartial."
2.11. Uit een daarna bij dit gerecht gevoerde kort geding procedure is gebleken dat het ontslagbesluit van Unitrust voor haar te overhaast is geweest en zij dit wilde terugdraaien. Daarin is zij niet geslaagd omdat Rodolphe, die zonder Henri de meerderheid van stemmen in de algemene vergadering van aandeelhouders heeft, zich tegen deze herbenoeming verzet.
2.12. In een e-mail trail waaruit van diverse zoekacties op kantoren van de bank in Luxemburg en de Bahamas blijkt, heeft Frédéric aan een medewerker van de bank in Zurich, Joerg auf der Mauer, op 22 april 2009 het volgende geschreven:
"Apparently REH (Rodolphe, toevoeging gerecht) is not able to locate the certificates missing of Rhodia (...) which belongs to my father. I see no other means than to reissue new certificates."
2.13. Bij brief van 7 oktober 2009 verzoekt Henri de vennootschap ten slotte om een vervangend certificaat. In de begeleidende brief van Unitrust – inmiddels bestuurder af maar op dat moment nog de lokaal vertegenwoordiger van Rhodia – aan Rodolphe is in dat verband het volgende vermeld:
"Given the contents of the reply by baron H.G. Hottinger it has become sufficiently plausible to us that certificate no 2 representing 9.000 shares in the capital of Rhodia N.V. has indeed been lost. If you agree, we kindly request that you convoke a meeting of the Board of Directors of the company to discuss Baron H.G. Hottinger's appeal to issue a new certificate and the conditions and guarantees in connection therewith."
2.14. In zijn schriftelijke reactie daarop van 12 oktober 2009 ontkent Rodolphe de aandelen te hebben ontvangen in Genève. Hij stelt dat niet genoegzaam is aangetoond dat Henri de aandelen nog heeft. In dat verband wijst hij op twee *blocking certificates* van de betreffende aandelen, afgegeven in 2007 en 2008 door voornoemde Joerg auf der Mauer, waaruit volgens hem moet volgen dat het certificaat zich op die datum in Zurich bevond. Hij schrijft niet overtuigd te zijn van het zoekraken van het certificaat en wijst het voorstel om een bestuursvergadering bijeen te roepen af. Het *blocking certificate* van 2008 luidt, voor zover hier van belang, als volgt.
"This is to certify that we are holding three certificates representing in total 30,000 shares Rodia N.V. ('the Company') for mr. Henri, Mr Frédéric and Mr. Rodolphe and that these certifcates will remain blocked by us until and one month after the date mentioned below."
Op verzoek van Henri, heeft Joerg auf der Mauer daarna middels een e-mail aan hem laten weten dat de veronderstelling van Henri dat hij de drie certificaten niet onder zich had correct is. Hij stelt de *blocking certificates* te hebben ondertekend in de veronderstelling dat de certificaten in Genève lagen zonder dit verder te controleren.
2.15. Vervolgens is er op initiatief van Henri bestuursvergadering een aandeelhoudersvergadering bijeengeroepen waarop het afgeven van een vervangend certificaat geagendeerd stond. Voor deze vergaderingen zijn advertenties in kranten in vier jurisdicties geplaatst met daarin als agendapunt vermeld het afgeven van een vervangend certificaat aan Henri. Tijdens de vergaderingen zijn geen andere personen verschenen buiten, al dan niet vertegenwoordigd door derden, Henri, Rodolphe en Frédéric.

3. Het geschil
3.1. Henri vordert om bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:
- i. Rhodia te bevelen om Henri op de voet van artikel 2:105 lid 4 BW als aandeelhouder op naam aan te merken en binnen 24 uur na het wijzen van dit vonnis als zodanig in het aandeelhoudersregister te registreren en Henri te machtigen om namens Rhodia al het nodige daartoe te (laten) doen;
- ii. Rodolphe te bevelen om zich te onthouden van elk handelen waaronder nalaten waarmee het onder (i) gestelde zoals verzocht en toe te wijzen wordt gefrustreerd, en te bepalen dat Rodolphe aan Henri een dwangsom van NAF 1.000.000,00 zal verbeuren voor iedere overtreding van dat bevel;
- iii. Rodolphe te bevelen om zich te onthouden van elk intern en extern handelen namens Rhodia, en te bepalen dat Rodolphe aan Henri een dwangsom van NAF 1.000.000,00 zal verbeuren voor iedere overtreding van dat bevel;
- iv. Rodolphe te bevelen binnen 24 uur na het wijzen van dit vonnis aan Henri een overzicht te

verstrekken van alle interne en externe handelingen die hij namens Rhodia heeft verricht na 29 oktober 2009 en die handelingen terug te draaien althans ongedaan te maken, onder andere, maar niet beperkt tot, het door middel van het aan houders van door Rodolphe na die datum afgegeven volmachten, machtigingen, opdrachten en instructies schriftelijk te berichten dat deze als ingetrokken moeten worden beschouwd, althans bij deze worden ingetrokken, onder de mededeling dat deze indertijd niet rechtsgeldig zijn verstrekt, met kopie daarvan aan Henri, en te bepalen dat Rodolphe aan Henri een dwangsom van NAF 1.000.000,00 zal verbeuren voor iedere dag of gedeelte daarvan dat hij niet aan dat bevel voldoet,
waarbij gedaagden in de kosten van het geding worden veroordeeld, daaronder begrepen de kosten van rechtskundige bijstand.
3.2. Rhodia voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover nodig, nader ingegaan.

4. De beoordeling
4.1. Rhodia bestrijdt het spoedeisend belang bij de verzochte voorziening. Zij stelt dat Henri de vordering eerder aan het gerecht had kunnen voorleggen in een (spoedeisende) bodemprocedure direct nadat hem was gebleken dat het certificaat er niet meer is. Het gerecht volgt Rhodia hierin niet. Voor het eerst op 12 oktober 2009 heeft Rodolphe betwist het certificaat van Henri te hebben ontvangen en stelt hij, kennelijk in zijn hoedanigheid van bestuurder van Rhodia, dat Rhodia niet bereid is tot het afgeven van een vervangend certificaat. Daarop heeft Henri op 30 november 2009 het verzoekschrift ingediend. Van enig talmen hierin is niet gebleken zodat kan worden aangenomen dat Henri een rechtens te respecteren spoedeisend belang heeft bij de gevraagde voorzieningen.
4.2. Verder stelt Rhodia dat het geschil zich niet leent voor de behandeling in kort geding omdat het daarvoor zowel feitelijk als juridisch te ingewikkeld is. Het laatste kan en mag een beoordeling in kort geding niet in de weg staan. Wat het eerste betreft is sprake indien de voor de beoordeling van belang zijnde feiten niet duidelijk zijn en mogelijk daarvoor bewijs moet worden geleverd. In de onderhavige kwestie zijn de feiten echter duidelijk in zoverre dat de meeste rechtstreeks uit de overgelegde producties volgen. In een eventuele bodemprocedure komt mogelijk een bewijslevering aan de orde, maar dat betekent niet dat vooruitlopend daarop in kort geding een ordemaatregel kan worden gegeven.
4.3. Rhodia stelt dat het gevorderde een declaratoir karakter heeft en de vordering reeds daarom niet toewijsbaar is in kort geding. Met het gevorderde, wordt naar zij stelt, een wijziging in de rechtsverhouding tussen partijen beoogd, wat Rhodia aangaat de registratie van Henri als aandeelhouder op naam.
4.4. Te dien aanzien is de overweging van het gerecht dat het hier niet gaat om een verklaring voor recht, maar om een aan Rhodia te geven bevel waarbij het aankomt op de beoordeling of Henri op grond van de voorliggende feiten door Rhodia als aandeelhouder moet worden aangemerkt. Het betreft hier de feitelijke vaststelling van een rechtsverhouding en niet de constituering daarvan. Dat het gevolg van deze vaststelling is dat Henri bij het verloren zijn van zijn toonderaandeelbewijs als aandeelhouder op naam moet worden aangemerkt vloeit voort uit het bepaalde in artikel 2:105 lid 4 NABW. Constituerend is dit echter niet.
4.5. Krachtens artikel 2:105 lid 4 BW wordt de aandeelhouder die ten genoege van de vennootschap aannemelijk maakt dat zijn toonderaandeelbewijs is verloren of teniet is gegaan, op zijn verzoek, tot het tegendeel blijkt, door de vennootschap als aandeelhouder op naam aangemerkt. In de slotzin van genoemd artikel is bepaald dat de aandeelhouder in dat geval tegenover de vennootschap en derden aansprakelijk is voor alle als gevolg hiervan te lijden schade.
4.6. Bij de beoordeling gaat het erom of Henri aannemelijk heeft gemaakt dat hij zijn certificaat heeft verloren, niet of hij als aandeelhouder moet worden aangemerkt. Het laatste moet door andere middelen worden vastgesteld waarvoor, logisch volgend uit de tekst en strekking van het artikel, het certificaat geen vereiste is. Dat aan de beoordeling van het verloren zijn geen zware eisen mogen worden gesteld volgt uit "het aannemelijk maken". Onweerlegbaar bewijs is dus niet nodig. Dat aan de beoordeling geen zware eisen mogen worden gesteld kan tevens uit de slotzin van genoemd artikel worden afgeleid, immers volgt daaruit dat de aandeelhouder aansprakelijk is indien zich later een ander met het toonderaandeel zou melden.

4.7. Henri stelt genoegzaam te hebben aangetoond dat hij het certificaat is verloren. Zijn certificaat is in 2006 van het kantoor van de bank in Zurich naar het kantoor in Genève verzonden. Hij stelt het certificaat sindsdien niet meer gezien te hebben. In Genève is het certificaat ontvangen door Rodolphe. De advocaat van Rodolphe heeft dit erkend in zijn onder 2.9 vermelde brief. Wat er daarna mee gebeurd is, is niet duidelijk geworden. Op alle relevante vestigingen van de bank is naar het certificaat gezocht, maar zonder resultaat. Vanaf 2006 hebben zich geen andere aandeelhouders voor een stemrecht of een uitkering van dividend gemeld. Ook op zijn voorstel voor afgifte van een vervangend certificaat, gepubliceerd in landelijke kranten in vier jurisdicties in Europa, heeft niemand zich gemeld.
4.8. Rhodia stelt daartegenover dat uit twee *blocking certifcates* volgt dat de aandelen toen niet in Genève waren maar bij een medewerker van de bank in Zurich. Verder stelt zij dat niet moet worden uitgesloten dat het certificaat in handen is gekomen van een persoon met wie Henri een affectieve relatie zou onderhouden.
4.9. Het gerecht oordeelt als volgt. De onder 4.7. vermelde omstandigheden zijn gezamenlijk genomen voldoende voor de redelijke aanname dat het certificaat er niet meer is. De vraag is dan of de onder 4.8 vermelde feiten en omstandigheden die Rhodia daartegenover heeft gesteld, moeten dwingen tot een ander oordeel. Het gerecht beantwoordt die vraag ontkennend. De medewerker van de bank die na 2006 een tweetal *blocking certificates* op het certificaat heeft afgegeven, heeft in de onder 2.14 vermelde e-mail aangegeven dat dit gebeurd is in het vertrouwen dat de certificaten in Genève lagen. Dit vertrouwen was gebaseerd, naar hij stelt, op de brief van 12 april 2006 waaruit de verzending naar Genève bleek. Daarmee geeft deze medewerker aan dat hij de certificaten niet onder zich – in Zurich – heeft gehad. Het gerecht acht dit aannemelijk gelet het feit dat de *blocking certificates* ook ten aanzien van de certificaten van Rodolphe en Frédéric zijn afgegeven terwijl de eerste zegt de aandelen altijd in Genève te hebben gehouden en de laatste de aandelen zelf in depot hield. In redelijkheid kan door Rhodia niet worden volgehouden dat de *blocking certificates* grond geven voor de veronderstelling dat het certificaat van Henri zich toen in Zurich bevond terwijl het certificaat van feitelijk haar enig bestuurder Rodolphe al die tijd in Genève zou hebben gelegen.
4.10. De mogelijkheid dat het certificaat aan een ander is overgedragen, meer specifiek een persoon met wie Henri een affectieve relatie heeft, heeft Rhodia niet concreter gemaakt dan dit. Daarmee is het gestelde in die mate speculatief dat daarvan bij de beoordeling ex artikel 2:105.lid 4 niet kan worden uitgegaan.
4.11. Gelet op het voorgaande is van relevante contra-indicaties van het niet verloren zijn van het certificaat niet gebleken. Vooralsnog kan niet worden uitgesloten dat Rodolphe de beschikking daarover heeft, immers is het certificaat in 2006 naar Rodolphe gezonden en geeft Rodolphe geen uitsluitsel over wat er daarna mee gebeurd is. Zodoende draagt hij zelf aan de door hem gestelde onduidelijkheid bij. Het gaat dan niet aan dat uitgerekend Rhodia die thans volledig door Rodolphe gecontroleerd wordt, het niet kunnen tonen van het certificaat aan Henri tegenwerpt. Dientengevolge kan zij in redelijkheid niet volhouden dat Henri geen aandeelhouder is. Daarbij is nog van betekenis dat ook de andere aandeelhouder, Frédéric, blijkens de onder 2.12 vermelde e-mail de erkenning van zijn vader als aandeelhouder ondersteunt zodat Rhodia vanuit die hoek niet hoeft te vrezen voor een erkenning door haar van het aandeelhouderschap van Henri. Het gevolg daarvan is dat, zoals verzocht, Henri ingevolge het bepaalde in artikel 2:105 lid 4 BW door Rhodia als aandeelhouder op naam moeten worden aangemerkt.
4.12. De slotsom van het voorgaande is dat de vordering sub (i) zal worden toegewezen. De vordering sub (ii) jegen Rodolphe komt het gerecht niet als ongegrond of in strijd met de wet voor zodat ook deze wordt toegewezen, zij het dat er reden is voor een ambtshalve matiging van de gevorderde boete tot NAF 250.000,00 per overtreding met een maximum van NAF 1.000,000,00. De vorderingen sub (iii) en (iv) worden afgewezen. Vordering sub (iii) betreft de facto een schorsing van Rodolphe als bestuurder, maar daarover dient de algemene vergadering van aandeelhouders te beslissen. Hetzelfde geldt voor de onder (iv) gevorderde vernietiging van bestuursbesluiten waarvan overigens, anders dan door Henri stelt, vooralsnog niet is gebleken dat deze niet rechtsgeldig zijn.
4.13. Rhodia en Rodolphe zullen als de overwegend in het ongelijk gestelde partijen in de proceskosten van Henri worden veroordeeld. (...; *red.*)

5. De beslissing
Het gerecht, rechtdoende in kort geding,
5.1. beveelt Rhodia om Henri op de voet van artikel 2:105 lid 4 BW als aandeelhouder op naam aan te merken en binnen 24 uur na het wijzen van dit vonnis als zodanig in het aandeelhoudersregister te registreren en machtigt Henri om namens Rhodia al het nodige daartoe te (laten) doen,
5.2. beveelt Rodolphe om zich te onthouden van elk handelen waaronder nalaten waarmee het onder 5.1. bepaalde wordt gefrustreerd,
5.3. bepaalt dat Rodolphe aan Henri een dwangsom van NAF 250.000,00 zal verbeuren voor iedere overtreding van het bevel, zulks tot een maximum van NAF 1.000.000,00.
5.4. veroordeelt Rhodia en Rodolphe hoofdelijk des dat de een zal hebben betaald de ander zal zijn bevrijd, in de proceskosten (...; *red.*),
5.5. veroordeelt Rhodia in de kosten van de betekening aan haar adres (...; *red.*),
5.6. veroordeelt Rodolphe in de kosten van betekening aan zijn adres (...; *red.*),
5.7. verklaart het vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,
5.8. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

1. Een aandeelhouder van een Nederlands-Antilliaanse NV die aannemelijk maakt dat zijn toonderbewijs is verloren of tenietgegaan moet door de NV worden aangemerkt als houder van een aandeel op naam. Tegenover de NV en derden is hij aansprakelijk voor alle als gevolg daarvan te lijden schade (art. 2:105 lid 4 NABW).
2. Het gerecht oordeelt in dit geval dat een aandeelhouder slechts aannemelijk hoeft te maken dat het toonderbewijs verloren is. Zware eisen mogen hieraan niet worden gesteld. Onweerlegbaar bewijs is niet nodig. De aandeelhouder is toch aansprakelijk als een ander zich later met een toonderbewijs zou melden.
De vraag naar het verloren zijn gegaan van het toonderbewijs omvat tevens de vraag of de persoon die dit stelt wel aandeelhouder is. Ook dat hoeft naar mijn mening slechts aannemelijk te worden gemaakt.
Het gerecht lijkt deze benadering ook te volgen. Bij de beoordeling of aannemelijk is gemaakt dat het toonderbewijs is verloren betrekt het gerecht niet alleen de onverklaarbare verdwijning ervan na toezending aan de bestuurder/medeaandeelhouder van de NV. Ook van belang is dat vanaf 2006 andere aandeelhouders voor stemrecht of dividend zich niet hebben gemeld en dat de aandeelhouder door de derde medeaandeelhouder als aandeelhouder wordt erkend.
3. In vergelijking met de Nederlands-Antilliaanse regeling legt de Nederlandse wetgeving (art. 2:86d BW) meer nadruk op de rechtszekerheid voor de NV. Een aandeelhouder die zijn toonderbewijs is verloren, blijft aandeelhouder maar kan de aandeelhoudersrechten niet meer uitoefenen totdat de NV aan hem een duplicaat heeft verstrekt. De Nederlandse wet kent niet de mogelijkheid om als houder van een aandeel op naam te worden aangemerkt. Een aandeelhouder moet aannemelijk maken dat het toonderbewijs is verloren gegaan. Naar Nederlands recht moet onder het verloren gaan tevens worden begrepen het ontvreemd worden of vernietigd raken van het toonderbewijs (MvT, Kamerstukken 26 133, nr. 3, p. 2). De NV moet een aanvraag om een duplicaat publiceren. Iedere belanghebbende kan binnen zes weken in verzet komen tegen de verstrekking van het duplicaat. Na het verstrekken van het duplicaat kunnen aan het vervangen toonderbewijs geen rechten meer worden ontleend. Hierdoor wordt voor de NV duidelijkheid gecreëerd over wie de aandeelhoudersrechten, zoals het stemrecht, mag uitoefenen. In de statuten kan een afwijkende regeling worden opgenomen.
4. Ook al kent de Nederlands-Antilliaanse wet een andere waarborg (aansprakelijkheid aandeelhouder) dan de Nederlandse wet (verzetregeling), de vraag of het toonderbewijs is verloren, speelt bij beide regelingen. Ook naar Nederlands recht hoeft een aandeelhouder slechts aannemelijk te maken dat het toonderbewijs verloren is. Ook naar Nederlands recht omvat dit tevens de vraag of de verzoeker wel de aandeelhouder is. In navolging van het gerecht geldt naar mijn mening ook naar Nederlands recht dat zware eisen daaraan niet gesteld mogen worden en dat onweerlegbaar bewijs niet nodig is.

C.J. Groffen
notaris en advocaat te Amsterdam

296

JOR 2010/296

Gemeenschappelijk Hof van Justitie
10 augustus 2010, AR 1215/07-H-505/09,
ECLI:NL:OGHNAA:2010:BN4479
(Mr. De Boer, Mr. Sijmonsma, Mr. Lock)
Noot K. Frielink

Antilliaans vennootschapsrecht. Vernietiging benoemingsbesluit directeur vennootschap wegens strijd met redelijkheid en billijkheid.

[BWNA art. 2:7 lid 1, 2:21 lid 3 onder b]

De norm dat de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet of de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, zich als zodanig jegens elkaar moeten gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd, brengt onder meer met zich dat bij de invulling van een belangrijke functie zoals die van directeur een zorgvuldig en voldoende transparant onderzoek wordt gedaan naar de juiste persoon en naar de vraag of die persoon ook acceptabel is binnen het bedrijf. Die betreffende norm brengt voorts met zich dat in elk geval na de benoeming de daarvoor verantwoordelijke mensen inzage moeten kunnen geven in de aard en wijze waarop de benoemingsprocedure is gevoerd en hun beweegredenen om tot die benoeming over te gaan en in elk geval marginaal moeten kunnen motiveren waarom de betreffende kandidaat het is geworden. In het onderhavige geval is niet gebleken dat de voor benoeming verantwoordelijke personen op welke wijze dan ook inzicht hebben gekregen in de op geïntimeerde sub 8 toegespitste directeurscapaciteiten van appellant. Gesteld noch gebleken is dat enig inhoudelijk gesprek met hem is gevoerd voordat tot benoeming is overgegaan. Gesteld noch gebleken is dat enige weging heeft plaatsgevonden tussen degenen die zichzelf kandidaat hebben gesteld en dat de voor benoeming verantwoordelijken enig onderzoek hebben verricht naar het bestaan van mogelijke kandidaten voor een niet onbelangrijke functie als directeur van geïntimeerde sub 8. Tenslotte is gesteld noch gebleken dat op enigerlei wijze binnen geïntimeerde sub 8 voldoende concreet onderzoek is gedaan naar de bij deze organisatie levende wensen en verlangens betreffende de nieuwe directeur. Aldus is tot op de dag van vandaag geen inzicht gegeven in het hoe en waarom van de benoeming van appellant. Daarmee hebben de voor de benoeming van appellant verantwoordelijke personen als de bij geïntimeerde sub 8 betrokkenen zich niet jegens de rechtspersoon en de andere krachtens de wet en statuten bij de organisatie betrokkenen gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.

I.O.O. Asjes te Curaçao,
appellant,
gemachtigde: mr. Q.D.A. Carrega,
tegen
1. K.L. Tromp te Curaçao,
en 5 anderen,
geïntimeerden,
gemachtigde: mr. H.W. Braam,
7. de Stichting Implementatie Privatisering te Curaçao,
8. Selikor NV te Curaçao,
geïntimeerden,
gemachtigden: mrs. S.A. Carmelia en O.A. Martina.

(...; *red.*)

4. Beoordeling

4.1. Het vonnis waartegen het door Asjes ingestelde derdenverzet zich richt, is van 11 februari 2008. Het derdenverzet is ingesteld bij inleidend verzoekschrift van 2 april 2008. Waar het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geen termijn kent waarbinnen derdenverzet tegen een uitspraak moet worden ingesteld, is de periode tussen 11 februari 2008 en 2 april 2008, met inachtneming van de appeltermijn van zes weken die de in het vonnis van 11 februari 2008 genoemde eisers en gedaagden hadden, alleszins acceptabel. Asjes is dus ontvankelijk in zijn verzet.

4.2. Het recht kent niet de regel dat derdenverzet niet kan worden ingesteld door een partij die zich in de zaak die heeft geleid tot het vonnis waartegen het derdenverzet zich richt, had kunnen voegen en/of had kunnen tussenkomen. Ook wat dat betreft is Asjes in het door hem ingestelde derdenverzet ontvankelijk.

4.3. De grieven laten zich door hun abstracte wijze van formulering niet goed afzonderlijk beoor-

delen. De toelichting op die grieven biedt wel voldoende handvatten voor beoordeling, zodat het Hof de nummers zoals opgenomen na het hoofd "Toelichting op de Grieven" zal beoordelen.
4.4. Hetgeen onder de nummers 1, 3, 4, 5, 6 (er is geen nr. 7), 8 onder het tweede en derde "bullit", 9, 10, 15 en 45 is vermeld, heeft geen zelfstandige betekenis en/of is niet dragend voor het uiteindelijk door het GEA gegeven oordeel noch voor het door het Hof te geven oordeel, zodat hetgeen daarin is vermeld, geen verdere beoordeling behoeft.
4.5. Krachtens art. 287 Rv zijn derden zoals Asjes bevoegd om zich te verzetten tegen een vonnis dat hun rechten benadeelt. Daaruit vloeit voort dat de enige vraag die ter beantwoording voorligt de vraag is of Asjes in een of meer rechten is benadeeld. Dit betekent dat antwoorden op vragen als "waren eisers in de procedure die heeft geleid tot het vonnis waartegen het verzet zich richt, wel ontvankelijk" of "hadden zij wel een belang" en/of "waren eisers wel of niet mogelijke kandidaten voor de functie van directeur", niet beantwoord hoeven te worden. De enkele door het GEA in het vonnis waartegen het verzet zich richt uitgesproken ontvankelijkheid van de toenmalige eisers tast immers niet het recht of de rechten van Asjes aan. Het Hof gaat wat dat betreft dan ook voorbij aan hetgeen in de memorie van grieven onder de nrs. 2, 11, 12, 13 en 14 is gesteld.
4.6. Mede gelet op het bovenstaande heeft het Hof enkel de vraag te beantwoorden of het vonnis waartegen het derdenverzet zich richt, Asjes heeft benadeeld in een of meer rechten en, zo ja, of deze benadeling rechtens moet worden gerespecteerd.
4.7. Bij het vonnis waartegen het derdenverzet zich richt, is het besluit van 1 juni 2007, waarmee Asjes werd benoemd tot directeur/plaatsvervangend directeur van Selikor en het besluit van 10 juni 2007 waarmee met Asjes een arbeidsovereenkomst werd aangegaan vernietigd. De uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten, zoals het recht op werk en salaris, zijn rechten in de zin van art. 287 Rv waaraan het vonnis waartegen het verzet zich richt, een eind heeft gemaakt, zodat met Asjes kan worden gesteld dat één of meer rechten van Asjes zijn benadeeld door het vonnis waartegen het verzet zich richt.
4.8. Uit overweging 3.10 van het vonnis waartegen het verzet zich richt blijkt dat beide hiervoor onder 4.7 gegeven vernietigingen zijn gegrond op art. 2:21 lid 3 onder b BW. Deze bepaling houdt in, voor zover hier nog van belang, dat een besluit van een orgaan van een rechtspersoon vernietigbaar is indien het is genomen in strijd met de in art. 2:7 BW geëiste redelijkheid en billijkheid. Art. 2:7 lid 1 BW bepaalt dat de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet of de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, zich als zodanig jegens elkaar moeten gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.
In de nummers 10 en 16 tot en met 42 in de memorie van grieven wordt gemotiveerd aangevoerd dat de beide hiervoor onder 4.7 genoemde besluiten conform deze maatstaf zijn genomen.
4.9.1. Voor de beantwoording van de vraag of genoemde besluiten conform de maatstaf van art. 2:7 lid 1 BW zijn genomen, gaat het Hof uit van de feiten zoals die in het vonnis waartegen het verzet zich richt zijn vermeld onder 3.1 sub b tot en met e, sub g en sub h. Geen der procesdeelnemers heeft tegen die feiten bezwaren geuit en het Hof heeft daar ambtshalve evenmin bezwaar tegen.
4.9.2. Het Hof gaat verder stellenderwijs uit van het door Asjes aangevoerde feit dat hij op 12 januari 2007 op eigen initiatief een sollicitatiebrief naar de functie van directeur bij Selikor in een gesloten enveloppe heeft afgegeven bij de bezoekersbalie van het Bestuurscollege. Een ontvangstbevestiging heeft hij niet gehad (zie nr. 33 memorie van grieven).
4.9.3. Gesteld noch gebleken is dat:
– Asjes vóór zijn brief van 12 januari 2007 contact met (het bedrijf van) Selikor heeft gehad;
– Asjes eerder dan 8 juni 2007 een functiebeschrijving heeft gehad (zie nr. 38 memorie van grieven);
– Asjes een inhoudelijke sollicitatieprocedure heeft doorlopen, bestaande uit bijvoorbeeld één of meer sollicitatiegesprekken met het bestuur en/of bestuursleden van Selikor en/of een assesment;
– Selikor en/of StIP en/of het Bestuurscollege één of meer mensen heeft benaderd die zij geschikt vonden voor de functie van directeur bij Selikor en die mensen hebben gevraagd of zij belangstelling hadden voor die functie en bij belangstelling wilden solliciteren.
4.9.4. Het Hof gaat er verder van uit dat Selikor eind vorige eeuw rechtspersoonlijkheid heeft verkregen en voordien als overheidsorganisatie zonder rechtspersoonlijkheid haar taak (kort gezegd vuilnisdienst) verrichtte. Doelstelling die Selikor

als geprivatiseerd en zelfstandig rechtspersoon diende te bereiken was om een "geoliede" en professionele organisatie te worden, waarin op ruime schaal de beste mensen de gelegenheid zouden krijgen om te solliciteren naar functies. In dat kader zijn eind 2006 "wervingsadvertenties" geplaatst voor de functie van algemeen directeur. Dergelijke advertenties zijn niet geplaatst voor de vervulling van de functie van directeur, waarin Asjes is benoemd.

4.9.5. Voldoende onderbouwd gesteld en niet, althans onvoldoende gemotiveerd bestreden staat verder het volgende vast:

– de notulen van de vergadering van de Raad van Commissarissen van Selikor van 14 mei 2007 (overgelegd door Selikor als productie 2 bij haar conclusie van antwoord) houden onder meer in: "*Mededelingen* Mw Coffie deelt mee dat de benoeming van Dhr. Asjes eigenlijk een agenda punt had moeten zijn om erover de discuseren, en stel voor om de volgende vergadering, open sollicitatie als agenda punt neer te zetten. Mw. Constancia heeft besloten dat de sollicitatie van Dhr. Asjes de normale procedure moet doorlopen. (...)";

– de brief van StIP van 16 mei 2007 aan de Raad van Commissarissen van Selikor (overgelegd door Selikor als productie 2 bij haar conclusie van antwoord) houdt onder meer in:

"Met referte aan uw brief van 7 mei 2007 aan de StIP, met daaraan gehecht het besluit van de Raad van Commissarissen van Selikor N.V., inhoudende de voordracht om de heer I. Asjes tot directeur van Selikor N.V. te benoemen, wenst de StIP gaarne te worden geïnformeerd omtrent de volgende vraagpunten:

(...)

3. is er een (open) sollicitatie procedure en daaraan geformuleerde criteria aan de voordracht van de Raad van Commissarissen vooraf gegaan? Zo ja, dan zouden wij gaarne daarvan inzage willen verkrijgen.

4. In het licht van 'corporate governance' en voorts om de motivatie op een loopbaan voor eigen personeel te stimuleren, instrueert de StIP een open sollicitatie procedure.

(...)";

4.9.6. Als feit van algemene bekendheid staat vast dat één van de redenen voor de oprichting van StIP is om een zogenaamde "waakhondfunctie" te vervullen, waarbij zij onder andere dient te waken voor puur politieke benoemingen in directies van "overheids-N.V.'s".

4.10.1. De norm dat de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet of de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, zich als zodanig jegens elkaar moeten gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd, brengt onder meer met zich dat bij de invulling van een belangrijke functie zoals die van directeur een zorgvuldig en voldoende transparant onderzoek wordt gedaan naar de juiste persoon en naar de vraag of die persoon ook acceptabel is binnen het bedrijf. Dat laatste betekent overigens niet dat niet voorbij zou mogen worden gegaan aan de wensen en verlangens van mensen als Tromp c.s. Het betekent alleen maar dat weloverwogen en gemotiveerd aan die wensen voorbij kan worden gegaan, waarbij niet aan elke motivering overigens gelijke eisen zijn te stellen. Het betekent ook niet dat de namen van eventuele kandidaten "over de straat dienen te rollen". De belangen van een kandidaat kunnen immers met zich brengen dat zijn kandidatuur alleen dan bekend raakt nadat de betreffende kandidaat die betreffende functie heeft gekregen.

4.10.2. Die betreffende norm brengt voorts met zich dat in elk geval na de benoeming de daarvoor verantwoordelijke mensen inzage moeten kunnen geven in de aard en wijze waarop de benoemingsprocedure is gevoerd en hun beweegredenen om tot die benoeming over te gaan en in elk geval marginaal moeten kunnen motiveren waarom de betreffende kandidaat het is geworden.

In het onderhavige geval is, gelet op de hiervoor vermelde feiten waarvan moet worden uitgegaan, niet gebleken dat de voor de benoeming verantwoordelijke personen op welke wijze dan ook inzicht hebben gekregen in de op Selikor toegespitste directeurscapaciteiten van Asjes. Gesteld noch gebleken is dat enig inhoudelijk gesprek met hem is gevoerd voordat tot benoeming is overgegaan. Gesteld noch gebleken is dat enige weging heeft plaatsgevonden tussen degenen die zichzelf kandidaat hebben gesteld (in elk geval Asjes en, volgens Asjes, ook een door hem onder het eerste "bullit" van nr 8 van zijn memorie van grieven genoemde persoon). Gesteld noch gebleken is dat de voor benoeming verantwoordelijken enig onderzoek hebben verricht naar het bestaan van mogelijke kandidaten voor een niet onbelangrijke functie als directeur van Selikor N.V. Tenslotte is gesteld noch gebleken dat op enigerlei wijze binnen Selikor N.V. voldoende concreet onderzoek is gedaan naar de bij deze organisatie levende wen-

sen en verlangens betreffende de nieuwe directeur.
Aldus is tot op de dag van vandaag geen inzicht gegeven in het hoe en waarom van de benoeming van Asjes. Hiermee is niet gezegd dat Asjes geen goede directeur zou zijn (buiten een door hem zelf overgelegd CV is in deze procedure niets over hem en zijn capaciteiten voldoend feitelijk gesteld), maar alleen dat de voor de benoeming verantwoordelijken kennelijk niet hebben gecontroleerd en/of onderzocht of hij dat zou kunnen zijn en geen vergelijking met andere kandidaten hebben gemaakt. Daarmee hebben de voor de benoeming van Asjes verantwoordelijke personen als de bij Selikor N.V. betrokkenen zich niet zodanig jegens de rechtspersoon en de andere krachtens de wet en statuten bij de organisatie betrokkenen gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.
Het Hof gaat dan ook voorbij aan het in de memorie van grieven onder de nummers 10 en 16 tot en met 42 gestelde.
4.11. Voor zover de stelling van Asjes juist is dat er geen besluit van 10 juni 2007 bestaat, is hij door de vernietiging van dit volgens hem niet bestaande besluit in geen door art. 287 Rv bedoeld belang geschaad, zodat hij geen belang heeft bij het onder 43 gestelde.
4.12. Hetgeen onder nr. 44 van de memorie van grieven is gesteld berust op een foute lezing van het vonnis waartegen dit appel zich richt. Het GEA heeft de vordering van Asjes namelijk niet afgewezen op de grond dat hij een schadevergoeding zou kunnen vorderen. Het GEA heeft Asjes in overweging 3.7.4 van het vonnis slechts gewezen op het feit dat de wetgever het mogelijk heeft gemaakt dat iemand die als het ware tussen wal en schip valt, daarvoor een schadevergoeding kan krijgen, waarmee voorkomen wordt dat een derde op onaanvaardbare wijze wordt benadeeld. Het Hof kan om genoemde reden ook voorbij gaan aan het onder nr. 46 van de memorie van grieven gestelde.
4.13. Gelet op het vorenstaande, komt het Hof niet toe aan het bewijsaanbod van Asjes. Het GEA heeft zijn vordering terecht afgewezen, zodat ook het onder de nrs. 47 en 48 van de memorie van grieven gestelde niet slaagt.
4.14. Nu Asjes in dit hoger beroep heeft te gelden als in het ongelijk gestelde partij, zal hij worden veroordeeld in de kosten van dit beroep gevallen aan de zijde van geïntimeerden, ten aanzien van Tromp c.s. desgevorderd uitvoerbaar bij voorraad.

Beslissing
Het Hof:
bevestigt het vonnis waarvan beroep;
veroordeelt Asjes in de proceskosten (...; *red.*);
verklaart de proceskostenveroordeling voor zover gewezen ten gunste van Tromp c.s. uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. Dit naar Nederlands Antilliaans recht gewezen vonnis is interessant omdat het gaat om de bevestiging van de vernietiging van een politiek benoemingsbesluit van een bestuurder (Asjes) bij een overheidsvennootschap (Selikor). Eerst zal ik kort uiteen zetten hoe de rechter in eerdere zaken over het politieke benoemings- en ontslagbeleid van de overheid oordeelde, daarna bespreek ik de hier gepubliceerde zaak en tenslotte besteed ik kort aandacht aan de wetgeving inzake corporate governance.
2. In deze noot wordt uitgegaan van de situatie dat de overheid (Land de Nederlandse Antillen en/of een van de Eilandgebieden) als aandeelhouder invloed kan uitoefenen op overheidsvennootschappen, of via statutaire bepalingen (of anderszins) op overheidsstichtingen. Bij een aantal overheidsvennootschappen is de Stichting Implementatie Privatisering (StIP) tussengeschoven, zo ook bij Selikor. De oprichting van StIP in 2000 was bedoeld om de privatisering van overheidsvennootschappen voor te bereiden. Men koos voor deze vorm in een poging om de directe invloed van de politiek op overheidvennootschappen te verminderen.
3. In de kortgedingzaak van de heer Darwin Gregg tegen (o.a.) United Telecommunication Services NV (UTS) was het volgende aan de hand (Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao 3 juli 2006, AR 2006/154). Gregg is per 1 augustus 2005 op voordracht van de politieke partij FOL, die op dat moment zitting had in het Bestuurscollege van Curaçao, benoemd tot commissaris bij UTS (een overheidsvennootschap). Na de verkiezingen in het voorjaar van 2006 maakte de FOL niet langer deel uit van het bestuurscollege. Op 22 mei 2006 wordt Gregg als commissaris ontslagen, waarbij als argument is aangevoerd

dat de rvc een weerspiegeling dient te vormen van het bestuurscollege teneinde het voorgenomen beleid te kunnen realiseren. Gregg heeft vervolgens de nietigheid van dat ontslagbesluit ingeroepen. Zijn argumenten kwamen er in het kort op neer dat er geen redelijke grond was hem te ontslaan, dat het genoemde argument het ontslagbesluit niet kan dragen en dat een beleid dat is gericht op het op politieke gronden tussentijds ontslaan van commissarissen in strijd is met het in Boek 2 BW-NA verankerde principe dat de rvc zijn taken als toezichthoudend orgaan op onafhankelijke wijze dient uit te voeren.

4. Het gerecht wijst er op dat de rvc zich, ingevolge art. 2:19 lid 7 BW-NA, bij de vervulling van zijn taak moet richten naar het belang van de rechtspersoon en, voor zover daarvan sprake is, de met deze verbonden onderneming. In die bepaling is ook vastgelegd dat, tenzij de statuten anders bepalen, dit niet uitsluit dat een commissaris, met inachtneming van de vorige zin, in het bijzonder opkomt voor de belangen van degene die hem heeft benoemd of voorgedragen en deze belangen relatief zwaar laat wegen. Het gerecht overweegt dat een ontslagbesluit als hier aan de orde terughoudend dient te worden getoetst. Het gerecht vervolgt: "Het Land en het Eilandgebied voeren als aandeelhouders in de diverse overheids-NV's en overheidsstichtingen sinds jaar en dag een bestendig benoemings- en ontslagbeleid voor commissarissen en bestuurders. Dit beleid komt er in essentie op neer dat telkens bij een wisseling van de wacht in de eilandelijke en/of landelijke bestuurssamenstelling wordt bezien welke commissarissen en/of bestuurders moeten worden vervangen in verband met de gewijzigde samenstelling van het Lands- of Eilandsbestuur. Het zijn immers de in de regering deelnemende politieke partijen die de commissarissen en/of bestuurders mogen voordragen". Het gerecht concludeert tenslotte dat het ontslagbesluit van Gregg in lijn is met dit beleid en wijst de vordering af.

5. In de wet is, als gezegd, vastgelegd dat niet is uitgesloten dat een commissaris in het bijzonder opkomt voor de belangen van degene die hem heeft benoemd of voorgedragen en deze belangen relatief zwaar laat wegen. Daar past mijns inziens een belangrijke kanttekening bij. Hoewel de politieke kleur dus doorgaans een rol speelt bij de (voordracht tot) benoeming, wordt de betrokken commissaris niet door een politieke partij maar door (een "orgaan" van) de overheid benoemd. Als hij de belangen van degene die hem heeft benoemd zwaar laat wegen, mogen dat niet de partijpolitieke belangen zijn van de partij waartoe de betrokken minister of gedeputeerde behoort, maar eerder zoiets als het "algemeen belang" (K. Frielink, Rechtspersonen en personenvennootschappen naar Nederlands Antilliaans en Arubaans recht, Deventer: Kluwer 2006, p. 35). Het lijkt er soms op dat sommige politici dit aspect van de bepaling niet ten volle onderkennen en er vanuit lijken te gaan dat de door hen benoemde commissaris nu juist het politieke partijbelang zwaar mag laten wegen. Voor die opvatting bestaat in ieder geval geen wettelijke basis.

6. In de bodemzaak van de heren Henri Emerenciana en Joel da Silva de Goes tegen StIP en het Eilandgebied Curaçao ging het samengevat om het volgende (Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao, 21 mei 2007, AR 2006/1234). Emerenciana en Da Silva de Goes zijn enkele maanden na elkaar ontslagen als bestuurder van StIP. De bevoegdheid daartoe komt op grond van de statuten van StIP toe aan het bestuurscollege van het Eilandgebied Curaçao. De statuten van StIP bepalen dat een bestuurder bij gemotiveerd besluit kan worden ontslagen als sprake is van verwaarlozing van zijn taak of wegens een andere gewichtige reden die betrekking heeft op het belang van StIP en het belang van het bestuurscollege. Hoewel aan het bestuurscollege een ruime beoordelingsmarge wordt gelaten, komt het gerecht ten aanzien van Emerenciana tot het oordeel dat zijn ontslag nietig is, omdat het besluit onvoldoende is gemotiveerd en niet sprake is van taakverwaarlozing noch van een voldoende gewichtige reden. De feiten en omstandigheden wat betreft dit ontslagbesluit laat ik hier onbesproken. Het ontslagbesluit inzake Da Silva de Goes kan in de ogen van het gerecht de rechtmatigheidstoets wel doorstaan. Dat besluit is namelijk het gevolg van een nieuwe politieke samenstelling van het bestuurscollege. Het gerecht verwijst naar het sinds jaar en dag bestendige benoemings- en ontslagbeleid voor bestuurders en commissarissen. De bestuurders en commissarissen dienen, aldus het gerecht, de door de (nieuwe) coalitie uitgestippelde koers binnen de grenzen van de bestuursautonomie en individuele bestuurdersverantwoordelijkheid te volgen. Het gerecht vervolgt: "Dat betekent dat sommige bestuur-

ders een wisseling van de wacht overleven en anderen dienen te vertrekken". Omdat Da Silva de Goes zijn benoeming aan dit beleid had te danken, kan hij er zich volgens het gerecht nu niet op beroepen dat zijn ontslag in strijd is met de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 2:7 BW-NA). Tenslotte overweegt het gerecht dat voor een beoordeling door de rechter van de onredelijkheid of onwenselijkheid van dit beleid geen zelfstandige taak is weggelegd.

7. Wat dit laatste betreft had de rechter natuurlijk anders kunnen oordelen, omdat een aandeelhouder weliswaar in de eerste plaats zijn eigen belang mag dienen, maar ook de uitoefening van aan aandelen verbonden stemrecht in redelijkheid moet plaatsvinden en daarbij het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming in het oog moet worden gehouden. Dat betekent mijns inziens dat ook het beleid, dat ziet op de wijze waarop het stemrecht zal worden uitgeoefend, in een concreet geval door de rechter kan worden getoetst.

8. In de zaak van de heer Ivar Asjes gaat het om derdenverzet tegen het vonnis van het Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao van 11 februari 2008 (AR 2007/594) tussen de heer K.L. Tromp c.s. enerzijds en StIP en Selikor NV anderzijds. Laatstgenoemd vonnis is niet in «JOR» gepubliceerd, evenmin als het vonnis in eerste aanleg in het derdenverzet (vonnis van 1 juni 2009, AR 2007/1215). Voor een beter begrip van het hier wel opgenomen hofvonnis zullen daarom eerst enkele relevante feiten worden vermeld.

9. StIP is de enig aandeelhouder van Selikor, een afvalverwerkingsbedrijf. Het Eilandgebied Curaçao houdt alle certificaten van aandelen in Selikor. StIP mag, behoudens een hier niet ter zake doende uitzondering, de aan de aandelen verbonden stemrechten niet uitoefenen dan na voorafgaande goedkeuring van het bestuurscollege (BC). De rvc van Selikor kan een (te doorbreken) bindende voordracht doen voor de benoeming tot directeur en voor aanwijzing als (plaatsvervangend) algemeen directeur. De gedeputeerde van volksgezondheid van het Eilandgebied Curaçao is qualitate qua lid en voorzitter van de rvc van Selikor. Er ontstond een vacature voor de functie van directeur/plaatsvervangend algemeen directeur, nadat degene die deze functie tot dan toe had vervuld was voorgedragen als algemeen directeur. Aan de voordracht voor de vervulling van laatstgenoemde functie is een open sollicitatieprocedure voorafgegaan, waarbij advertenties met een uitgebreid functieprofiel in de dagbladen zijn geplaatst. Op 4 mei 2007 hebben, buiten de vergadering van de rvc om, zes van de elf leden van de rvc (waaronder de gedeputeerde) ingestemd met het voorstel om Asjes voor te dragen voor benoeming tot directeur (en plaatsvervangend algemeen directeur) van Selikor. De andere vijf leden hebben hun bezorgdheid hierover aan de gezaghebber van het Eilandgebied Curaçao kenbaar gemaakt. In zijn vergadering van 14 en 15 mei 2007 heeft de rvc het voorstel ingetrokken en aangegeven dat alsnog een open sollicitatieprocedure zou moeten worden gevolgd. Op 23 mei 2007 heeft het BC besloten om het bestuur van StIP te verzoeken en zonodig te instrueren om alle benodigde handelingen te verrichten om Asjes uiterlijk per 1 juni 2007 te benoemen als directeur van Selikor in een (buitengewone) aandeelhoudersvergadering en hem tevens aan te wijzen als plaatsvervangend algemeen directeur. StIP heeft daar gevolg aan gegeven en het benoemingsbesluit is op 1 juni 2007 genomen, hoewel inmiddels een kort geding aanhangig was gemaakt door zes stafleden van Selikor (Tromp c.s.) waarin een benoemingsverbod werd geëist. De mondelinge behandeling vond plaats op 4 juni 2007 en het vonnis werd bepaald op maandag 11 juni 2007, maar op zondag 10 juni 2007 werd desondanks de arbeidsovereenkomst tussen Selikor en Asjes getekend. In kort geding heeft het gerecht, nadat eisers in verband met het op 1 juni 2007 genomen benoemingsbesluit hun eis hadden gewijzigd, StIP bevolen de uitvoering van het benoemingsbesluit op te schorten tot dat in een bodemprocedure over een vordering tot vernietiging van dat besluit zal zijn beslist (GEAC 11 juni 2007, KG 2007/133 n.g.).

10. Met de door de politiek doorgedrukte benoeming van Asjes werd aan zes stafleden van Selikor (de eisers in het kort geding) de mogelijkheid ontnomen om zelf te solliciteren naar de functie van directeur. In kort geding werd hun eis tot opschorting van het benoemingsbesluit toegewezen, terwijl zij daarnaast een bodemprocedure tot vernietiging van dat ontslagbesluit en tot vernietiging van het besluit om met Asjes een arbeidsovereenkomst aan te gaan aanhangig maakten. Bij vonnis van 11 februari 2008 heeft het gerecht beide besluiten vernietigd. Van dat vonnis is geen hoger beroep ingesteld. Het gerecht over-

woog onder meer (i) dat het BC zich, bij het uitoefenen van de absolute macht die het feitelijk bij de benoeming van de directie van Selikor heeft, geen rekenschap heeft gegeven van de normen van "good corporate governance", in welk verband het gerecht wijst op het feit dat StIP is opgericht om de (rechtstreekse) politieke invloed op (het bestuur en beleid van) overheidsvennootschappen te beperken en (ii) dat niet duidelijk is geworden op welke gronden het BC heeft gemeend van de door de rvc voorgestelde (en ook door StIP voorgestane) open sollicitatieprocedure te moeten afwijken. Op grond van onder andere het feit dat StIP niet heeft kunnen onderbouwen dat Asjes gekwalificeerd en geschikt is voor de functie van directeur, StIP en de rvc een open sollicitatieprocedure voorstonden, de benoeming van Asjes op initiatief en onder druk van (de partij van) de gedeputeerde heeft plaatsgevonden en de benoeming van Asjes daarmee het karakter heeft van een zuiver politieke benoeming, komt het gerecht tot het oordeel dat StIP (lees: het BC) met de benoeming van Asjes heeft gehandeld in strijd met de redelijkheid en billijkheid die zij jegens Selikor en de met haar verbonden onderneming in acht heeft te nemen. Zowel het benoemingsbesluit als het besluit tot het aangaan van een arbeidsovereenkomst worden vernietigd.

11. Asjes heeft tegen dit vonnis derdenverzet ingesteld en vordert onder meer vernietiging van het vonnis van 11 februari 2008. Het verzet is in eerste aanleg ongegrond verklaard en dit vonnis is thans in hoger beroep door het hof bevestigd. In de r.o. 4.9.1 tot en met 4.9.6 geeft het hof aan welke feiten voor de beoordeling van het verzet relevant zijn. Zo beschikte Asjes niet voor 8 juni 2007 over een functiebeschrijving (maar pas na zijn benoeming), is niet gebleken dat Asjes een inhoudelijke sollicitatieprocedure (met gesprekken) heeft doorlopen en is niet gebleken dat Selikor, StIP en/of het BC één of meer mensen heeft benaderd voor de functie van directeur bij Selikor. Waar het gerecht in het vonnis van 11 februari 2008 nog onomwonden sprak over een politieke benoeming, formuleert het hof de norm aldus (r.o. 4.10.1), dat de redelijkheid en billijkheid onder meer meebrengen dat bij de invulling van een belangrijke functie zoals die van directeur, een zorgvuldig en voldoende transparant onderzoek wordt gedaan naar de juiste persoon en naar de vraag of die persoon ook acceptabel is binnen het bedrijf. Die norm brengt volgens het hof (r.o. 4.10.2) ook met zich dat in elk geval na de benoeming de daarvoor verantwoordelijke mensen inzage moeten kunnen geven in de aard en wijze waarop de benoemingsprocedure is gevoerd en hun beweegredenen om tot die benoeming over te gaan en in elk geval marginaal moeten kunnen motiveren waarom de betreffende kandidaat het is geworden. Het hof stelt vast dat "tot op de dag van vandaag" geen inzicht is gegeven in het hoe en waarom van de benoeming van Asjes (r.o. 4.10.2), dat de voor benoeming verantwoordelijken kennelijk niet hebben gecontroleerd en/of onderzocht of Asjes een goede directeur zou kunnen zijn en geen vergelijking met andere kandidaten hebben gemaakt. De door het hof geformuleerde norm is niet nageleefd en de vordering van Asjes wordt derhalve afgewezen.

12. Met dit hofvonnis staat vast dat het sinds jaar en dag gehanteerde bestendige benoemings- en ontslagbeleid bij wisseling van de politieke wacht niet zonder meer kan worden voortgezet. Dat beleid was niet transparant, terwijl vanwege de belangenverstrengeling en het nemen van beslissingen op niet-zakelijke gronden ook de integriteit in het geding was. Met zijn beslissing plaatst het hof het belang van de betrokken overheidsvennootschap en de daarmee verbonden onderneming centraal, maar eveneens de (destijds nog niet wettelijk vastgelegde) beginselen van corporate governance. Het zou goed zijn als het hof (en het gerecht) deze lijn zou vasthouden en in de toekomst waar mogelijk duidelijk de grenzen zou aangeven van hetgeen wel en niet toelaatbaar is. Daargelaten dat Asjes gezien de gang van zaken er in redelijkheid sowieso niet op mocht vertrouwen dat zijn benoemingsbesluit onaantastbaar zou zijn, bepaalt art. 2:22 lid 2 BW-NA, kort gezegd, dat de nietigheid of vernietiging van een besluit tot benoeming van een bestuurder of een commissaris aan de benoemde kan worden tegengeworpen, maar dat de rechtspersoon gehouden is de schade van de betrokkene te vergoeden, zij het alleen indien deze het gebrek in het besluit kende noch behoefde te kennen. Een vordering van Asjes gebaseerd op deze bepaling zal nauwelijks enige kans van slagen hebben.

13. Waar het betreft de (procedures inzake de) benoeming en het ontslag van bestuurders en commissarissen, het dividendbeleid alsmede het

verkrijgen of vervreemden van deelnemingen in rechtspersonen, zijn op Curaçao op 1 januari 2010 regels van "corporate governance" van kracht geworden (Eilandsverordening Corporate Governance, A.B. 2009, 92, en het Eilandsbesluit Code Corporate Governance Curaçao, A.B. 2009, 96). De inhoudelijke bespreking daarvan moet hier achterwege blijven. De vraag is uiteraard of politieke benoemingen hiermee tot het verleden behoren. In dat verband is de vraag relevant of voor de overheid de plicht bestaat om, kort gezegd, de beste kandidaat tot bestuurder te benoemen in plaats van de kandidaat van de eigen politieke partij van de betrokken gedeputeerde (nadat Curaçao op 10-10-10 de status van Land binnen het Koninkrijk heeft verworven: de minister). Ik denk niet dat het vennootschapsrecht een dergelijke plicht aan de overheid als aandeelhouder oplegt. De aandeelhouder is vrij te benoemen wie hij wil zolang hij zijn stemrecht niet misbruikt. Het benoemen van politieke vrienden kan op zichzelf genomen niet worden aangemerkt als misbruik in vennootschapsrechtelijke zin. Het vanzelfsprekende idee achter de regels van corporate governance is echter dat nu juist wel de beste kandidaat wordt benoemd.
14. De regels van corporate governance zijn ook van belang voor de rechterlijke toetsing van benoemings- en ontslagbesluiten. Deze regels bevatten zelf geen strafrechtelijke of andere sancties. De corporate governance wet- en regelgeving heeft in de eerste plaats betrekking op het gedrag van de overheid (de politiek) zelf en laat het vennootschapsrecht (Boek 2 BW-NA) intact. De corporate governance regels dragen de overheid op om zijn invloed als aandeelhouder aan te wenden om ervoor te zorgen dat overheidsvennootschappen die regels zoveel mogelijk naleven en bijvoorbeeld vastleggen in hun statuten. Hoewel er dus geen apart sanctieregime is ingevoerd, zullen de corporate gover-nance regels wel relevant zijn, bijvoorbeeld wanneer een rechter op grond van Boek 2 BW-NA een besluit moet toetsen aan de eisen van redelijkheid en billijkheid. Met name waar het gaat om besluiten tot benoeming of ontslag van bestuurders en commissarissen van overheidsvennootschappen of overheidsstichtingen, lijkt mij een te grote terughoudendheid van de rechter bepaald niet gewenst.

K. Frielink

78

JOR 2011/78

Gemeenschappelijk Hof van Justitie
9 november 2010, KG 331/09 - H 177/10,
ECLI:NL:OGHACMB:2010:BP1125
(mr. Van der Bunt, mr. De Haan,
mr. Van Kooten)

Antilliaans vennootschapsrecht. Toonderaandelen. Vervanging van verloren toonderbewijs. Aandeelhouder moet aannemelijk maken dat zijn toonderbewijs is verloren of teniet gegaan. In casu slaagt aandeelhouder hierin. Hoger beroep van Gerecht in Eerste Aanleg Nederlandse Antillen 16 december 2009, «JOR» 2010/39, m.nt. Groffen.

[BWNA art. 2:105 lid 4]

Het geschil tussen Rodolphe en Henri spitst zich toe op de vraag of Henri aannemelijk heeft gemaakt dat zijn toonderbewijs verloren of teniet is gegaan in de zin van art. 2:105 lid 4 BW, met dien verstande dat Rodolphe in zijn toelichting bij grief 6 heeft betoogd dat art. 2:105 lid 4 BW niet van toepassing is, nu de statuten van Rhodia in art. 6 voorzien in een regeling ter vervanging van verloren gegane aandeelbewijzen. Het Hof volgt Rodolphe niet in dit betoog. Ingevolge art. 2:1 lid 3 BW kan namelijk slechts van de bepalingen van boek 2 BW worden afweken voor zover dat uit de wet blijkt, terwijl uit art. 2:105 lid 4 BW of enige andere wetsbepaling zulks niet blijkt. Daarnaast staat tussen partijen vast dat Henri op grond van art. 6 van de statuten van Rhodia heeft verzocht hem een duplicaat van zijn certificaat te verstrekken en dat Rhodia dit heeft geweigerd. Een en ander brengt mee dat Henri in rechte een beroep kan doen op art. 2:105 lid 4 BW.
Het hof legt de maatstaf aan of Rodolphe zich in redelijkheid op het standpunt kan stellen dat Henri niet aannemelijk heeft gemaakt dat zijn toonderbewijs is verloren of teniet is gegaan, aangezien ingevolge art. 2:105 lid 4 BWNA is vereist dat de aandeelhouder dit "ten genoege van de vennootschap" aannemelijk maakt. Ook gaat het hof er van uit, gezien de aard van het toonderaandeel-

houderschap, dat het in beginsel voor het maatschappelijk risico van de rechthebbende komt dat zijn toonderbewijs is verloren of teniet gegaan. Naar het oordeel van het Hof kan Rodolphe zich, in de gegeven omstandigheden, in redelijkheid niet op het standpunt stellen dat Henri niet aannemelijk heeft gemaakt dat zijn toonderbewijs is verloren of teniet is gegaan. Bij dit alles weegt zwaar dat gezien de overgelegde kopieën van krantenadvertenties, Rhodia het verzoek van Henri tot verstrekking van een duplicaat op zodanige wijze heeft gepubliceerd dat derden daadwerkelijk in de gelegenheid zijn gesteld om voor hun eventuele rechten op te komen en verzet aan te tekenen tegen dit verzoek en dat zich geen enkele derde heeft gemeld.

1. Rhodia NV te Curaçao,
2. R.H. Hottingen te Zwitserland,
in eerste aanleg gedaagde, thans appellant,
gemachtigde: mrs. M.Th. Aanstoot, R.E. Blaauw en S.J.M. Hoeben,
tegen
H.G. Hottingen te Zwitserland,
in eerste aanleg eiser, thans geïntimeerde,
gemachtigde: mr. U. van Bemmelen.

(...; *red.*)

2. Ontvankelijkheid
2.1. Bij brief van 13 januari 2010, met bijlage, heeft Trustmoore (Curaçao) N.V. (hierna: Unitrust) als president-directeur van Rhodia aan het GEA bericht dat Rhodia berust in het vonnis waarvan beroep. Gelet daarop zal Rhodia niet-ontvankelijk worden verklaard in het door haar ingestelde hoger beroep.
2.2. [appellant] is tijdig en op de juiste wijze in hoger beroep gekomen, zodat hij daarin kan worden ontvangen.
(...; *red.*)

4. De beoordeling
4.1. Het GEA heeft in het vonnis waarvan beroep onder 2 feiten vastgesteld. Grief 11 is gericht tegen de feitenvaststelling onder rov. 2.4, rov. 2.5 en de tweede rov. 2.11. Voor het overige is de feitenvaststelling tussen partijen niet in geschil. Het Hof heeft daartegen bovendien ambtshalve geen bedenkingen. Daarvan zal derhalve ook in hoger beroep worden uitgegaan.
4.2. Het GEA heeft in het vonnis waarvan beroep de vorderingen van [geintimeerde] in zoverre toegewezen dat het, uitvoerbaar bij voorraad, Rhodia heeft bevolen om [geintimeerde] op de voet van artikel 2:105 lid 4 BW als aandeelhouder op naam aan te merken en binnen 24 uur na het wijzen van dat vonnis als zodanig in het aandeelhoudersregister te registreren en [geintimeerde] heeft gemachtigd om namens Rhodia al het nodige daartoe te (laten) doen en [appellant] heeft bevolen om zich te onthouden van elk handelen waaronder nalaten waarmee het aldus bepaalde wordt gefrustreerd, onder verbeurte van een dwangsom, met veroordeling van Rhodia en [appellant] in de proceskosten van [geintimeerde].
4.3. De grieven 1, 2 en 3 lenen zich voor gezamenlijke bespreking. Volgens grief 1 heeft het GEA ten onrechte ondanks het bepaalde in artikel 82 lid 1 jo. artikel 80 Rv aan [appellant] geen verstek verleend ter zitting en [appellant] in het vonnis waarvan beroep bij verstek veroordeeld, volgens grief 2 heeft het GEA ten onrechte [appellant] zijn recht van zuivering ex artikel 90 Rv ontnomen en volgens grief 3 heeft het GEA ten onrechte geen toepassing gegeven aan artikel 82 lid 1 Rv door geen nieuwe behandeldatum te bepalen.
4.4. Naar het Hof begrijpt strekken de grieven 1, 2 en 3 ertoe dat het Hof de zaak terugwijst naar de eerste rechter, zoals door [appellant] primair is verzocht in dit hoger beroep. Deze grieven kunnen geen doel treffen, nu op grond van artikel 282 Rv terugwijzing door het Hof slechts aan de orde is indien de eerste rechter niet is toegekomen aan een beslissing van het bodemgeschil, terwijl in dit geval het GEA een beslissing ten gronde heeft gegeven. Ook overigens heeft [appellant] bij bespreking van deze grieven, wat daar verder ook van zij, geen belang. In hoger beroep heeft [appellant] het (bodem)geschil immers in volle omvang aan het oordeel van het Hof kunnen voorleggen, hetgeen hij middels de overige grieven ook heeft gedaan.
4.5. Het Hof zal thans eerst grief 5 bespreken en daarna grief 4. Grief 5 komt erop neer dat de vorderingen aan [geintimeerde] reeds dienen te worden ontzegd omdat de zaak niet geschikt is om in kort geding te worden beslist. Daartoe heeft [appellant] aangevoerd dat de vordering tot erkenning en inschrijving van [geintimeerde] als aandeelhouder op naam leidt tot een declaratoire en/of constitutieve uitspraak van de kort-gedingrechter. Voorts heeft [appellant] erop gewezen dat

de verzetprocedure ex artikel 2:86d lid 4 van het Nederlandse BW tegen de verstrekking van een duplicaat van een verloren gegaan bewijs van aandeel aan toonder een verzoekschriftprocedure is, dat wil zeggen een bodemprocedure.
4.6. Bij de beoordeling van deze grief stelt het Hof voorop dat de kort-gedingrechter terughoudendheid dient te betrachten bij gebruikmaking van zijn bevoegdheid ex artikel 228 lid 1 Rv. Voorts is van belang dat blijkens de memorie van toelichting de in artikel 2:105 lid 4 BW opgenomen regeling van de omzetting van aandelen aan toonder in aandelen op naam is ingevoerd om een oplossing te geven voor het geval een toonderbewijs is verloren of teniet is gegaan, waarbij krachtens de slotzin van dit artikellid het risico dat de vennootschap of derden als gevolg hiervan schade lijden is gebracht voor rekening van degene die als aandeelhouder op naam wil worden aangemerkt.
4.7. Met inachtneming van het voorgaande acht het Hof de onderhavige zaak niet ongeschikt voor een beslissing in kort geding. Duidelijk is dat de voorzieningen zoals door [geintimeerde] verzocht, een voorlopige oplossing beogen voor het door hem gestelde verlies van zijn certificaat. Aan het antwoord op de vraag of een toewijzend vonnis in deze declaratoir en/of constitutief van aard is, komt niet de betekenis toe die [appellant] daaraan gehecht wenst te zien. Ten aanzien van de verwijzing naar artikel 2:86d lid 4 van het Nederlandse BW overweegt het Hof dat, daargelaten dat de wetgever hier te lande voor een andere regeling heeft gekozen, de verzetprocedure er op zichzelf niet aan de weg staat dat terzake (tevens) in kort geding wordt geprocedeerd (vgl. Gerechtshof Arnhem 6 oktober 2009, LJN: BL1940). Grief 5 faalt derhalve.
4.8. Grief 4 stelt aan de orde of [geintimeerde] een voldoende spoedeisend belang heeft bij de verzochte voorzieningen als bedoeld in artikel 226 lid 1 Rv. Uit de stellingen van [geintimeerde] leidt het Hof af dat zijn belang is gelegen in het opheffen van de rechtsonzekerheid, ontstaan door het gestelde verlies van zijn certificaat, wat betreft de uitoefening van zijn aandeelhoudersrechten, in het bijzonder zijn stemrecht op de algemene vergadering van aandeelhouders van Rhodia. Naar het oordeel van het Hof kan gelet daarop niet van [geintimeerde] worden gevergd dat hij de uitkomst in de bodemprocedure afwacht, zodat grief 4 tevergeefs is voorgesteld.
4.9. De grieven 6, 7, 8 en 9 lenen zich voor gezamenlijke bespreking. Het geschil tussen [appellant] en [geintimeerde] spitst zich toe op de vraag of [geintimeerde] aannemelijk heeft gemaakt dat zijn toonderbewijs verloren of teniet is gegaan in de zin van artikel 2:105 lid 4 BW, met dien verstande dat [appellant] in zijn toelichting bij grief 6 heeft betoogd dat artikel 2:105 lid 4 BW niet van toepassing is, nu de statuten van Rhodia in artikel 6 voorzien in een regeling ter vervanging van verloren gegane aandeelbewijzen. Het Hof volgt [appellant] niet in dit betoog. Ingevolge artikel 2:1 lid 3 BW kan namelijk slechts van de bepalingen van boek 2 BW worden afgeweken voor zover dat uit de wet blijkt, terwijl uit artikel 2:105 lid 4 BW of enige andere wetsbepaling zulks niet blijkt. Daarnaast staat tussen partijen vast dat [geintimeerde] op grond van artikel 6 van de statuten van Rhodia heeft verzocht hem een duplicaat van zijn certificaat te verstrekken en dat Rhodia dit heeft geweigerd. Een en ander brengt mee dat [geintimeerde] in rechte een beroep kan doen op artikel 2:105 lid 4 BW.
4.10. [geintimeerde] stelt zich op het standpunt dat het aannemelijk is dat hij zijn toonderbewijs is verloren op grond van de volgende stellingen. Hij is, en is steeds geweest, (toonder)aandeelhouder van Rhodia; hij heeft zijn certificaat nimmer overgedragen aan een ander. Hij heeft beschikt over het certificaat totdat dit op 12 april 2006 vanuit de vestiging van de Hottinger Group in Zürich ter bewaring naar de vestiging van de bank in Genève is verzonden, met een begeleidend schrijven ter attentie van [appellant]. Sindsdien is een lange periode verstreken. In de tussentijd hebben zich geen derden bekend gemaakt als houder van het certificaat. Dit is ook niet gebeurd nadat in oktober 2009 in dagbladen in Curaçao, Zürich, Genève en Luxemburg advertenties waren geplaatst om derden in de gelegenheid te stellen zich als zodanig bekend te maken. Ook is gezocht naar het certificaat op verschillende vestigingen van de Hottinger Group, waaronder de vestiging van de bank op de Bahamas, zonder dat het is gevonden. Voorts heeft medeaandeelhouder Frédéric een steunverklaring gegeven en vindt het standpunt van [geintimeerde] ook steun in de opstelling van Unitrust.
4.11. [appellant] heeft hiertegen ingebracht dat het niet aannemelijk is dat het aandeelcertificaat van [geintimeerde] is zoekgeraakt. Hij beroept zich in het bijzonder op het als productie 3b bij de

memorie van grieven overgelegde "blocking certificate", waarin Hottinger & Cie op 13 oktober 2008 verklaart dat de aandeelcertificaten van [geintimeerde], Frédéric en [appellant] bij de bank aanwezig zijn en geblokkeerd worden ten behoeve van de respectievelijke deposanten. Hieruit blijkt, aldus [appellant], dat het certificaat van [geintimeerde] niet op of omstreeks 12 april 2006 is zoekgeraakt na verzending naar Genève. Hij acht het aannemelijker dat [geintimeerde] de certificaten heeft overgedragen aan zijn maîtresse dan wel dat deze zijn ondergezet of anderszins gebruikt. Nu [geintimeerde] zich niet kan legitimeren als toonderaandeelhouder, geldt hij in de visie van [appellant] niet als aandeelhouder van Rhodia.

4.12. Ter beslechting van dit geschil zal het Hof als maatstaf aanleggen of Rhodia zich in redelijkheid op het standpunt kan stellen dat [geintimeerde] niet aannemelijk heeft gemaakt dat zijn toonderbewijs is verloren of teniet is gegaan, aangezien ingevolge artikel 2:105 lid 4 BW is vereist dat de aandeelhouder dit "ten genoege van de vennootschap" aannemelijk maakt. Ook gaat het Hof er in het navolgende vanuit, gezien de aard van het toonderaandeelhouderschap, dat het in beginsel voor het maatschappelijk risico van de rechthebbende komt dat zijn toonderbewijs is verloren of teniet is gegaan.

4.13. Naar het voorlopig oordeel van het Hof kan Rhodia zich, in de gegeven omstandigheden, desalniettemin in redelijkheid niet op het standpunt stellen dat [geintimeerde] niet aannemelijk heeft gemaakt dat zijn toonderbewijs is verloren of teniet is gegaan. Dienaangaande overweegt het Hof als volgt.

4.13.1. Uit de stukken komt naar voren dat [geintimeerde] bij de oprichting aandeelhouder is geworden van Rhodia en dat aan hem begin jaren negentig van de twintigste eeuw een certificaat is uitgegeven voor 9000 aandelen (...; *red.*). Voorts staat tussen partijen niet ter discussie dat [geintimeerde] in elk geval tot 12 april 2006 over zijn certificaat heeft beschikt. Gesteld noch gebleken is dat hij het certificaat voordien aan een ander heeft overgedragen. Het Hof neemt dan ook aan dat hij vanaf de oprichting van Rhodia tot in elk geval 12 april 2006 onafgebroken aandeelhouder is geweest van Rhodia.

4.13.2. De lezingen van partijen lopen uiteen met betrekking tot de vraag waar het certificaat aanwezig was na 12 april 2006. Naar de opvatting van [appellant] bewijst voormeld "blocking certificate" dat Hottinger & Cie het certificaat op 13 oktober 2008 onder zich hield. Daartegen heeft [geintimeerde] aan de hand van een e-mailbericht van een medewerker van de bank (...; *red.*) aangevoerd dat het "blocking certificate" is afgegeven slechts in de veronderstelling dat de certificaten zich bevonden in de kluis van de vestiging in Genève onder bewaring van [appellant]. Niet nodig is echter dat [geintimeerde] aannemelijk maakt op welke datum zijn toonderbewijs is verloren of teniet is gegaan. Beslissend is immers of hij aannemelijk kan maken dat thans is voldaan aan de in artikel 2:105 lid 4 BW opgenomen voorwaarde dat zijn toonderbewijs is verloren of teniet is gegaan. Daarvoor is ook niet nodig, zoals grief 9 lijkt te veronderstellen, dat hij aannemelijk maakt dat [appellant] het certificaat van [geintimeerde] heeft verduisterd nadat dit aan hem was verzonden.

4.13.3. Er is voorshands onvoldoende grond om aan te nemen dat [geintimeerde] zijn certificaat na 12 april 2006 heeft overgedragen aan een derde. Het Hof acht de stelling van [appellant] dat [geintimeerde] de certificaten heeft overgedragen aan zijn maîtresse onvoldoende onderbouwd tegenover het verweer van [geintimeerde] bij memorie van antwoord dat Barbara gravin P. Dzieduszycki, kennelijk de bedoelde maîtresse, een verklaring heeft afgelegd waaruit blijkt dat zij nimmer certificaten aan toonder van Rhodia heeft ontvangen van [geintimeerde], mede in aanmerking genomen dat [appellant] dat in zijn pleitnota in hoger beroep niet heeft weersproken.

4.13.4. Tot slot weegt zwaar dat gezien de overgelegde kopieën van krantenadvertenties (...; *red.*) Rhodia het verzoek van [geintimeerde] tot verstrekking van een duplicaat op zodanige wijze heeft gepubliceerd dat derden daadwerkelijk in de gelegenheid zijn gesteld om voor hun eventuele rechten op te komen en verzet aan te tekenen tegen dit verzoek, en dat zich daarvoor geen enkele derde heeft gemeld.

4.14. De grieven 6, 7, 8 en 9 stuiten af op het vorenoverwogene.

4.15. Aan grief 10 gaat het Hof voorbij omdat niet gebleken is van concrete feiten en omstandigheden die aanleiding geven om [geintimeerde] te verplichten zekerheid te stellen, te meer niet nu op grond van de slotzin van artikel 2:105 lid 4 BW reeds aandeelhoudersaansprakelijkheid geldt van [geintimeerde] tegenover Rhodia en derden.

4.16. De algemene grief, die inhoudt dat [appellant] ten onrechte is veroordeeld mee te werken aan de erkenning en registratie van [geintimeerde] als naamaandeelhouder, onder verbeurte van een dwangsom, met veroordeling van [appellant] in de proceskosten van [geintimeerde], heeft naast de andere grieven geen zelfstandige betekenis, zodat deze verder onbesproken kan blijven.
4.17. Het Hof heeft ook ambtshalve geen bedenkingen tegen het vonnis waarvan beroep.
4.18. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het vonnis waarvan beroep dient te worden bevestigd. [appellant] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten in hoger beroep, zoals gevorderd.

Beslissing
Het Hof:
verklaart Rhodia niet-ontvankelijk in het door haar ingestelde hoger beroep;
bevestigt het vonnis waarvan beroep;
veroordeelt [appellant], uitvoerbaar bij voorraad, in de proceskosten in hoger beroep (...; *red.*).

105

JOR 2012/105

Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao
23 januari 2012, AR 32500
(mr. Van Schendel)
Noot K. Frielink

Antilliaans vennootschapsrecht. Politiek benoemingsbesluit en arbeidsovereenkomst van bestuurder bij overheidsvennootschap vernietigd. Salaris derhalve onverschuldigd betaald. Terugbetalingsvordering toegewezen. Terugdringen politiek favoritisme. Vordering van bestuurder tot schadevergoeding afgewezen; bestuurder had rekening moeten houden met mogelijke vernietiging van besluiten. Verband met Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 10 augustus 2010, «JOR» 2010/296, m.nt. Frielink.

[BW-Curaçao art. 2:8, 2:16 lid 2, 3:53]

De stelling van Asjes dat de vernietiging door de eerste rechter uitgesproken in haar vonnis van 11 februari 2008 geen terugwerkende kracht heeft, is in zijn algemeenheid onjuist. Het in art. 3:53 lid 1 BW bepaalde brengt met zich dat de rechtsverhouding tussen partijen moet worden teruggebracht in de staat waarin zij zich voor het verrichten van de rechtshandeling bevond. Ingevolge de beslissing van de rechter in het vonnis van 11 februari 2008 is de op 10 juni 2007 tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst dus van de aanvang af nietig. Dit betekent dat hetgeen Selikor NV uit hoofde van die overeenkomst aan Asjes heeft betaald, onverschuldigd is betaald.
In reconventie betoogt Asjes dat, nu Selikor de nietigheid van het besluit van 1 juni 2007 waarbij hij werd benoemd tot directeur van Selikor, aan hem op grond van het bepaalde in art. 2:22 lid 2 BW-Curaçao mag tegenwerpen en zij dat ook gedaan heeft, hij recht heeft op vergoeding omdat hij, zoals de tekst van art. 2:22 lid 2 BW-Curaçao verder luidt "het gebrek dat aan het besluit kleefde, kende noch behoefde te kennen". Het Gerecht overweegt dat de discussies over de wenselijk-

heid en onwenselijkheid van politiek favoritisme in het algemeen en politieke benoemingen in het bijzonder sinds jaar en dag in Curaçao worden gevoerd. Bij de benoemingen gaat het zowel om benoemingen bij de overheid zelf als in overheidsNV's. De instelling van de Stichting Implementatie Privatisering ("StIP") was bedoeld als poging om de overheid op een afstand te houden bij onder meer benoemingen in overheidsbedrijven. De regels van Corporate Governance hebben dezelfde bedoeling als waar de StIP in deze voor stond. Geleidelijk aan is een kentering ontstaan in het denken over politiek favoritisme. Dit alles is van algemene bekendheid en was dus zeker aan Asjes als academicus bekend. Gelet hierop had Asjes er dus van meet af aan bedacht op moeten zijn dat zijn voorgenomen benoeming minst genomen omstreden zou zijn. Hij had zich zijn benoeming niet moeten laten welgevallen. Dit laatste klemt temeer omdat de ondertekening van de arbeidsovereenkomst plaats vond daags voor de door de belanghebbende derden uitgelokte rechterlijke uitspraak over de rechtsgeldigheid van de benoeming van Asjes. Al deze omstandigheden tezamen genomen wettigen de conclusie dat de nietigheid van het besluit van 1 juni 2007, en in het kielzog daarvan dat van 10 juni 2007, aan Asjes kenbaar had behoren te zijn. Alleen al op deze grond kan de reconventionele vordering van Asjes tot vergoeding van schade niet slagen.

Hoofdzaak in conventie en in reconventie:
Selikor NV te Curaçao,
eiseres in conventie, gedaagde in reconventie,
gemachtigden: mr. S.A. Carmelia en mr. O.A. Martina,
tegen
I.O.O. Asjes te Curaçao,
gedaagde in conventie, eiser in reconventie,
gemachtigde: mr. Q.D.A. Carrega.
Vrijwaringszaak in reconventie:
Selikor NV te Curaçao,
eiseres in vrijwaring,
gemachtigden: mr. S.A. Carmelia en mr. O.A. Martina,
tegen
A.A. Godett en nog 5 anderen (de commissarissen),
gedaagden in vrijwaring,
gemachtigde: mr. M.H. Römer.

(...; *red.*)

2. De vordering en het verweer in alle zaken

2.1. Selikor N.V. vordert in conventie de veroordeling van Asjes om NAF 89.153,15 aan haar te betalen, vermeerderd met rente en buitengerechtelijke kosten en de kosten van het geding.
De vordering is als volgt onderbouwd.
Selikor N.V. heeft het gevorderde bedrag onverschuldigd aan Asjes betaald. Die onverschuldigde betaling is gebaseerd op de vernietiging van Asjes betreffende benoemingsbesluiten van 1 juni 2007 en 10 juni 2007. Bij het eerste besluit werd Asjes benoemd tot directeur/plaatsvervangend directeur van Selikor N.V. Bij het tweede besluit werd een arbeidsovereenkomst gesloten tussen Selikor N.V. en Asjes.
De vernietiging van deze besluiten is uitgesproken bij vonnis van dit gerecht van 11 februari 2008. Selikor N.V. was partij in die zaak maar Asjes niet.
Asjes heeft derdenverzet tegen dit vonnis van 11 februari 2008 ingesteld. Bij vonnis van 1 juni 2009 is dit verzet ongegrond verklaard. Dit vonnis is bevestigd bij vonnis van het Gemeenschappelijke Hof van 10 augustus 2010.
2.2. Het verweer van Asjes in conventie komt erop neer dat geen sprake is van onverschuldigde betaling.
De vernietiging uitgesproken in het vonnis van 11 februari 2008 heeft geen terugwerkende kracht. Selikor N.V. was op grond van een kortgeding vonnis van dit gerecht van 19 juli 2007 verplicht om de tussen partijen overeengekomen beloning aan Asjes te betalen. Die verplichting duurde voort tot 11 februari 2008 toen de vernietiging werd uitgesproken. Verder is de terugvordering in strijd met de redelijkheid en billijkheid omdat Asjes niets had te maken met het besluit van 1 juni 2007 en Selikor N.V. nagelaten heeft de overeenkomst van 10 juni 2007 tussen Selikor N.V. en Asjes te beëindigen. Aldus Asjes.
2.3. In reconventie vordert Asjes opheffing van door Selikor N.V. gelegde conservatoire beslagen en veroordeling van Selikor N.V. om hem schadevergoeding te betalen.
De door Asjes geleden schade is een gevolg van de omstandigheid dat Selikor N.V. de vernietiging van het besluit van 1 juni 2007 aan Asjes tegenwerpt door hem geen beloning meer te betalen gedurende de tijd dat hij bereid was de overeengekomen arbeid te verrichten, te weten tot 11 februari 2008. Verder heeft hij schade geleden doordat hij in de periode nadien maar moeilijk een ade-

quate baan kon vinden als gevolg van het door Selikor N.V. gemaakte media spektakel en doordat hij kosten voor juridische bijstand heeft moeten maken. Op grond van het bepaalde in artikel 2:22 lid 2 BW heeft Asjes recht op vergoeding van deze schade.
2.4. In de vrijwaringzaak in reconventie vordert Selikor N.V. veroordeling van de Commissarissen om haar datgene te betalen waartoe zij in reconventie veroordeeld mocht worden.
De grondslag van deze vordering is de bestuurdersaansprakelijkheid van de Commissarissen die op zondag 10 juni 2007, zonder te wachten op de uitspraak van het rechterlijke vonnis dat de volgende dag zou worden gewezen, snel de gewraakte overeenkomst met Asjes hebben gesloten.
De Commissarissen stellen zich op het standpunt dat die overeenkomst regulier en met inachtneming van de bestaande voorschriften is tot stand gekomen.
2.5. Op de door partijen over een weer aangevoerde argumenten komt de rechter hierna voor zoveel nodig terug.

3. De feiten
3.1. Deze worden ten dele overgenomen uit het vonnis van de eerste rechter van 11 februari 2008. De rechter heeft in haar vonnis van 1 juni 2009 in het door Asjes aangespannen derdenverzet naar deze feiten verwezen. Het Hof is in zijn vonnis van 10 augustus 2010 van deze feiten uitgegaan. Die feiten worden onder 3.2 hierna opgenomen.
Als achtergrondinformatie citeert de rechter uit even gemeld vonnis van 11 februari 2008 hierna onder 3.3 ook – met weglatingen – de vaststaande feiten onder 3.1.i tot en met 3.1.ff.
Voorts worden, voor beter begrip van onderhavige zaak, uit het vonnis van het Hof de overwegingen overgenomen die het Hof tot zijn oordeel hebben gebracht. Die overwegingen zijn onder 3.4 opgenomen.
3.2. De in het vonnis van 11 februari 2008 vastgestelde en door het Hof overgenomen feiten zijn de volgende:
a. (...)
b. StIP is enig aandeelhouder van Selikor. Het Eilandgebied Curaçao (hierna: het Eilandgebied) is certificaathouder.
c. Ingevolge artikel 8, achtste lid van de statuten van StIP kan het Bestuurscollege van het Eilandgebied (hierna: het BC) aan het bestuur van StIP algemene richtlijnen geven voor de vervulling van zijn taak. Krachtens artikel 9, derde lid van de statuten heeft het bestuur van StIP voorafgaande goedkeuring van het BC nodig voor het uitoefenen van stemrecht op aandelen in deelnemingen (zoals Selikor), tenzij het handelingen in het kader van de privatisering betreft.
d. Artikel 7, eerste lid van de statuten van Selikor bepaalt dat de vennootschap wordt bestuurd door een directie, die bestaat uit tenminste twee directeuren. De directie staat onder toezicht van een Raad van Commissarissen (hierna: de RvC). De directeuren worden benoemd door de Algemene Vergadering van Aandeelhouders (hierna: de AVA; lees StIP), die uit de benoemde directeuren ook de algemeen directeur en plaatsvervangend algemeen directeur aanwijst. De RvC kan personen voordragen aan de AVA voor benoeming tot directeur en voor aanwijzing als (plaatsvervangend) algemeen directeur. Die voordracht is bindend, behoudens het bepaalde in artikel 110 van het Wetboek van Koophandel. Ingevolge artikel 7 lid 12 van de statuten worden de arbeidsvoorwaarden van de directeuren vastgesteld door de RvC.
e. Ingevolge artikel 10 lid 3 van de statuten van Selikor is de gedeputeerde van het eilandgebied Curaçao, belast met volksgezondheid, qualitate qua lid en voorzitter van de RvC. De overige leden van de RvC worden benoemd door de AVA.
f. (...)
g. Op 4 mei 2007 hebben, buiten de vergadering van de RvC om, zes van de elf leden van de RvC ingestemd met het voorstel drs. I.O.O. Asjes (hierna: Asjes) voor te dragen voor benoeming tot directeur/plaatsvervangend algemeen directeur van Selikor. Bij brief van 7 mei 2007 heeft de toenmalige president-commissaris van Selikor, FOL-gedeputeerde van volksgezondheid J.V.A. Constantia, dit besluit ter kennis van StIP gebracht.
h. Tijdens een onderhoud met de gezaghebber op 8 mei 2007 hebben de andere vijf leden van de RvC hun bezorgdheid over de voordracht van Asjes uitgesproken. In diezelfde periode hebben de werknemers van Selikor om dezelfde reden het werk stilgelegd.
3.3. De overige in het vonnis van 11 februari 2008 onder 3.1.i tot en met 3.1.jj genoemde feiten zijn, voor zover relevant voor goed begrip van de zaak, de volgende:

a. Eisers vervullen staffuncties bij Selikor en zijn in beginsel interne kandidaat voor de functie van directeur.
b. (...)
c. (...)
d. (...)
e. (...)
f. In december 2006 is in verband met het vertrek van de vorige algemeen directeur ir. W.M. Kook (hierna: Kook), toen nog plaatsvervangend algemeen directeur, door de RvC voorgedragen als nieuwe algemeen directeur. Aan deze voordracht is een open sollicitatieprocedure voorafgegaan, waarvoor advertenties met een uitgebreid functieprofiel in de dagbladen zijn geplaatst. Met de voordracht van Kook ontstond een vacature voor de functie van directeur/plaatsvervangend algemeen directeur.
g. (...)
h. (...)
i. In zijn vergadering van 14 mei 2007 (na schorsing voortgezet op 15 mei) heeft de RvC besloten het voorstel tot benoeming van Asjes van 4 mei 2007 in te trekken en alsnog een proces te starten om via open sollicitatie een waarnemend directeur te benoemen.
j. Bij brief van 16 mei 2007 heeft StIP de RvC verzocht haar mede te delen of bij de benoeming (lees: de voordracht van Asjes van 4 mei 2007) artikel 11 van de statuten (betreffende vergaderingen van en besluitvorming door de RvC) in acht was genomen en of een open sollicitatieprocedure aan deze voordracht was voorafgegaan. StIP heeft voorts een open sollicitatieprocedure "geïnstrueerd".
k. Op 16 mei 2007 is A.A. Godett voor de FOL geïnstalleerd als gedeputeerde van algemene zaken. Tijdens de BC-vergadering van diezelfde datum heeft het BC besloten Selikor naar zijn portefeuille over te hevelen.
l. Bij brief van 25 mei 2007 heeft het BC StIP medegedeeld in de vergadering van 23 mei 2007 te hebben besloten om het bestuur van StIP te verzoeken en zo nodig te instrueren om alle benodigde handelingen te verrichten om Asjes uiterlijk per 1 juni 2007 als directeur van Selikor te benoemen in een (buitengewone) AVA en hem tevens aan te wijzen als plaatsvervangend algemeen directeur.
m. Bij brief van 28 mei 2007, ondertekend door zeven commissarissen van Selikor (onder wie niet Godett), heeft de RvC in reactie op haar brief van 16 mei 2007 aan StIP de sub i genoemde besluiten medegedeeld. Dat de benoeming van de nieuwe plaatsvervangend algemeen directeur zou plaatsvinden door middel van een open sollicatieprocedure is eind mei 2007 via een informatiebulletin ook aan het personeel van Selikor (waaronder eisers) bekend gemaakt.
n. Op 30 mei 2007 heeft StIP besloten alle benodigde handelingen te verrichten om Asjes te benoemen als directeur van Selikor en hem tevens aan te wijzen als plaatsvervangend algemeen directeur.
o. Bij verzoekschrift van 30 mei 2007 hebben eisers zich verzet tegen de benoeming van Asjes als directeur van Selikor en in kort geding gevorderd dat het gerecht StIP en het Eilandgebied zou bevelen een open sollicitatieprocedure te volgen en hen zou verbieden Asjes te benoemen als waarnemend directeur, althans om uitvoering te geven aan een dergelijk benoemingsbesluit zolang Asjes in de te volgen open sollicitatieprocedure niet de meest geschikte kandidaat voor de functie zou blijken te zijn.
p. StIP heeft Asjes bij besluit buiten vergadering van aandeelhouders van 1 juni 2007 per die datum voor vijf jaar benoemd als directeur van Selikor en de RvC opgedragen om een overeenkomst tot opdracht niet hem aan te gaan, inhoudende de arbeidsvoorwaarden. Door middel van hetzelfde besluit is Kook formeel benoemd als algemeen directeur.
q. Op 4 juni 2007 heeft de mondelinge behandeling van het sub o bedoelde kort geding plaatsgevonden. Het gerecht heeft bepaald dat op 11 juni 2007 vonnis zou worden gewezen.
r. Op woensdag 6 juni 2007 hebben de eerste onderhandelingen tussen de RvC en Asjes plaatsgevonden over diens arbeidsvoorwaarden.
s. In de conceptnotulen van de vergadering van de RvC van 8 juni 2007 staat onder meer:
"(...) Dhr. Asjes heeft de recente ontvangen arbeidsvoorwaarden doorgenomen en is met enkele veranderingen gekomen, (...)
Dhr Thuis stel voor om met het punt concept overeenkomst te wachten totdat het gerecht maandag 11 juni 2007 heeft besloten.
Voorzitter de heer Godett besluit om door te gaan met het concept. (...)
Voorzitter wilt graag morgen het concept van de heer Kook ontvangen om deze ook zo snel mogelijk af te handelen (...)";

t. In de concept-notulen van de vergadering van de RvC van 9 juni 2007 is onder andere opgenomen:
"(...) Dhr. Asjes (...) Graag wilt hij weten hoe het zit met de tekenbevoegdheid (...)
Ook informeert de heer Kook dat de tekenbevoegdheid een kwestie van formulieren invullen is an dat hij dit de komende week voor de heer Asjes zal regelen. (...)
Dhr Kook en Dhr. Asjes wordt gevraagd de vergaderzaal te verlaten.
Raad gaat accoord met de verbeterde overeenkomst, (...)
Raad stel voor zo snel spoedig mogelijk deze met de heer Asjes te tekenen, dag en tijd zal door gebeld worden door notulist. (...)
De twee directeuren worden binnengelaten. (...)
De heer Asjes vraagt of het tekenen van zijn contract zo spoedig mogelijk kan plaats vinden, i.v.m. werkzaamheden die hij niet kan verrichten tenzij de contract niet getekent is.
Raad besluit morgen 10 juni 2007 het contract van de heer Asjes te tekenen om 10.00 uur am (...)";
u. Op zondag 10 juni 2007 is het arbeidscontract tussen Asjes en Selikor getekend. Op grond van artikel 3, eerste lid van het contract is Selikor Asjes een vast salaris verschuldigd van Naf. 16.500,- bruto per maand onder aftrek van de verplichte en overeengekomen inhoudingen. Het contract is aangegaan voor een periode van vijf jaar (met mogelijkheid tot verlenging).
v. In zijn uitspraak van 11 juni 2007 (KG 2007/133) heeft gerecht in kort geding onder andere overwogen:
"(...) Vervolgens heeft het gerecht StIP bevolen de uitvoering van haar besluit van 30 mei 2007 op te schorten totdat in een bodemprocedure over een vordering tot vernietiging van het betreffende besluit zal zijn beslist, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom. In dit verband heeft het gerecht eisers opgedragen binnen een week na de uitspraak een bodemprocedure tot vernietiging van het besluit in te leiden (zijnde de onderhavige). (...)"
w. Tijdens de RvC-vergadering van 11 juni 2007 is de benoeming van Asjes bekrachtigd. Vier van de elf commissarissen hebben tegen gestemd.
x. (...)
y. Bij brief van 12 juni 2007 hebben de vier commissarissen die tegen hadden gestemd StIP medegedeeld het niet eens te zijn met de benoeming en haar voorgehouden dat het vonnis van 11 juni 2007 het benoemingsbesluit opschort.
z. Bij brief van 14 juni 2007 aan Selikor heeft StIP Selikor medegedeeld zich aan de uitspraak van 11 juni 2007 te houden en derhalve de uitvoering van het benoemingsbesluit op te schorten.
aa. Selikor heeft Asjes, die al begonnen was met zijn werkzaamheden, bij brief van 14 juni 2007 als volgt medegedeeld:
"(...) De StIP houdt zich aan het bevel van het Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen in haar gewezen vonnis in het kort geding van 11 juni 2007. Voor Selikor N.V. houdt dit in dat de direktie ervan uit moet gaan dat uw benoeming en alle handelingen in dat kader als opgeschort dienen te worden beschouwd.
Op grond van het vorenstaande ontzeg ik u hierbij, tot nader order, het onmiddellijke ingang de toegang tot de direktiekamer en overige kantoren van Selikor N.V. Verder verzoek ik u om de in uw bezit zijnde eigendommen van Selikor N.V. w.o. sleutels, documenten e.d. per omgaande bij mij in te leveren. (...)".
bb. Asjes heeft zich bij brieven van 14 juni 2007 (aan de RvC) en 15 juni 2007 (aan de directie van Selikor) bereid verklaard om zijn werkzaamheden voor Selikor te blijven verrichten.
cc. (...)
dd. Bij brief van 3 juli 2007 heeft Asjes Selikor gesommeerd tot uitbetaling van het overeengekomen loon over de maand juni 2007, aan welke sommatie Selikor geen gehoor heeft gegeven.
ee. (...)
ff. Bij uitspraak van 19 juli 2007 (KG 2007/171) heeft het gerecht op vordering van Asjes Selikor in kort geding veroordeeld tot betaling van zijn beloning met ingang van juni 2007 totdat het benoemingsbesluit van Asjes als directeur van Selikor nietig is verklaard of is vernietigd, dan wel, als dat op een eerder moment plaatsvindt, totdat de overeenkomst van partijen van 10 juni 2007 rechtsgeldig is geëindigd. (...)
3.4. Uit het vonnis van het Hof van 10 augustus 2010 neemt de rechter de overwegingen 4.9.1 tot en met 4.10.2 (behalve de laatste volzin) over. Deze overwegingen luiden:
"4.9.1 Voor de beantwoording van de vraag of genoemde besluiten conform de maatstaf van art. 2:7 lid 1 BW zijn genomen, gaat het Hof uit van de feiten zoals die in het vonnis waartegen het verzet zich richt zijn vermeld onder 3.1 sub b tot en met e, sub g en sub h. Geen der procesdeelnemers

heeft tegen die feiten bezwaren geuit en het Hof heeft daar ambtshalve evenmin bezwaar tegen.
4.9.2. Het Hof gaat verder stellenderwijs uit van het door Asjes aangevoerde feit dat hij op 12 januari 2007 op eigen initiatief een sollicitatiebrief naar de functie van directeur bij Selikor in een gesloten enveloppe heeft afgegeven bij de bezoekersbalie van het Bestuurscollege. Een ontvangstbevestiging heeft hij niet gehad (zie nr. 33 memorie van grieven).
4.9.3. Gesteld noch gebleken is dat:
– Asjes vóór zijn brief van 12 januari 2007 contact met (het bedrijf van) Selikor heeft gehad;
– Asjes eerder dan 8 juni 2007 een functiebeschrijving heeft gehad (zie nr. 38 memorie van grieven);
– Asjes een inhoudelijke sollicitatieprocedure heeft doorlopen, bestaande uit bijvoorbeeld één of meer sollicitatiegesprekken met het bestuur en/of bestuursleden van Selikor en/of een assesment;
– Selikor en/of StIP en/of het Bestuurscollege één of meer mensen heeft benaderd die zij geschikt vonden voor de functie van directeur bij Selikor en die mensen hebben gevraagd of zij belangstelling hadden voor die functie en bij belangstelling wilden solliciteren.
4.9.4. Het Hof gaat er verder van uit dat Selikor eind vorige eeuw rechtspersoonlijkheid heeft verkregen en voordien als overheidsorganisatie zonder rechtspersoonlijkheid haar taak (kort gezegd vuilnisdienst) verrichtte. Doelstelling die Selikor als geprivatiseerd en zelfstandig rechtspersoon diende te bereiken was om een 'geoliede' en professionele organisatie te worden, waarin op ruime schaal de beste mensen de gelegenheid zouden krijgen om te solliciteren naar functies. In dat kader zijn eind 2006 'wervingsadvertenties' geplaatst voor de functie van algemeen directeur. Dergelijke advertenties zijn niet geplaatst voor de vervulling van de functie van directeur, waarin Asjes is benoemd.
4.9.5. Voldoende onderbouwd gesteld en niet, althans onvoldoende gemotiveerd bestreden staat verder het volgende vast:
– de notulen van de vergadering van de Raad van Commissarissen van Selikor van 14 mei 2007 (overgelegd door Selikor als productie 2 bij haar conclusie van antwoord) houden onder meer in: '*Mededelingen* Mw Coffie deelt mee dat de benoeming van Dhr. Asjes eigenlijk een agenda punt had moeten zijn om erover de discuseren, en stel voor om de volgende vergadering, open sollicitatie als agenda punt neer te zetten. Mw. Constancia heeft besloten dat de sollicitatie van Dhr. Asjes de normale procedure moet doorlopen. (...)';
– de brief van StIP van 16 mei 2007 aan de Raad van Commissarissen van Selikor (overgelegd door Selikor als productie 2 bij haar conclusie van antwoord) houdt onder meer in:
'Met referte aan uw brief van 7 mei 2007 aan de StIP, met daaraan gehecht het besluit van de Raad van Commissarissen van Selikor N.V., inhoudende de voordracht om de heer I. Asjes tot directeur van Selikor N.V. te benoemen, wenst de StIP gaarne te worden geïnformeerd omtrent de volgende vraagpunten:' (...)
3. is er een (open) sollicitatie procedure en daaraan geformuleerde criteria aan de voordracht van de Raad van Commissarissen voorafgegaan? Zo ja, dan zouden wij gaarne daarvan inzage willen verkrijgen.
4. In het licht van 'corporate governance' en voorts om de motivatie op een loopbaan voor eigen personeel te stimuleren, instrueert de StIP een open sollicitatie procedure (...)'
4.9.6. Als feit van algemene bekendheid staat vast dat één van de redenen voor de oprichting van StIP is om een zogenaamde 'waakhondfunctie' te vervullen, waarbij zij onder andere dient te waken voor puur politieke benoemingen in directies van 'overheids-N.V.'s'.
4.10.1. De norm dat de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet of de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, zich als zodanig jegens elkaar moeten gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd, brengt onder meer met zich dat bij de invulling van een belangrijke functie zoals die van directeur een zorgvuldig en voldoende transparant onderzoek wordt gedaan naar de juiste persoon en naar de vraag of die persoon ook acceptabel is binnen het bedrijf. Dat laatste betekent overigens niet dat niet voorbij zou mogen worden gegaan aan de wensen en verlangens van mensen als Tromp c.s. Het betekent alleen maar dat weloverwogen en gemotiveerd aan die wensen voorbij kan worden gegaan, waarbij niet aan elke motivering overigens gelijke eisen zijn te stellen. Het betekent ook niet dat de namen van eventuele kandidaten 'over de straat dienen te rollen'. De belangen van een kandidaat kunnen immers met zich brengen dat zijn kandidatuur alleen dan bekend raakt nadat de betreffende kandidaat die betreffende functie heeft gekregen.

4.10.2. Die betreffende norm brengt voorts met zich dat in elk geval na de benoeming de daarvoor verantwoordelijke mensen inzage moeten kunnen geven in de aard en wijze waarop de benoemingsprocedure is gevoerd en hun beweegredenen om tot die benoeming over te gaan en in elk geval marginaal moeten kunnen motiveren waarom de betreffende kandidaat het is geworden.
In het onderhavige geval is, gelet op de hiervoor vermelde feiten waarvan moet worden uitgegaan, niet gebleken dat de voor de benoeming verantwoordelijke personen op welke wijze dan ook inzicht hebben gekregen in de op Selikor toegespitste directeurscapaciteiten van Asjes. Gesteld noch gebleken is dat enig inhoudelijk gesprek met hem is gevoerd voordat tot benoeming is overgegaan. Gesteld noch gebleken is dat enige weging heeft plaatsgevonden tussen degenen die zichzelf kandidaat hebben gesteld (in elk geval Asjes en, volgens Asjes, ook een door hem onder het eerste 'bullit' van nr 8 van zijn memorie van grieven genoemde persoon). Gesteld noch gebleken is dat de voor benoeming verantwoordelijken enig onderzoek hebben verricht naar het bestaan van mogelijke kandidaten voor een niet onbelangrijke functie als directeur van Selikor N.V. Tenslotte is gesteld noch gebleken dat op enigerlei wijze binnen Selikor N.V. voldoende concreet onderzoek is gedaan naar de bij deze organisatie levende wensen en verlangens betreffende de nieuwe directeur.
Aldus is tot op de dag van vandaag geen inzicht gegeven in het hoe en waarom van de benoeming van Asjes. Hiermee is niet gezegd dat Asjes geen goede directeur zou zijn (buiten een door hem zelf overgelegd CV is in deze procedure niets over hem en zijn capaciteiten voldoende feitelijk gesteld), maar alleen dat de voor de benoeming verantwoordelijken kennelijk niet hebben gecontroleerd en/of onderzocht of hij dat zou kunnen zijn en geen vergelijking met andere kandidaten hebben gemaakt. Daarmee hebben de voor de benoeming van Asjes verantwoordelijke personen als de bij Selikor N.V. betrokkenen zich niet zodanig jegens de rechtspersoon en de andere krachtens de wet en statuten bij de organisatie betrokkenen gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. (...)"

3. De beoordeling

In conventie
3.1. Asjes heeft betoogd dat de vernietiging door de eerste rechter uitgesproken in haar vonnis van 11 februari 2008 geen terugwerkende kracht heeft.
Deze stelling is in zijn algemeenheid onjuist. Artikel 3:53 lid 1 BW bepaalt immers "De vernietiging werkt terug tot het tijdstip waarop de rechtshandeling is verricht". Dit brengt met zich mee dat de rechtsverhouding tussen partijen moet worden teruggebracht in de staat waarin zij zich voor het verrichten van de rechtshandeling bevond.
Ingevolge de beslissing van de rechter in het vonnis van 11 februari 2008 is de op 10 juni 2007 tussen partijen gesloten overeenkomst (van arbeid of opdracht, dat kan in het midden blijven, in het vervolg wordt gesproken van een overeenkomst van arbeid) dus van de aanvang af nietig.
Dat betekent, zoals Selikor N.V. met recht heeft doen betogen, dat hetgeen Selikor N.V. uit hoofde van die overeenkomst aan Asjes heeft betaald, onverschuldigd is betaald.
Dit wordt niet anders doordat Selikor N.V. door het kortgedingvonnis van 19 juli 2007 gedwongen was die betalingen te doen. Aan dit kortgedingvonnis lag immers ten grondslag dat de overeenkomst van 10 juni 2007 (vooralsnog) rechtskracht had. Maar aan die rechtskracht is nu juist, naar Selikor N.V. terecht heeft aangevoerd, een einde gekomen door de vernietiging bij vonnis van 11 februari 2008 van het besluit van de Raad van Commissarissen om de overeenkomst van 10 juni 2007 met Asjes te sluiten. Met de nietigheid van dat besluit was ook de nietigheid van de met Asjes gesloten overeenkomst gegeven. Dit oordeel is ook te lezen in hetgeen in het vonnis van 11 februari 2008 in punt 3.16 is overwogen. De rechter citeert: "Op dezelfde gronden als waarop het benoemingsbesluit zal worden vernietigd, komt ook het besluit van (de RvC namens) Selikor tot het aangaan van de arbeidsovereenkomst met Asjes voor vernietiging in aanmerking. Aan voormelde gronden zij nog toegevoegd dat (...) daarmee bovendien evident de belangen van Selikor zijn geschonden. Selikor is daardoor immers volstrekt onnodig in een financieel steekspel met Asjes terecht gekomen (met vooralsnog aanmerkelijke gevolgen, zie het KG vonnis van 19 juli 2007). (...)"

Deze geldelijke gevolgen van het besluit voor Selikor N.V. (financieel steekspel tussen Asjes en Selikor N.V.) vloeien voort uit de arbeidsovereenkomst en niet uit het besluit van de Raad van Commissarissen om die arbeidsovereenkomst te sluiten.
3.2. Asjes heeft niet betoogd dat "de reeds ingetreden gevolgen van (...) (de) rechtshandeling bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden" (artikel 3:52 lid 2 BW). Als een variant hierop heeft hij wel gesteld dat de terugvordering van de door Selikor N.V. aan hem betaalde bedragen in strijd is met de redelijkheid en billijkheid omdat hij niets had te maken met het besluit van 1 juni 2007 en Selikor N.V. nagelaten heeft de overeenkomst van 10 juni 2007 tussen Selikor N.V. en Asjes te beëindigen.
Dit laatste argument is in zoverre onjuist dat Selikor N.V. ervoor gekozen heeft het besluit waarmee overeenkomst met Asjes was gesloten door de rechter (bij vonnis van 11 februari 2008) te doen vernietigen. Daardoor viel, als onder 3.1 overwogen, ook het doek over de arbeidsovereenkomst en was beëindiging daarvan niet meer aan de orde. Het eerste argument overtuigt evenmin. Het besluit van 1 juni 2007 was immers genomen naar aanleiding van de sollicitatie van Asjes bij Selikor N.V. en dan valt zonder nadere toelichting, die niet is gegeven, niet in te zien dat hij met dat door hem uitgelokte besluit niets te maken had. Dat hij niet heeft deelgenomen aan de besluitvorming maakt niet dat hij daarmee niet van doen had.
3.3. De slotsom in conventie is dat het verweer van Asjes faalt en dat de hoofdvordering van Selikor N.V. als berustend op de wet dient te worden toegewezen, met veroordeling van Asjes in de proceskosten.
De nevenvordering tot betaling van buitengerechtelijke kosten wordt afgewezen omdat niet is gebleken van andere werkzaamheden dan die welke normaal aan een procedure voorafgaan.

In reconventie
3.4. Asjes betoogt dat, nu Selikor N.V. de nietigheid van het besluit van 1 juni 2007 waarbij hij werd benoemd tot directeur van Selikor N.V. aan hem op grond van het bepaalde in artikel 2:22 lid 2 BW mag tegenwerpen en zij dat ook gedaan heeft, hij recht heeft op vergoeding omdat hij, zoals de tekst van artikel 2:22 lid 2 verder luidt, "het gebrek dat aan het besluit kleefde, kende noch behoefde te kennen".
De grondslag van zijn vordering heeft hij onderbouwd met het volgende.
De vernietiging is niet gebaseerd op strijd met de wet of de statuten maar op de redelijkheid en billijkheid en aldus op het subjectieve oordeel van de rechter die het vonnis wees. Voor het vonnis van de eerste rechter van 11 februari 2008 en het vonnis van het Hof van 10 augustus 2010, heeft de rechter zich altijd terughoudend opgesteld. Het Hof heeft in de zaak van Asjes voor het eerst de regels van Corporate Governance anticiperend toegepast.
Het was en is niet ongebruikelijk dat directeuren van overheidsnv's bij gebleken geschiktheid zonder open sollicitatie op voordracht van de Algemene Vergadering van Aandeelhouders (lees: de regering) werden benoemd.
De rechter die het kort geding vonnis van 19 juli 2007 wees heeft in rechtsoverweging 4.5 ook de rechtsgeldigheid van zijn benoeming als directeur overeind gehouden.
Aldus Asjes.
3.5. Deze feiten, hoewel op zich juist, kunnen Asjes echter niet baten. Daartoe dient het volgende.
De discussies over de wenselijkheid en onwenselijkheid van politiek favoritisme in het algemeen en politieke benoemingen in het bijzonder worden sinds jaar en dag in Curaçao (evenals elders in de wereld) gevoerd.
Bij de benoemingen gaat het om zowel benoemingen bij de overheid zelf als in overheidsnv's. De instelling van de StIp was bedoeld als poging om de overheid op een afstand te houden bij onder meer benoemingen in overheidsbedrijven. De regels van Corporate Governance hebben hetzelfde bedoeling als waar de StIP in deze voor stond. Deze regels zijn jarenlang onderwerp van gesprek geweest. Het algemene gevoel van onbehagen bij politieke benoemingen vindt zijn oorsprong niet alleen in het gevaar dat minder geschikte kandidaten benoemd worden, maar ook in de omstandigheid dat de aldus benoemde personen (in beginsel) onverkort dezelfde rechtsbescherming genieten als de andere werknemers in de publieke of private sector. Dat niet adequaat functioneren tot schade kan leiden is evident. Het gevoel van onbehagen wordt versterkt als door die benoemingen belangen van derden rechtstreeks worden geschaad. Geleidelijk aan is daarom een kentering ontstaan in het denken over politiek favoritisme.

De kritiek in de maatschappij is allengs toegenomen. De politiek zelf is daarin vooralsnog achtergebleven.
3.6. Dit alles is van algemene bekendheid en was dus zeker aan Asjes als academicus bekend. Gelet hierop had Asjes er dus van meet af aan op bedacht moeten zijn dat zijn voorgenomen benoeming minst genomen omstreden zou zijn. Nu, naar hem bekend was, door zijn benoeming derden (de werknemers van Selikor N.V. die mochten hopen in de aan Asjes toegedachte functie benoemd te worden) zich in hun belangen aangetast zouden voelen, had hij extra behoedzaam moeten zijn. Hij mocht er, gelet op de positie van die derden, niet met recht op rekenen dat zijn benoeming alleen in de politiek en niet ook in rechte zou worden getoetst. Waar het recht steeds in beweging is had Asjes er dus tevens van de aanvang af mee rekening dienen te houden dat zijn benoeming uiteindelijk de rechterlijke toets niet zou kunnen doorstaan. Daarom had hij zich zijn benoeming niet moeten laten welgevallen.
Dit laatste klemt temeer omdat de ondertekening van de arbeidsovereenkomst plaats vond daags voor de door belanghebbende derden uitgelokte rechterlijke uitspraak over de rechtsgeldigheid van de benoeming van Asjes. De uitkomst van die uitspraak werd voorvoeld en de kennelijke bedoeling van het ondertekenen van de arbeidsovereenkomst was om die uitspraak op voorhand tandeloos te maken.
3.7. Al deze omstandigheden tezamen genomen wettigen de conclusie dat de nietigheid van het besluit van 1 juni 2007, en in het kielzog daarvan dat van 10 juni 2007, aan Asjes kenbaar had behoren te zijn.
Alleen al op deze grond kan de reconventionele vordering van Asjes tot vergoeding van schade niet slagen. Dit oordeel raakt zowel de periode vóór 11 februari 2008 als de periode nadien. Over de periode vóór 11 februari 2008 is overigens op andere grondslag al in conventie in voor Asjes ongunstige zin beslist.
De kosten juridische bijstand die Asjes heeft gemaakt zijn niet het gevolg van de vernietiging van de hem rakende besluiten maar van de omstandigheid dat hij tegen die vernietiging in rechte is opgekomen (en daarnaast ook nog betaling van de hem ten onrechte toegekende beloning heeft gevorderd). Waar die vernietiging in rechte overeind is gehouden zijn die kosten niet aan te merken als schade tengevolge van de vernietiging. Ook op deze grond dient afwijzing te volgen.
3.8. De afwijzing van de vordering van Asjes wordt ook gedragen door de overweging dat niet voldoende aannemelijk is dat hij door de vernietiging van, kort gezegd, zijn benoeming schade heeft geleden. Daarvoor is immers niet voldoende dat hij, zoals hij gesteld heeft, in de periode na de rechterlijke uitspraak van 11 februari 2008 maar moeilijk een adequate baan kon vinden, maar ook dat hij, na die datum van een andere werkkring heeft afgezien hoewel hij daarop een reëel uitzicht had. Dat laatste is echter niet door hem gesteld. Daardoor kan in rechte niet worden aangenomen dat hij door de vernietiging van meergenoemde besluiten schade heeft geleden.
Ook op deze grond dient de reconventionele vordering van Asjes tot vergoeding van schade te worden afgewezen.
3.9. Gelet op vorenstaande beslissing ligt ook de vordering van Asjes tot opheffing van de door Selikor N.V. gelegde beslagen voor afwijzing gereed.
Als de in het ongelijk te stellen partij zal Asjes de proceskosten in reconventie dienen te dragen.

In de vrijwaring in reconventie
3.10. Deze vordering is door Selikor N.V. ingesteld voor het geval zij in reconventie op vordering van Asjes zou worden veroordeeld tot vergoeding van door deze tengevolge van de vernietiging van de meergenoemde besluiten geleden schade.
Omdat deze vordering zal worden afgewezen heeft Selikor N.V. de Commissarissen ten onrechte in rechte betrokken.
Haar vordering ligt daarom voor afwijzing gereed, met haar veroordeling in de proceskosten, die in het vrijwaringincident daaronder begrepen.

4. De beslissing
In conventie
4.1. Veroordeelt Asjes om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan Selikor N.V. te betalen de somma van NAF 89.153,15 vermeerderd met de wettelijke rente over de door Selikor N.V. aan Asjes gedane betalingen gerekend vanaf de respectieve data van die betalingen tot aan de dag van de algehele voldoening.
4.2. Veroordeelt Asjes in de aan de zijde van Selikor N.V. gevallen proceskosten (...; *red.*).

4.3. Verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.
In reconventie
4.4. Wijst de vordering van Asjes af.
4.5. Veroordeelt Asjes in de aan de zijde van Selikor N.V. gevallen proceskosten (...; *red.*).
4.6. Verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.
In de vrijwaring in reconventie
4.7. Wijst de vordering van Selikor N.V. af.
4.8. Veroordeelt Selikor N.V. in de aan de zijde van de Commissarissen gevallen proceskosten (...; *red.*).
4.9. Verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. Voor de achtergrond van deze uitspraak wordt verwezen naar mijn noot bij het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba van 10 augustus 2010, «JOR» 2010/296. In het kort komt de zaak er op neer dat Asjes is benoemd tot bestuurder van afvalverwerker Selikor NV, maar dat het gaat om een door de politiek doorgedrukte benoeming, zonder open sollicitatieprocedure. Daardoor is aan in ieder geval zes stafleden van Selikor de mogelijkheid ontnomen om zelf te solliciteren naar de functie van directeur. Deze zuiver politieke benoeming is vervolgens door de rechter teruggedraaid.
2. In de onderhavige zaak vordert Selikor dat Asjes wordt veroordeeld om de aan hem betaalde directievergoeding terug te betalen, omdat de betalingen onverschuldigd zijn verricht. Deze vordering wordt toegewezen. Niet alleen het benoemingsbesluit is door de rechter vernietigd, maar ook het besluit om met Asjes een arbeidsovereenkomst aan te gaan. Een dergelijke vernietiging heeft terugwerkende kracht en daarmee ontviel de grondslag aan de betalingen door Selikor aan Asjes.
3. Terzijde wordt opgemerkt dat in Curaçao wettelijk is bepaald dat de rechtsverhouding tussen een bestuurder en de rechtspersoon niet wordt aangemerkt of mede aangemerkt als een arbeidsovereenkomst (art. 2:8 lid 5 BW Curaçao). Desondanks komen in de praktijk geregeld overeenkomsten tot stand die door partijen als arbeidsovereenkomst worden betiteld. Het staat partijen vrij om in een overeenkomst bepaalde of alle privaatrechtelijke bepalingen inzake de arbeidsovereenkomst van overeenkomstige toepassing te verklaren. Voorts kunnen de bepalingen inzake de overeenkomst van opdracht relevant zijn. Wanneer partijen niets hebben geregeld ligt het voor de hand dat een tot oordelen geroepen rechter bij die bepalingen aansluiting zoekt. Overigens is het wel toegestaan dat een bestuurder een dienstverband heeft met een andere rechtspersoon, bijvoorbeeld een groepsmaatschappij. Tenzij uitdrukkelijk anders is overeengekomen, kan een bestuurder zich derhalve niet beroepen op de ontslagbescherming die eigen is aan het arbeidsrecht.
4. Asjes beriep zich op de slotzin van art. 2:22 lid 2 BW Curaçao. Dat artikel luidt: "Is het besluit een rechtshandeling van de rechtspersoon, die tot een wederpartij is gericht, of is het een vereiste voor de geldigheid van zulk een rechtshandeling, dan kan de nietigheid of vernietiging van het besluit niet aan die wederpartij worden tegengeworpen, indien deze het gebrek dat aan het besluit kleefde niet kende of behoefde te kennen. Niettemin kan de nietigheid of vernietiging van een besluit tot uitgifte van aandelen aan de beoogde aandeelhouder en een besluit tot benoeming van een bestuurder of een commissaris aan de benoemde worden tegengeworpen; de rechtspersoon vergoedt echter de schade van de wederpartij, indien deze het gebrek in het besluit niet kende of behoefde te kennen."
5. Met een beroep op het geciteerde lid vordert Asjes schadevergoeding. Aangezien sprake was van een politieke benoeming en mede gelet op de omstandigheden zoals in het vonnis beschreven (r.o. 3.6 en 3.7), had Asjes er van stonde aan rekening mee moeten houden dat zijn benoeming omstreden zou zijn en ter toetsing aan de rechter zou worden voorgelegd. Asjes heeft in zoverre een punt dat het Gerecht in Eerste Aanleg in een andere zaak heeft overwogen dat voor de rechter geen zelfstandige taak is weggelegd als het gaat om een beoordeling van de onredelijkheid of onwenselijkheid van het beleid van de overheid als aandeelhouder om bij iedere politieke wisseling van de wacht nieuwe bestuurders en commissarissen bij overheidsvennootschappen te benoemen (zie daarvoor de hiervoor genoemde noot). Uit dat vonnis werd wel afgeleid dat politieke benoemingen als zodanig de toets der juridische kritiek konden doorstaan.

6. Daar staat tegenover dat het slechts een uitspraak in eerste aanleg betrof en dat er al lange tijd ernstige kritiek op dat beleid bestond. Relevant is ook dat de OECD in 2005 de 'Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises' heeft uitgevaardigd, die als internationale benchmark gelden, en waarin onder andere is vastgelegd dat het bestuur zodanig moet zijn samengesteld dat het objectief en onafhankelijk kan functioneren. Voorts speelden hier belangen van derden een rol, namelijk van de stafleden aan wie de mogelijkheid om ook te solliciteren werd ontnomen. De aandeelhouder van Selikor was niet het Eilandgebied Curaçao, maar de Stichting Implementatie Privatisering (StIP). De oprichting van StIP in 2000 was bedoeld om de privatisering van overheidsvennootschappen voor te bereiden. Gekozen was voor deze vorm in een poging om de directe invloed van de politiek op overheidvennootschappen te verminderen. Anders dan Asjes suggereert, werd dus al in het jaar 2000 het belang van good corporate governance onderkend. Tenslotte blijkt uit de feiten dat de benoeming van Asjes en in het bijzonder het met hem sluiten van een arbeidsovereenkomst met enige haast is doorgedrukt, ook om te voorkomen dat een dag later te wijzen vonnis nog roet in het eten zou gooien. In r.o. 3.6 komt dat aldus naar voren: "De uitkomst van die uitspraak werd voorvoeld en de kennelijke bedoeling van het ondertekenen van de arbeidsovereenkomst was om die uitspraak op voorhand tandeloos te maken". Het Gerecht overweegt dan ook terecht dat Asjes rekening had moeten houden met een gebrek in de besluitvorming dat tot vernietiging aanleiding zou kunnen geven. Met andere woorden: Asjes kon niet te goeder trouw uitgaan van rechtsgeldige besluitvorming en heeft bewust het risico aanvaard dat het besluit zou worden vernietigd. Dat risico komt dan ook voor zijn rekening en dat kan hij niet op de vennootschap afwentelen.
7. Naar het recht van Curaçao en van Nederland kan een benoemingsbesluit worden vernietigd wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid. De stafleden van Selikor behoren tot de kring van personen als bedoeld in art. 2:7 lid 1 BW Curaçao (in Nederland art. 2:8 BW). In Nederland bestaat een bepaling die vergelijkbaar is met art. 2:22 lid 2 BW Curaçao: art. 2:16 lid 2 BW.
8. Daargelaten dat een benoemingsbesluit in strijd kan zijn met statutaire bepalingen die de benoeming van bestuurders regelen, is onder het recht van zowel Nederland als Curaçao evenzeer denkbaar dat in het hier aan de orde zijnde geval sprake zou zijn van een onrechtmatige daad van Selikor jegens de stafleden door hen de mogelijkheid om te solliciteren te ontnemen en dat Selikor evenzeer onrechtmatig jegens hen zou handelen door na te laten tot ontslag over te gaan (vgl. HR 29 november 1996, «JOR» 1997/28 inzake Chipshol).

K. Frielink

270

JOR 2013/270

Gemeenschappelijk Hof van Justitie
15 juli 2013, EJ 60654/2013 – H 103/13,
ECLI:NL:OGHACMB:2013:3
(mr. De Haan, mr. Beukenhorst,
mr. Van Schilfgaarde)
Noot R.F. van den Heuvel

Enquêteprocedure naar Curaçaos recht. OM ontvankelijk in enquêteverzoek. Verhouding tussen bestuur, rvc en aandeelhouder van Curaçaose overheidsvennootschappen niet in overeenstemming met boek 2 BW CUR en de Code Corporate Governance Curaçao. Financiële situatie vennootschappen zorgelijk. Gegronde reden voor twijfel aan juist beleid. Verzoek toegewezen.

[BW CUR art. art. 2:270-2:286]

De verweersters in deze procedure zijn alle naamloze vennootschappen naar het recht van Curaçao en als zodanig onderworpen aan de voor naamloze vennootschappen geldende regels van Boek 2 BW. Dit brengt mee dat bij de uitoefening van de aan de afzonderlijke organen toegekende bevoegdheden de in verband daarmee in Boek 2 opgenomen, daarop gebaseerde of daaraan ten grondslag liggende regels in acht moeten worden genomen. Nu het gaat om vennootschappen waarvan de aandelen in handen zijn van het Land Curaçao en vóór 10 oktober 2010 in handen waren van het Eilandgebied Curaçao – rechtstreeks of door tussenkomst van een derde (STIP) – spelen

hierbij ook een rol de Eilandsverordening Corporate Governance van 12 oktober 2009 (AB 2009, 92) en het daarop gebaseerde Eilandsbesluit Code Corporate Governance Curaçao van 28 oktober 2009 (AB 2009, 96).

In een geval als het onderhavige, waarin de in aanmerking komende bevoegdheden telkens zijn verdeeld over drie organen, te weten het bestuur, de raad van commissarissen en de algemene vergadering, betekent dit onder meer dat die organen de grenzen van hun bevoegdheid nauwkeurig in het oog moeten houden en ieder voor zich de andere organen de gelegenheid moeten geven hun bevoegdheden overeenkomstig de daaraan verbonden rechten en verplichtingen uit te oefenen, een en ander met inachtneming van art. 2:7 BW. Voor het bestuur en de raad van commissarissen geldt hierbij als belangrijk richtsnoer het vennootschapsbelang en het belang van de aan de vennootschap verbonden onderneming, zoals dit telkens is vast te stellen door afweging van een reeks in aanmerking komende deelbelangen, waaronder in elk geval het belang van de continuiteit van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming (art. 2:8 lid 3 en 2:19 lid 7 BW, art. 2.1 en 3.1 Code Corporate Governance). Aandacht verdient hierbij dat het bestuur in staat moet worden gesteld zijn taak met een zekere mate van zelfstandigheid uit te oefenen. Voor zover aan die zelfstandigheid beperkingen worden gesteld door een wettelijke of statutaire goedkeurings-, instemmings- of aanwijzingsregeling, mag die regeling niet zo ver gaan dat aan het bestuur de eigen verantwoordelijkheid en zelfstandigheid geheel of grotendeels wordt ontnomen. De algemene vergadering en de raad van commissarissen kunnen – buiten de in de wet of de statuten geregelde gevallen – de tot "bestuur" te rekenen taken niet geheel of gedeeltelijk aan zich trekken. Een belangrijk uitgangspunt is verder dat het bestuur primair verantwoordelijk is voor het bepalen van de strategie en het beleid van de vennootschap.

Aan de algemene vergadering komt steeds een aantal belangrijke bevoegdheden toe. Intussen geldt ook voor de algemene vergadering dat zij het bestuur de nodige zelfstandigheid moet laten. Het enkele feit dat de enige aandeelhouder een publiekrechtelijke rechtspersoon is – thans het Land Curaçao – maakt dit niet anders. Wel kan zich in dit verband, zoals bij iedere aandeelhouder, een belangenconflict voordoen. Het optreden van het Land Curaçao als aandeelhouder zal mede worden beïnvloed door zijn publiekrechtelijke verantwoordelijkheden. Daarbij speelt ook de op dat optreden gerichte, interne besluitvorming een rol. Die publiekrechtelijke verantwoordelijkheden en die interne besluitvorming kunnen echter zijn verantwoordelijkheid als enig aandeelhouder, zoals deze mede wordt bepaald door art. 2:7 BW, niet aantasten. Zoals in alle gevallen van tegenstrijdig belang tussen de vennootschap en een orgaan of functionaris van die vennootschap moet hier als hoofdregel gelden dat de (vertegenwoordiger van de) enig aandeelhouder zich in een dergelijk geval bij de besluitvorming binnen de vennootschap terughoudend opstelt. Van hem kan daarnaast worden verwacht dat hij pogingen aanwendt om de tegengestelde belangen zo goed als mogelijk is te verenigen. Voor zover daaraan in een gegeven geval niet is voldaan, kan dit mede bijdragen tot het oordeel dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen.

– Aqualectra

Het verzoek tot enquête bij Integrated Utility Holding NV ("Aqualectra") berust mede op het verwijt dat de rvc en de (vertegenwoordiger van de) aandeelhouder in 2011 en een gedeelte van 2012 "op de stoel van het bestuur zijn gaan zitten". In dit verband is als grond iv aangevoerd dat de rvc bij besluit van 11 juli 2011 heeft besloten dat de bestuurders van Aqualectra slechts met toestemming van de rvc besluiten met een transactiewaarde van NAF. 50 of meer konden nemen. Dat dit besluit, dat geldig was voor de duur van zes maanden, is genomen en dat daaraan uitvoering is gegeven, is door Aqualectra niet betwist. Deze goedkeuringsregeling beperkte de bevoegdheid van het bestuur op onaanvaardbare wijze. Ook was deze regeling in strijd met de nieuwe statuten. Een aanwijzing voor de vergaande bemoeienis van de (vertegenwoordiger van de) aandeelhouder met de operationele kant van de onderneming in de desbetreffende periode kan ook worden gevonden in de gang van zaken rond de Memorandum of Understanding ("MoU") over zonnepanelen, die, zoals door Aqualectra is erkend, door de Minister van Algemene Zaken is ondertekend "als getuige". Een en ander is grond om voor deze periode aan een juist beleid te twijfelen. Hier komt bij dat de voormalige president-commissaris van Aqualectra (belanghebbende Van der Dijs) gedurende een relevante periode tevens president-commissaris van Refi-

neria di Korsou ("RdK") was. Aannemelijk is dat hij dientengevolge niet onafhankelijk en kritisch heeft kunnen opereren ten opzichte van de in aanmerking komende deelbelangen. Gelet op de verwevenheid van de ondernemingen van Aqualectra en RdK is ook hierin een grond gelegen om aan een juist beleid te twijfelen. De onder iii aangeduide grond heeft betrekking op de vaststelling van de tarieven voor de gebruikers. Het is een gegeven dat Aqualectra als openbaar nutsbedrijf op dit gebied op een spanningsveld opereert. Aan de ene kant dient zij een goede toegang tot de door haar verleende diensten te bewaken, waarbij gelet op de belangen van de gebruikers de tarieven voor water en elektriciteit betaalbaar moeten zijn voor de inwoners en bedrijven van Curaçao. Aan de andere kant behoort zij een zakelijke berekening aan de tarieven ten grondslag te leggen om de continuïteit van haar onderneming te waarborgen. Aqualectra heeft naar voren gebracht dat zij de tarieven niet kon aanpassen aan de gestegen brandstofprijzen en deze zelfs moest verlagen, omdat zij gebonden was aan de maximumtarieven die door de regering van Curaçao op grond van de Prijzenverordening waren vastgesteld. Zoals van iedere vennootschap mag echter ook van Aqualectra worden verwacht dat zij een deugdelijk financieel beleid voert. Dat betekende in dit geval dat het bestuur, daarin gesteund door de rvc, zich tot het uiterste had moeten inspannen om alsnog een tariefsverhoging te bewerkstelligen. Dat het bestuur en de rvc in dit opzicht aan hun verplichtingen hebben voldaan, is vooralsnog niet gebleken. Verder geldt ook voor het Land Curaçao als (enig) aandeelhouder dat het had moeten inzien dat de continuïteit van de onderneming van Aqualectra moest worden gewaarborgd. Indien en voor zover de vertegenwoordiger van de aandeelhouder daarmee in een situatie is komen te verkeren dat voor hem een tegenstrijdig belang met de vennootschap was ontstaan, diende hij zich als zodanig binnen de vennootschap terughoudend op te stellen en had hij moeten overwegen in hoeverre hij zijn invloed kon aanwenden om het Land Curaçao te bewegen zijn prijspolitiek bij te stellen. Voorshands is aannemelijk dat hij dit niet in voldoende mate heeft gedaan. Ook in deze gang van zaken is derhalve een grond gelegen om aan een juist beleid te twijfelen. Er zijn indicaties dat de geschetste gang van zaken bij Aqualectra inderdaad schadelijk is geweest voor de financiële positie van de onderneming. Geconcludeerd wordt dat de financiële situatie van Aqualectra zorgelijk is. Een en ander draagt bij aan het oordeel dat in de geschetste gang van zaken een grond is gelegen om aan een juist beleid te twijfelen.

– Curoil en Curgas

Ook in het geval van Curaçao Oil NV ("Curoil") is er grond voor het oordeel dat de verhouding tussen het bestuur, de rvc en de aandeelhouder niet in overeenstemming was met boek 2 BW en de Code Corporate Governance. In de verhouding tussen het bestuur en de rvc springt in het oog dat de president-commissaris en een andere commissaris gedurende een betrekkelijk lange tijd belast waren met de dagelijkse leiding. Ook verdient aantekening, gelet op de verwevenheid van de ondernemingen van Curoil en RdK, dat de directeur van Curoil tegelijkertijd commissaris van RdK was en dat hij eerder gelijktijdig commissaris van Curoil en RdK was.

– RdK

Uit de door het OM overgelegde stukken komt naar voren dat de corporate governance structuur van RdK in de praktijk niet was zoals die had behoren te zijn. Het Hof is van oordeel dat gebleken is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen bij RdK.

Zoals hiervoor is vastgesteld is gebleken van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen bij Aqualectra, Curoil en RdK. Deze overheidsvennootschappen vervullen een cruciale functie in de samenleving. Het beweerde disfunctioneren van deze vennootschappen heeft tot grote maatschappelijke onrust geleid. Vooralsnog bestaat geen overeenstemming tussen de betrokken partijen over de toedracht en de beoordeling van een reeks door het OM opgevoerde gebeurtenissen. Onder deze omstandigheden is het van groot maatschappelijk belang dat een onafhankelijk en onpartijdig onderzoek door een deskundige plaatsvindt, gericht op opening van zaken en vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor het beleid op de aangegeven punten. Van een dergelijk onderzoek kan bovendien een preventieve werking uitgaan.

Het Hof beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken bij Aqualectra, Curoil en RdK.

Het Openbaar Ministerie te Curaçao,
verzoeker,
vertegenwoordigd door de A-G mr. A.C. van der Schans,

tegen de naamloze vennootschappen
1. Integrated Utility Holding NV,
gemachtigde: mr. K. Frielink,
2. Curaçao Oil NV,
gemachtigde: mr. C. de Bres,
3. Curoil Gas NV,
gemachtigde: mr. C. de Bres,
4. Refineria di Korsou,
gemachtigde: mr. D.E. Liqui-Lung,
alle te Curaçao,
verweersters,
met als belanghebbenden:
1. O.C. van der Dijs,
gemachtigden: mr. D.D. Zahavi en mr. L.A.E. Timmer,
2. R.A. Treurniet,
gemachtigden: mr. D.D. Zahavi en mr. L.A.E. Timmer,
3. G.F. Schotte,
gemachtigden: mr. D.A.A. Boersema en mr. P.J. van der Korst,
allen te Curaçao.

(...; *red.*)

2. Ontvankelijkheid
2.1. Verweersters (met uitzondering van RdK) en belanghebbenden hebben aangevoerd dat het OM niet-ontvankelijk moet worden verklaard in het verzoek tot enquête omdat de stichting Fundashon Akshon Sivil (hierna: FAS) die het OM heeft verzocht om dit verzoek tot enquête in te dienen geen belanghebbende is en geen sprake is van dringende gronden als bedoeld in artikel 2:272 lid 2 onder a BW.
2.2. Dit verweer wordt verworpen. De aangeduide regeling dient zo te worden begrepen dat het in eerste instantie aan het OM is om te beoordelen of de betrokkene als belanghebbende kan gelden en of diens verzoek aan het OM op dringende gronden is gebaseerd. Deze vragen zijn door het OM bevestigend beantwoord. Het OM heeft daarbij gewezen op de statutaire doelstelling van FAS en de door FAS verrichte werkzaamheden, waaronder het doen van aangiften. Deze beoordeling kan als juist worden aanvaard. Hier komt bij dat het OM, zoals het ter zitting heeft bevestigd, het verzoek tot enquête tevens op verzoek van de vakbonden STK en STKo heeft gedaan. Tegen het optreden van het OM mede op verzoek van deze vakbonden zijn geen bezwaren aangevoerd. Bovendien blijkt uit het verzoekschrift dat het OM het verzoek tot enquête daarnaast heeft gedaan op grond van zijn bevoegdheid ex artikel 2:272 lid 2 onder a BW om daartoe over te gaan om redenen van openbaar belang, te weten de ongestoorde energie- en watervoorziening op Curaçao. Aldus behartigt het OM zelfstandig een specifiek openbaar belang.
2.3. Verder hebben verweersters (met uitzondering van RdK) en belanghebbenden zich op het standpunt gesteld dat het OM niet-ontvankelijk moet worden verklaard in het verzoek tot enquête omdat het verzoekschrift geen duidelijke omschrijving van het verzoek en de gronden waarop het berust bevat, zoals is vereist op grond van artikel 429d lid 1 Rv.
2.4. Het Hof deelt dit standpunt niet. Het verzoek zoals hiervoor weergegeven onder rov. 1.1 blijkt duidelijk uit het verzoekschrift, mede gelet op het feit dat daarin als onderwerp is vermeld 'Verzoek van het Openbaar Ministerie ex artikel 2:271 BW'. Bovendien zijn de gronden van het verzoek uitvoerig vermeld in de brieven van FAS van 25 juli, 2 en 14 augustus 2012 en 4 januari 2013, alsmede in de brief van de vakbonden van 31 juli 2012, alle behorend bij het verzoekschrift. Voor verweersters en belanghebbenden moet het dan ook duidelijk zijn geweest waartegen zij zich hadden te verweren. Dat blijkt ook uit de door hen gevoerde inhoudelijke verweren.
2.5. Ook hebben verweersters (met uitzondering van RdK) en belanghebbenden een beroep gedaan op artikel 2:273 BW. Voor zover dit beroep ertoe strekt dat het OM niet-ontvankelijk wordt verklaard in het verzoek tot enquête, kan dat niet slagen. Artikel 2:273 BW strekt ertoe dat de betrokken rechtspersoon niet onverhoeds met een enquêteverzoek wordt geconfronteerd en voldoende gelegenheid heeft gekregen de bestaande bezwaren te onderzoeken en, zo mogelijk, maatregelen te nemen om daaraan tegemoet te komen. Aan deze strekking is voldaan, nu het OM de brief van FAS van 25 juli 2012 heeft doen toekomen aan de vennootschappen en de vennootschappen op de daarin vermelde bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken hebben gereageerd. Gezien de aard en inhoud van de brief van FAS en de verdere gang van zaken moet worden aangenomen dat het bestuur van de vennootschappen de raad van commissarissen op de hoogte heeft gebracht van de bestaande bezwaren. Als hier al sprake is van een nalatigheid heeft in elk geval de vennootschap daarvan geen nadeel ondervonden.

2.6. Tot slot hebben Van der Dijs en Treurniet betoogd dat het OM niet-ontvankelijk moet worden verklaard in het verzoek tot enquête voor zover dat tegen hen is gericht, omdat een onderzoek in een enquêteprocedure op grond van artikel 2:271 BW uitsluitend kan worden ingesteld naar het beleid en de gang van zaken bij een rechtspersoon.
2.7. Dit betoog gaat uit van een verkeerde lezing van het verzoekschrift. Het verzoek van het OM om het handelen en nalaten van Van der Dijs, Treurniet en Schotte in het onderzoek te betrekken, is geen verzoek tot enquête gericht tegen hen. Van der Dijs, Treurniet en Schotte zijn dan ook geen verweerders in deze procedure. Zij zijn in de gelegenheid gesteld in de procedure te verschijnen als belanghebbenden, louter omdat zij door het OM in het verzoekschrift zijn genoemd (zie artikel 429f lid 1 Rv).

3. Feiten
Op grond van de door partijen overgelegde stukken en het verhandelde ter zitting stelt het Hof de volgende feiten vast.
3.1. Aqualectra, Curoil en Curgas en RdK zijn naamloze vennootschappen naar het recht van Curaçao.
3.2. Aqualectra is als openbaar nutsbedrijf verantwoordelijk voor de levering van water en elektriciteit aan de inwoners en bedrijven van Curaçao. Haar hoofdtaak is de levering van water en elektra zoveel mogelijk te garanderen.
3.3. Curoil is opgericht door het Eilandgebied Curaçao nadat Shell, dat de olieraffinaderij op Curaçao sinds 1915 ontwikkelde en exploiteerde, in 1985 haar activiteiten op Curaçao beëindigde. Curoil heeft destijds de distributie van de (olie-) producten van een dochtermaatschappij van Shell overgenomen. De Venezolaanse staatsoliemaatschappij Petrólo de Venezuela S.A. (hierna: PDVSA) heeft de exploitatie van de olieraffinaderij overgenomen.
3.4. De doelstelling van Curoil is de uitoefening van het petroleumbedrijf in volle omvang. Curoil koopt producten (waaronder benzine, diesel, stookolie, bitumen en gas) in van PDVSA, en levert die via diverse afzetkanalen aan de eindgebruikers op het eiland. Aqualectra is daarvan de grootste. Curoil heeft een exclusief recht op afname van producten van PDVSA en PVDSA mag enkel aan Curoil aardolie(-producten) leveren ter distributie op (onder meer) Curaçao.
3.5. Curgas is een dochteronderneming van Curoil. Een deel van de bedrijfsactiviteiten van Curoil is door haar in Curgas ondergebracht. Curgas legt zich met name toe op het aankopen en distribueren van gas en alles wat daarmee samenhangt.
3.6. RdK is eigenaar van de olieraffinaderij op Curaçao. RdK is door het Eilandgebied Curaçao opgericht om de in 1985 van Shell overgenomen olieraffinaderij in onder te brengen. RdK heeft de raffinaderij tot 2019 verhuurd aan Refineria ISLA Curaçao B.V. (hierna: ISLA), een dochteronderneming van PDVSA. De huur bedraagt ongeveer US$ 25 miljoen per jaar.
3.7. RdK heeft per 19 januari 2011 van Aqualectra 49% van de gewone aandelen in CUC Holdings N.V. (hierna: CUCH) verworven en per 8 december 2011 de resterende 51% van die aandelen van Mitsubishi/Marubeni. Dochtermaatschappij van CUCH is Curaçao Utilities Company N.V. (hierna: CUC). CUCH/CUC is eigenaar van de Built Own and Operate-centrale (hierna: de BOO-centrale). De BOO-centrale levert stoom, lucht en elektriciteit aan de olieraffinaderij. RdK heeft haar dochtermaatschappij Curaçao Refinery Utilities N.V. (hierna: CRU) aangewezen als operator van de BOO-centrale.
3.8. Het Land Curaçao is – sinds de staatkundige transitie op 10 oktober 2010 – (enig) aandeelhouder van Aqualectra, Curoil (en daarmee indirect van Curgas) en RdK. Vóór 10 oktober 2010 was dat het Eilandgebied Curaçao. Gedurende een bepaalde tijd zijn deze aandelen gehouden door tussenkomst van de overheidsstichting Stichting Implementatie Privatisering (hierna: STIP).
3.9. Bij landsbesluit van 1 februari 2011 is de Minister van Algemene Zaken door de Raad van Ministers gemachtigd met ingang van 1 februari 2011 het Land Curaçao als aandeelhouder van (onder meer) Aqualectra, Curoil en RdK te vertegenwoordigen en daarbij het stemrecht uit te oefenen overeenkomstig de besluiten van de Raad van Ministers. Schotte is van 10 oktober 2010 tot 29 september 2012 Minister van Algemene Zaken van Curaçao geweest. Hij was als Minister van Algemene Zaken van Curaçao op grond van genoemd landsbesluit van 1 februari 2011 tot 29 september 2012 vertegenwoordiger van de aandeelhouder van deze vennootschappen.
Thans is de Minister van Financiën de vertegenwoordiger van de aandeelhouder van Aqualectra

en Curoil; voor RdK is dit nog steeds de Minister van Algemene Zaken.
3.10. In oktober 2011 heeft de regering van Curaçao modelstatuten voor overheidsvennootschappen (zoals Aqualectra, Curoil en RdK) vastgesteld. Aqualectra heeft haar statuten per 18 december 2011 aangepast aan de modelstatuten, Curoil per 29 mei 2012, Curgas per 11 maart 2013 en RdK per 8 mei 2012. In de modelstatuten is de Code Corporate Governance geïmplementeerd (artikel 30). Verder is in de modelstatuten in artikel 2 lid 2 opgenomen dat de vennootschap "het algemeen belang en een deugdelijke sociaal-economische ontwikkeling van Curaçao in acht dient te nemen".
3.11. Het bestuur van Aqualectra bestaat thans uit één persoon, D.P. Jonis, aangesteld per 1 april 2011. Per 4 oktober 2011 zijn de toenmalige andere bestuurders A. Casperson, aangesteld per 1 januari 2009, D. van der Veen, aangesteld per 1 juli 2010, en W. Pandt, aangesteld per 1 juli 1999, geschorst. Casperson is vervolgens ontslagen per 9 december 2011, Van der Veen is ontslagen (in het kader van een schikking) per 9 december 2011 en W. Pandt is met pensioen gegaan per 31 december 2011.
3.12. De raad van commissarissen van Aqualectra is van samenstelling gewijzigd. Van der Dijs volgde S. Camelia-Römer per 29 november 2010 op als president-commissaris, tot zijn ontslag per 27 december 2012. Treurniet was lid van de raad van commissarissen van 29 november 2010 tot en met 8 februari 2013. Op 30 juni 2011 is R. Doest aangesteld als commissaris. Doest maakt nog steeds deel uit van de raad van commissarissen.
3.13. Bij Curoil is G.J. Capella van 3 juli 2006 tot 12 juli 2011 directeur geweest. Vanaf 13 april 2011 tot 4 juni 2012 waren president-commissaris Q.D.A. Carrega en commissaris R.A. Garmes belast met de dagelijkse leiding. Het bestuur van Curoil bestaat thans uit één persoon, Y.W. Lasten, aangesteld per 1 juni 2012.
3.14. Carrega is president-commissaris van Curoil geweest van 24 november 2010 tot 1 juli 2012; voor 24 november 2010 was dit E.W. Balborda. Garmes is aangesteld als commissaris op 13 januari 2011. Hij maakt nog steeds deel uit van de raad van commissarissen. Lasten was commissaris van 13 januari 2011 tot 15 januari 2012.
3.15. H.A. Mensche was directeur van RdK van 16 september 2004 tot 21 januari 2011. Vervolgens is Mensche geschorst geweest, welke schorsing is opgeheven op 6 december 2012. Van 24 januari 2011 tot 24 juli 2012 was Garmes interim directeur. Nadien waren de commissarissen S.C. Justiana en H.M.A. Deira aangesteld als "gedelegeerd bestuurder" van 24 juli 2012 tot 19 november 2012. Per 30 mei 2013 is S.J. Maduro belast met het dagelijks bestuur van RdK.
3.16. Van der Dijs is van 23 november 2010 tot en met 27 december 2012 president-commissaris van de raad van commissarissen van RdK geweest. Justiana en Deira zijn op respectievelijk 8 april 2011 en 3 januari 2012 benoemd als commissarissen. Zij zijn geschorst op 6 december 2012 en op 14 december 2012 ontslagen. Lasten is op 14 december 2010 benoemd als commissaris en heeft zijn ontslag ingediend begin november 2012. Thans bestaat de raad van commissarissen uit E.M.R. Quarton (president-commissaris), M.R.J. de Lannoy, D.A.C. Hernandez en H.C. Groeneveld.
3.17. Bij Koninklijk Besluit van 13 juli 2012 (Stb. 2012, 338) heeft de Rijksministerraad, op advies van het College financieel toezicht (Cft), aan de regering van Curaçao een aanwijzing in de zin van artikel 13, vijfde lid, van de Rijkswet financieel toezicht Curaçao en Sint Maarten gegeven, met als hoofddoel de begroting van 2012 in overeenstemming te brengen met de eisen die deze Rijkswet stelt.
3.18. In oktober 2012 heeft de huidige Minister van Financiën aan de stichting Stichting Overheidsaccountants Bureau (hierna: SOAB) de opdracht gegeven tot het uitvoeren van "quickscans" naar de financiële situatie van (onder meer) Aqualectra, Curoil en RdK. SOAB heeft op 12 oktober 2012 rapporten uitgebracht over Aqualectra en RdK en op 16 oktober 2012 over Curoil.

4. Gronden

Aqualectra
4.1. Het OM heeft, kort samengevat, het volgende ten grondslag gelegd aan het verzoek tot enquête bij Aqualectra:
i. Aqualectra heeft de termijn voor het afronden van de jaarrekening 2010 overschreden;
ii. Aqualectra heeft onverplicht de door haar gehouden aandelen in CUCH, die al geruime tijd op de balans van Aqualectra werden gewaardeerd op NAF. 65,5 miljoen, voor slechts NAF. 1,- verkocht en overdragen aan RdK. Dit heeft voor Aqualec-

tra in 2010 een verlies opgeleverd van minimaal NAF. 65,5 miljoen;
iii. Aqualectra heeft geen enkele serieuze poging gedaan om de tarieven over de afgelopen jaren te doen verhogen en heeft de tarieven zelfs verlaagd. Mede hierdoor bevindt Aqualectra zich thans in een financieel zeer moeilijke situatie;
iv. De raad van commissarissen heeft besloten dat door de directie slechts met toestemming van de raad van commissarissen besluiten met een transactiewaarde van NAF. 50,- konden worden genomen. Dit besluit is in strijd met de statuten van Aqualectra;
v. Het bestuur en raad van commissarissen vergaderden niet stelselmatig;
vi. Het statutair vereiste business plan 2012 en een begroting ontbreken;
vii. Het terugsturen van agrekko's en het niet onderhouden van gasturbines heeft de elektriciteitsleverantie in gevaar gebracht;
viii. De raad van commissarissen heeft (met voorbijgaan van het bestuur) miljoenencontracten gesloten in strijd met aanbestedingsregels;
ix. Aqualectra heeft een Memorandum of Understanding (MoU) over zonnepanelen gesloten zonder dat er een reguliere aanbesteding is geweest;
x. Aqualectra heeft premies en belastingen niet afgedragen;
xi. Aqualectra heeft zich door de overheid laten dwingen een bepaalde productiemix te realiseren;
xii. Aqualectra heeft een oplopende schuld aan Curoil;
xiii. Er zijn zonder noodzaak zeer kostbare nieuwe IT-systemen aangeschaft;
xiv. Grote aantallen uitzendkrachten zijn zonder zakelijke redenen in dienst genomen.

Curoil en Curgas
4.2. Het OM heeft, kort samengevat, het volgende ten grondslag gelegd aan het verzoek tot enquête bij Curoil en Curgas:
i. Curoil heeft de jaarverslagen over 2010 en 2011 niet ter inzage gelegd voor belanghebbenden zoals de wet voorschrijft;
ii. Curoil heeft (zich er niet tegen verzet dat) enorme verliezen (zijn) geleden, als gevolg van het niet aanpassen van de prijzen van olie door de overheid, terwijl dat noodzakelijk was in verband met de gestegen internationale olieprijzen;
iii. Curoil heeft door het betalingsgedrag van Aqualectra een vordering van NAF. 96 miljoen op Aqualectra verkregen. Curoil heeft geen serieuze pogingen ondernomen om de vordering op Aqualectra (deels) betaald te krijgen en heeft ook geen beleid terzake ontwikkeld;
iv. Curoil heeft een steeds oplopende schuld aan PDVSA. Een gevolg is dat PDVSA boeterente in rekening is gaan brengen;
v. Curoil heeft in strijd met duidelijke adviezen van Ernst & Young een investering gedaan van NAF. 20 miljoen voor nieuwe tanks te Motet.

RdK
4.3. Het OM heeft, kort samengevat, het volgende ten grondslag gelegd aan het verzoek tot enquête bij RdK:
i. RdK heeft de jaarrekening 2011 nog niet opgemaakt;
ii. Er zijn onduidelijkheden over de gang van zaken bij de verwerving door RdK van de aandelen van Aqualectra in CUCH;
iii. Er zijn onduidelijkheden over de verwerving door RdK van aandelen van Mitsubishi/Marubeni in CUCH;
iv. Er zijn onbeantwoorde vragen over de vrijgave van CUC aan RdK van het erfpachtrecht met betrekking tot de BOO-centrale en de overgang in eigendom van de BOO-centrale aan RdK;
v. Er is een gedelegeerd bestuur ingesteld, waardoor er feitelijk geen toezicht meer was op de directie;
vi. Er zijn contracten gesloten zonder aanbesteding of offerte en zonder duidelijke meerwaarde voor RdK, terwijl in sommige gevallen contracten werden gesloten met (familierelaties van) commissarissen van RdK;
vii. RdK heeft gratis onderwijs en andere gemeenschapsprojecten gefinancierd en heeft een commissaris een persoonlijke lening verstrekt teneinde zijn persoonlijke (hypothecaire) lening geheel of gedeeltelijk af te lossen.
4.4. Verweersters en belanghebbenden hebben verweer gevoerd, waarop voor zover nodig hierna zal worden ingegaan.
4.5. Bij de beoordeling moet in het oog worden gehouden dat voor toewijzing van een verzoek tot enquête vereist, maar ook voldoende is dat blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen (artikel 2:274 lid 1 BW). De vraag of er sprake is geweest van hetzij wanbeleid, hetzij een vermoeden van wanbeleid, dan wel van "zeer ernstig tekortschietend, flagrant ondermaats beleid", zoals gesuggereerd door Aqualectra in haar pleit-

nota onder 7 en 12, is niet aan de orde. Deze vragen kunnen eventueel aan de orde komen indien na afloop van de onderhavige procedure door een daartoe gerechtigde een verzoek wordt gedaan op de voet van artikel 2:282 BW.
4.6. Verder kan het Hof de toewijzing van een verzoek tot enquête baseren op een of meer van de aan dat verzoek ten grondslag gelegde gronden, al dan niet in onderling verband en samenhang bezien, mits daaruit blijkt van gegronde redenen als hiervoor bedoeld. Voor het overige kunnen de aangevoerde gronden dan onbesproken worden gelaten. Voor zover het Hof hem die vrijheid laat, kan bij toewijzing van het verzoek tot enquête de te benoemen onderzoeker niettemin bepaalde aan het verzoek tot enquête ten grondslag gelegde gronden, die door het Hof onbesproken zijn gelaten, bij zijn onderzoek betrekken.

5. Beoordeling
5.1. Bij de nu volgende beoordeling moet het volgende worden vooropgesteld.
5.1.1. De verweersters in deze procedure zijn alle naamloze vennootschappen naar het recht van Curaçao en als zodanig onderworpen aan de voor naamloze vennootschappen geldende regels van Boek 2 BW. Dit brengt mee dat bij de uitoefening van de aan de afzonderlijke organen toegekende bevoegdheden de in verband daarmee in Boek 2 opgenomen, daarop gebaseerde of daaraan ten grondslag liggende regels in acht moeten worden genomen. Nu het gaat om vennootschappen waarvan de aandelen in handen zijn van het Land Curaçao en vóór 10 oktober 2010 in handen waren van het Eilandgebied Curaçao – rechtstreeks of door tussenkomst van een derde (STIP) – spelen hierbij ook een rol de Eilandsverordening Corporate Governance van 12 oktober 2009 (AB 2009, 92) en het daarop gebaseerde Eilandsbesluit Code Corporate Governance Curaçao van 28 oktober 2009 (AB 2009, 96).
5.1.2. In een geval als het onderhavige, waarin de in aanmerking komende bevoegdheden telkens zijn verdeeld over drie organen, te weten het bestuur, de raad van commissarissen en de algemene vergadering, betekent dit onder meer dat die organen de grenzen van hun bevoegdheid nauwkeurig in het oog moeten houden en ieder voor zich de andere organen de gelegenheid moeten geven hun bevoegdheden overeenkomstig de daaraan verbonden rechten en verplichtingen uit te oefenen, een en ander met inachtneming van artikel 2:7 BW. Voor het bestuur en de raad van commissarissen geldt hierbij als belangrijk richtsnoer het vennootschapsbelang en het belang van de aan de vennootschap verbonden onderneming, zoals dit telkens is vast te stellen door afweging van een reeks in aanmerking komende deelbelangen, waaronder in elk geval het belang van de continuïteit van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming (artikelen 2:8 lid 3 en 2:19 lid 7 BW, artikelen 2.1 en 3.1 Code Corporate Governance). Aandacht verdient hierbij dat het bestuur in staat moet worden gesteld zijn taak met een zekere mate van zelfstandigheid uit te oefenen. Voor zover aan die zelfstandigheid beperkingen worden gesteld door een wettelijke of statutaire goedkeurings-, instemmings- of aanwijzingsregeling, mag die regeling niet zo ver gaan dat aan het bestuur de eigen verantwoordelijkheid en zelfstandigheid geheel of grotendeels wordt ontnomen. De algemene vergadering en de raad van commissarissen kunnen – buiten de in de wet of de statuten geregelde gevallen – de tot "bestuur" te rekenen taken niet geheel of gedeeltelijk aan zich trekken. Een belangrijk uitgangspunt is verder dat het bestuur primair verantwoordelijk is voor het bepalen van de strategie en het beleid van de vennootschap.
5.1.3. Aan de algemene vergadering komt steeds een aantal belangrijke bevoegdheden toe. Intussen geldt ook voor de algemene vergadering dat zij het bestuur de nodige zelfstandigheid moet laten. Het enkele feit dat de enige aandeelhouder een publiekrechtelijke rechtspersoon is – thans het Land Curaçao – maakt dit niet anders. Wel kan zich in dit verband, zoals bij iedere aandeelhouder, een belangenconflict voordoen. Het optreden van het Land Curaçao als aandeelhouder zal mede worden beïnvloed door zijn publiekrechtelijke verantwoordelijkheden. Daarbij speelt ook de op dat optreden gerichte, interne besluitvorming een rol. Die publiekrechtelijke verantwoordelijkheden en die interne besluitvorming kunnen echter zijn verantwoordelijkheid als enig aandeelhouder, zoals deze mede wordt bepaald door artikel 2:7 BW, niet aantasten. Zoals in alle gevallen van tegenstrijdig belang tussen de vennootschap en een orgaan of functionaris van die vennootschap moet hier als hoofdregel gelden dat de (vertegenwoordiger van de) enig aandeelhouder zich in een dergelijk geval bij de besluitvorming binnen de vennootschap terughoudend op-

stelt. Van hem kan daarnaast worden verwacht dat hij pogingen aanwendt om de tegengestelde belangen zo goed als mogelijk is te verenigen. Voor zover daaraan in een gegeven geval niet is voldaan, kan dit mede bijdragen tot het oordeel dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen.

5.2. Aan de orde is vervolgens eerst het betoog van verweersters (met uitzondering van RdK) en Schotte dat in deze procedure feiten die hebben plaatsgevonden vóór 1 januari 2012 buiten beschouwing dienen te blijven, nu de enquêteregeling op 1 januari 2012 in werking is getreden.

5.3. Zoals het Hof eerder heeft overwogen (Hof 29 juni 2012, LJN: BX0420, rov. 3.1 en 3.2, en Hof 5 maart 2013, LJN: BZ4843, rov. 3.1), geldt voor de enquêteregeling het overgangsrechtelijke regime van de onmiddellijke werking en neemt dit niet weg dat feiten die zich hebben voorgedaan vóór de invoering van de enquêteregeling in beginsel (mede) ten grondslag kunnen worden gelegd aan de beslissing om op de voet van artikel 2:271 BW een onderzoek te bevelen en dat het onderzoek zich in beginsel (mede) kan uitstrekken tot de periode vóór de invoering van de enquêteregeling. Dit betoog gaat dan ook niet op. Een andere zaak is dat bij de toepassing van de artikelen 2:282 en 283 BW en andere sanctiebepalingen wellicht gebeurtenissen die hebben plaatsgevonden vóór de invoering van de enquêteregeling buiten beschouwing moeten worden gelaten. Die vraag is echter thans niet aan de orde.

Aqualectra

5.4. Het verzoek tot enquête bij Aqualectra berust mede op het verwijt dat de raad van commissarissen en de (vertegenwoordiger van de) aandeelhouder in 2011 en een gedeelte van 2012 "op de stoel van het bestuur zijn gaan zitten". In dit verband is als grond iv aangevoerd dat de raad van commissarissen bij besluit van 11 juli 2011 heeft besloten dat de bestuurders van Aqualectra slechts met toestemming van de raad van commissarissen besluiten met een transactiewaarde van NAF. 50,- of meer konden nemen. Dat dit besluit, dat geldig was voor de duur van zes maanden, is genomen en dat daaraan uitvoering is gegeven, is door Aqualectra niet betwist. Tegen de achtergrond van hetgeen hiervoor onder rov. 5.1.2 is vooropgesteld, beperkte deze goedkeuringsregeling de bevoegdheid van het bestuur op onaanvaardbare wijze. Ook was deze regeling in strijd met de statuten van Aqualectra (de oude statuten van 16 januari 2002) en na wijziging van de statuten op 18 december 2011 ook in strijd met de nieuwe statuten (artikel 13 lid 6 onder i). Een aanwijzing voor de vergaande bemoeienis van de (vertegenwoordiger van de) aandeelhouder met de operationele kant van de onderneming in de desbetreffende periode kan ook worden gevonden in de gang van zaken rond de MoU over zonnepanelen die, zoals door Aqualectra is erkend, door de Minister van Algemene Zaken is ondertekend "als getuige" (grond ix). Een en ander is grond om voor deze periode aan een juist beleid te twijfelen.

5.5. Hier komt bij dat de voormalige president-commissaris van Aqualectra (Van der Dijs) gedurende een relevante periode tevens president-commissaris van RdK was. Aannemelijk is dat hij dientengevolge niet onafhankelijk en kritisch heeft kunnen opereren ten opzichte van de in aanmerking komende deelbelangen (artikel 2.9 Code Corporate Governance). Gelet op de verwevenheid van de ondernemingen van Aqualectra en RdK is ook hierin een grond gelegen om aan een juist beleid te twijfelen. Bovendien heeft de president-commissaris bij zijn optreden nagelaten de schijn van belangenverstrengeling tussen Aqualectra en RdK te vermijden (12.12 van de Code Corporate Governance). Dit blijkt uit zijn betrokkenheid bij de overdracht van de aandelen van Aqualectra in CUCH (de zogeheten BOO-aandelen) aan RdK (grond ii). In plaats van zich buiten die transactie te houden, heeft hij – met een andere commissaris (Treurniet) – namens de raad van commissarissen van Aqualectra op 5 januari 2011 toestemming gegeven voor de overdracht van de aandelen en vervolgens op 19 januari 2011 als president-commissaris van RdK namens RdK de "Share Transfer Deed" ondertekend.

5.6. De hiervoor onder iii aangeduide grond heeft betrekking op de vaststelling van de tarieven voor de gebruikers. Het is een gegeven dat Aqualectra als openbaar nutsbedrijf op dit gebied in een spanningsveld opereert. Aan de ene kant dient zij een goede toegang tot de door haar verleende diensten te bewaken, waarbij gelet op de belangen van de gebruikers de tarieven voor water en elektriciteit betaalbaar moeten zijn voor de inwoners en bedrijven van Curaçao. Aan de andere kant behoort zij een zakelijke berekening aan de tarieven ten grondslag te leggen om de continuïteit

van haar onderneming te waarborgen. Vast staat dat Aqualectra haar tarieven niet heeft aangepast aan de gestegen brandstofprijzen en deze in 2011 zelfs met 5 cent heeft verlaagd, waardoor zij water en elektriciteit moest leveren onder de kostprijs. Door directeur Casperson is onder andere in brieven aan de Minister van Algemene Zaken gewaarschuwd voor de gevolgen van de tariefsverlaging. Vervolgens is aan hem door de raad van commissarissen bij brief van 21 april 2011 een disciplinaire maatregel, bestaande uit een ernstige waarschuwing, opgelegd.

5.7. Aqualectra heeft naar voren gebracht dat zij de tarieven niet kon aanpassen aan de gestegen brandstofprijzen en deze zelfs moest verlagen, omdat zij gebonden was aan de maximumtarieven die door de regering van Curaçao op grond van de Prijzenverordening waren vastgesteld. Zoals van iedere andere vennootschap mag echter ook van Aqualectra worden verwacht dat zij een deugdelijk financieel beleid voert. Dat betekende in dit geval dat het bestuur, daarin gesteund door de raad van commissarissen, zich tot het uiterste had moeten inspannen om alsnog een tariefsverhoging te bewerkstelligen. Dat het bestuur en de raad van commissarissen in dit opzicht aan hun verplichtingen hebben voldaan, is vooralsnog niet gebleken. Verder geldt ook voor het Land Curaçao als aandeelhouder dat het had moeten inzien dat de continuïteit van de onderneming van Aqualectra moest worden gewaarborgd. Indien en voor zover de vertegenwoordiger van de aandeelhouder daarmee in een situatie is komen te verkeren dat voor hem een tegenstrijdig belang met de vennootschap was ontstaan, diende hij – zoals hiervoor onder rov. 5.1.3 is vooropgesteld – zich als zodanig binnen de vennootschap terughoudend op te stellen en had hij moeten overwegen in hoeverre hij zijn invloed kon aanwenden om het Land Curaçao te bewegen zijn prijspolitiek bij te stellen. Voorshands is aannemelijk dat hij dit niet in voldoende mate heeft gedaan. Ook in deze gang van zaken is derhalve een grond gelegen om aan een juist beleid te twijfelen.

5.8. Er zijn indicaties dat de geschetste gang van zaken bij Aqualectra inderdaad schadelijk is geweest voor de financiële positie van de onderneming. In de "quickscan" van SOAB van 12 oktober 2012 wordt gerapporteerd dat er in de afgelopen jaren tot mei 2012 aanzienlijke verliezen zijn geleden, waarvoor als belangrijke oorzaken worden aangewezen het niet aanpassen van de tarieven en zelfs een tariefsverlaging van 5 cent in 2011, zoals hierboven omschreven, en de overdracht van de BOO-aandelen (grond ii). Geconcludeerd wordt dat de financiële situatie van Aqualectra zorgelijk is. Volgens een mediabericht van 21 februari 2013 heeft de Minister van Financiën verklaard dat Aqualectra feitelijk failliet is (conclusie na verweerschrift, punt 4.c). Een en ander draagt bij aan het oordeel dat in de geschetste gang van zaken een grond is gelegen om aan een juist beleid te twijfelen.

5.9. Voor wat betreft de overdracht van de BOO-aandelen staat vast dat Aqualectra deze aandelen, die een boekwaarde van NAF. 65,5 miljoen hadden, om niet heeft overgedragen aan RdK (grond ii). Volgens de "quickscan" van SOAB van 12 oktober 2012 is de boekwaarde van het aandelenbelang van Aqualectra in CUCH per eind 2010 in de jaarrekening 2010 tot nihil afgeboekt en is het verlies van NAF. 65,5 miljoen ten laste van het resultaat van Aqualectra gebracht. Bij RdK wordt de verwerving van de BOO-aandelen in de cijfers van RdK gekwalificeerd als een winst van NAF. 56,478,390 uit hoofde van "Gain from acquisition of CUC Holdings N.V". Een nadere analyse van de waarde van de BOO-aandelen door SOAB van 8 februari 2013 (productie 3, verweerschrift Aqualectra) becijfert de reële waarde op NAF. 53,8 miljoen. Dit duidt erop dat de overdracht van de BOO-aandelen financieel zeer nadelig was voor Aqualectra, zodat ook hierin een grond is gelegen om aan een juist beleid te twijfelen. De omstandigheid dat achteraf mogelijk alsnog betaald zal gaan worden voor de aandelen, maakt dat niet anders.

5.10. In de "quickscan" van SOAB is verder vermeld dat de verliezen van Aqualectra zijn gefinancierd onder andere door een toename van de schuld aan Curoil (grond xii), waarbij dan nog komt dat Curoil rente in rekening is gaan brengen.

5.11. Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen ten aanzien van de aan het verzoek tot enquête ten grondslag gelegde gronden ii, iii, iv, ix en xii, in onderling verband en samenhang bezien, is het Hof van oordeel dat gebleken is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen bij Aqualectra.

Curoil en Curgas

5.12. Ook in het geval van Curoil is er grond voor het oordeel dat de verhouding tussen het bestuur,

de raad van commissarissen en de aandeelhouder niet in overeenstemming was met Boek 2 BW en de Code Corporate Governance zoals hiervoor beschreven onder rov. 5.1.2 en 5.1.3. In de verhouding tussen het bestuur en de raad van commissarissen springt in het oog dat de president-commissaris en een andere commissaris gedurende een betrekkelijk lange tijd – van 13 april 2011 tot 4 juni 2012 – belast waren met de dagelijkse leiding. Ook verdient aantekening, gelet op de verwevenheid van de ondernemingen van Curoil en RdK, dat de directeur van Curoil tegelijkertijd commissaris van RdK was en dat hij eerder gelijktijdig commissaris van Curoil en van RdK was.

5.13. Van een vergaande bemoeienis van de (vertegenwoordiger van de) aandeelhouder getuigt de gang van zaken bij de reservering van NAF. 0,05 cent per verkochte liter brandstof voor een "speciaal fonds" naar aanleiding van een besluit van de Raad van Ministers van 28 juni 2012. In de "quickscan" van SOAB van 16 oktober 2012 is vermeld dat Curoil in september 2012 drie facturen heeft ontvangen van de Minister van Algemene Zaken met het verzoek deze te betalen vanuit de in het fonds opgebouwde middelen. Het ging om facturen van MIC N.V. die betrekking hadden op plannen voor wijkverbetering, alsmede de directievoering en het toezicht op de ontwikkeling van plannen voor werkzaamheden aan het Wilhelminapark en Vredenbergplein. De hiervoor verschuldigde bedragen waren (incl. OB): NAF. 28.305,18, NAF. 52.224,68 en NAF. 75.313,00. Deze facturen zijn door Curoil ten laste van het fonds uitbetaald, aldus nog steeds SOAB.

5.14. Ook in het geval van Curoil is in de desbetreffende periode sprake van een verslechterende financiële toestand. Belangrijke oorzaak daarvan is de stijgende schuld van Curoil aan PDVSA (althans aan ISLA, van wie Curoil in formele zin de debiteur is). Dit klemt te meer nu PDVSA in 2011 1,5% debetrente per maand in rekening is gaan brengen (grond iv). Ook lukte het Curoil niet om achterstallige vorderingen op Aqualectra te innen en liep de vordering van Curoil op Aqualectra op (grond iii).

5.15. De stijgende schuld aan PDVSA houdt nauw verband met het feit dat Curoil haar tarieven niet heeft aangepast aan de gestegen internationale olieprijzen (grond ii). Zo heeft tussen april 2010 en maart 2011 geen prijsaanpassing plaats gevonden, terwijl de inkoopprijzen in die periode met 0,32 cent per liter zijn gestegen. Ook Curoil was gebonden aan de maximumtarieven die door de regering van Curaçao op grond van de Prijzenverordening waren vastgesteld. Hetgeen het Hof hiervoor onder rov. 5.7 heeft overwogen ten aanzien van Aqualectra geldt echter *mutatis mutandis* ook ten aanzien van Curoil. Dat het bestuur, gesteund door de raad van commissarissen, zich voldoende heeft ingespannen om de tarieven te doen verhogen, is vooralsnog niet gebleken. Voorshands is aannemelijk dat de (vertegenwoordiger van de) aandeelhouder zich onvoldoende terughoudend heeft opgesteld bij het (door-)voeren van prijspolitiek voor de producten van Curoil.

5.16. Gelet op de verslechterde financiële toestand van Curoil kan ook een kanttekening worden geplaatst bij het bouwproject voor drie nieuwe opslagtanks te Motet. Dit project vergt een investering van NAF. 20 miljoen en loopt van april 2012 tot en met oktober 2013. Deze investering is in strijd met een advies van Ernst & Young, dat inhield dat Curoil de investering slechts kan doen indien Aqualectra haar schuld aan Curoil zou voldoen of hebben voldaan, aan welke voorwaarde niet is voldaan.

5.17. Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen ten aanzien van de aan het verzoek tot enquête ten grondslag gelegde gronden ii, iii en iv, in onderling verband en samenhang bezien, is het Hof van oordeel dat gebleken is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen bij Curoil. Niet gebleken is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen bij Curgas. Curgas zijn door het OM geen zelfstandige inhoudelijke verwijten gemaakt.

RdK

5.18. Uit de door het OM overgelegde stukken komt naar voren dat de corporate governance structuur van RdK in de praktijk niet was zoals die had behoren te zijn. RdK heeft zelf ook in het kader van deze procedure ter zitting naar voren gebracht dat in de voorbije periode de Code Corporate Governance niet is nageleefd en dat er met betrekking tot een veelheid van kwesties vragen rijzen met betrekking tot het behoorlijk functioneren van de toenmalige raad van commissarissen. Genoemd kan worden dat bij RdK twee commissarissen van 24 juli 2012 tot 19 november 2012 "gedelegeerd bestuurder" zijn geweest (grond v) en dat, zoals eerder overwogen, de pre-

sident-commissaris van RdK tevens president-commissaris van Aqualectra was en een commissaris van RdK gelijktijdig commissaris en later directeur van Curoil was. Het Hof verwijst in dit verband verder naar hetgeen onder punt 4.2 "Corporate Governance" in de "quickscan" van SOAB van 12 oktober 2012 is vermeld.

5.19. Ook zijn er in de "quickscan" van SOAB aanknopingspunten te vinden voor het oordeel dat RdK buiten haar statutaire doelstelling in 2012 verscheidene overheidsprojecten, waaronder het project Skol Pornada, heeft gefinancierd (grond vii). RdK heeft een bedrag van NAF. 168.266,97 uitbetaald aan een bedrijf voor het project Plan Nashonal di Bario en kleinere bedragen aan diverse vrijwilligers in verband met het project Plan SparMAS (in totaal NAF. 9.975,-) en het project Jan Kok (in totaal NAF. 35.370,-) en aan een bedrijf voor de huldiging van C. Martina (NAF. 18.410,-). Een en ander lijkt te moeten worden bezien tegen de achtergrond van de eerder genoemde aanwijzing die de Rijksministerraad op 13 juli 2012, op advies van het Cft, aan de regering van Curaçao heeft gegeven.

5.20. In de punten 20.2 tot en met 21.5 van de brief van FAS van 4 januari 2013 is onbestreden naar voren gebracht dat contracten zijn gesloten zonder aanbesteding of offerte en zonder duidelijke meerwaarde voor RdK, terwijl in sommige gevallen contracten werden gesloten met (familierelaties van) commissarissen van RdK (grond vi). Zo zou door RdK/CRU een opdracht tot bekabeling zijn gegund aan een bedrijf waarvan een commissaris van RdK (een van de "gedelegeerd bestuurders") de directeur is (zie de punten 2.14 en 2.15 en de bijlagen 46 en 47 bij de brief van FAS van 4 januari 2013).

5.21. Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen ten aanzien van de aan het verzoek tot enquête ten grondslag gelegde gronden v, vi en vii, in onderling verband en samenhang bezien, is het Hof van oordeel dat gebleken is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen bij RdK. Voor zover door belanghebbenden is gesteld dat niet voldaan is aan het bepaalde in artikel 2:273 BW, geldt dat dit verweer alleen toekomt aan de vennootschap. RdK heeft dat verweer echter niet gevoerd. Overigens blijkt uit de brief van FAS van 25 juli 2012 dat de bezwaren zijn gericht tegen het financieel beleid van RdK. De hier besproken redenen om aan een juist beleid te twijfelen kunnen onder deze noemer worden begrepen.

Slotsom

5.22. Zoals hiervoor is vastgesteld is gebleken van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen bij Aqualectra, Curoil en RdK.

5.23. In verschillende toonaarden is door een of meer verweersters, dan wel belanghebbenden aangevoerd dat een onderzoek weinig kan toevoegen aan de reeds bekende feiten. Opgemerkt is ook dat het instellen van een onderzoek voor de betrokken vennootschappen een zware belasting zou betekenen in mankracht en financiële middelen. Bij de afweging van de betrokken belangen laat het Hof deze overwegingen meewegen. Ook dan is er echter aanleiding om het verzoek tot enquête bij Aqualectra, Curoil en RdK toe te wijzen. Deze overheidsvennootschappen vervullen een cruciale functie in de samenleving. Het beweerde disfunctioneren van deze vennootschappen heeft tot grote maatschappelijke onrust geleid. Zoals in deze procedure is gebleken, bestaat vooralsnog geen overeenstemming tussen de betrokken partijen over de toedracht en de beoordeling van een reeks door het OM opgevoerde gebeurtenissen. Onder deze omstandigheden is het van groot maatschappelijk belang dat een onafhankelijk en onpartijdig onderzoek door een deskundige plaatsvindt, gericht op opening van zaken en vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor het beleid op de aangegeven punten. Van een dergelijk onderzoek kan bovendien een preventieve werking uitgaan. De daaraan verbonden belasting voor de rechtspersonen, in het bijzonder voor wat betreft de mankracht en de kosten van het onderzoek, weegt daar niet tegen op. Daarbij is mede in aanmerking genomen dat het Land Curaçao – de enig aandeelhouder van Aqualectra, Curoil en RdK – blijkens de door het OM overgelegde brief van de Minister van Financiën van 26 oktober 2012, het verzoek tot enquête steunt. Verder verzet RdK zich niet tegen toewijzing van het verzoek tot enquête bij RdK en heeft zij te kennen gegeven er geen bezwaar tegen te hebben dat de kosten van dat onderzoek ten laste van haar zullen komen.

5.24. Het Hof zal dan ook een onderzoek bevelen naar het beleid en de gang van zaken bij Aqualectra, Curoil en RdK. De onderzoeker dient bij zijn onderzoek met name te betrekken de hiervoor onder rov. 5.11 (Aqualectra), rov. 5.17 (Curoil) en rov. 5.21 (RdK) bedoelde kwesties. Daarbij dient de onderzoeker telkens aandacht te besteden aan de verhouding tussen het bestuur, de raad van

commissarissen en de aandeelhouder. Verder kan hij aandacht besteden aan andere – al dan niet samenhangende – kwesties indien hij dit nodig acht voor een goed begrip van het beleid en de gang van zaken bij deze vennootschappen. Na te noemen onderzoeker kan zich desgewenst, in overleg met het Hof, doen bijstaan door (lokale) deskundigen.
5.25. Het OM heeft verzocht, het handelen en nalaten van Van der Dijs, Treurniet en Schotte bij het onderzoek te betrekken. Voor een dergelijke specifieke opdracht ziet het Hof geen aanleiding. Aan de onderzoeker kan worden overgelaten in hoeverre hij aan dat handelen en nalaten aandacht besteedt.
5.26. Voor behandeling van een vordering tot schadevergoeding zoals door Van der Dijs en Treurniet ter zitting verzocht, is in deze enquêteprocedure geen plaats.
5.27. Gelet op het grote maatschappelijke belang van het onderzoek, zal het Hof deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad verklaren, zodat het onderzoek spoedig kan aanvangen. Het belang van Schotte, die zich tegen uitvoerbaar bij voorraadverklaring heeft verzet, weegt daar niet tegen op.
5.28. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing
Het Hof:
beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken bij Aqualectra, Curoil en RdK, met inachtneming van hetgeen hiervoor onder rov. 5.24 is overwogen;
benoemt mr. J.H.M. Willems teneinde het onderzoek te verrichten;
stelt het bedrag dat het onderzoek ten hoogste mag kosten voor Aqualectra, Curoil en RdK elk vast op NAF. 50.000,-, de verschuldigde omzetbelasting daarin niet begrepen;
bepaalt dat de kosten van het onderzoek ten laste komen van Aqualectra, Curoil en RdK en dat zij voor de betaling daarvan ten genoege van de onderzoeker vóór de aanvang van diens werkzaamheden zekerheid dienen te stellen;
wijst af het meer of anders verzochte;
verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. Per 1 januari 2012 is op Curaçao het enquêterecht ingevoerd. Dit is de eerste procedure waarin een enquête is bevolen en dat is meteen een zeldzaam exemplaar: een enquête op verzoek van het Openbaar Ministerie naar het beleid en de gang van zaken bij diverse Curaçaose overheids-NV's.
2. De enquêteregeling van Curaçao (art. 2:270-286 BW CUR) is afgestemd op de Nederlandse regeling, maar heeft een aantal verschillen, die soms door locale omstandigheden te verklaren zijn en soms "gewoon" als vereenvoudiging of verbetering van het Nederlandse enquêterecht zijn bedoeld. Met betrekking tot deze zaak signaleer ik twee relevante verschillen. Het enquêterecht is op Curaçao niet aan de vakorganisaties toegekend. De reden daarvoor is dat het poldermodel op Curaçao een minder prominente rol speelt dan tegenwoordig in Nederland. Bekend is dat de wetsontwerpers niet uitsloten dat het enquêterecht door de vakorganisaties gebruikt zou worden voor andere doeleinden dan waartoe het enquêterecht strekt, bijvoorbeeld om CAO-onderhandelingen onder druk te zetten. Over dit onderwerp zou wel meer te zeggen zijn, maar in de geschreven wetsgeschiedenis komt erover in het geheel niets terug of het moet zijn het tweede verschil dat ik wil noemen, namelijk dat op grond van art. 2:272 lid 2 BW CUR tot het indienen van een enquêteverzoek bevoegd is "het openbaar ministerie om redenen van openbaar belang, alsmede op de grond dat een belanghebbende op dringende gronden een verzoek daartoe tot het openbaar ministerie heeft gericht". Blijkens de memorie van toelichting is met die tweede grondslag beoogd klachten uit de samenleving te kunnen kanaliseren, opdat deze op een evenwichtige manier worden gepresenteerd. Op deze grondslag kan het openbaar ministerie dus ook klachten van vakorganisaties filteren en "evenwichtig gepresenteerd" aan de rechter voorleggen. Daarbij hoeft het dan strikt formeel niet te gaan om een openbaar belang. Ik kan mij evenwel voorstellen dat er in de praktijk toch ook sprake zal moeten zijn van redenen van openbaar belang (hoewel dat begrip ruim moet worden uitgelegd, vgl. Geerts, *Enkele formele aspecten van het enquêterecht* (diss.), Groningen: Kluwer 2004, p. 98 e.v.), voordat het openbaar

ministerie op verzoek van een belanghebbende een enquêteverzoek in zal dienen, al dan niet door dit (zoals in deze zaak ook gebeurde) mee te nemen in een "eigen" verzoek. Voor zo'n eigen verzoek zijn sowieso redenen van openbaar belang vereist. Ook op Curaçao moet het openbaar ministerie immers prioriteiten stellen bij het aanwenden van schaarse middelen en de bevoegdheid aan het "verzoek op dringende gronden" gehoor te geven is volgens de memorie van toelichting een strikt discretionaire. Daarom lijdt onder de streep geen twijfel dat vakorganisaties (en informeel gegroepeerde werknemers; het Curaçaose recht kent de ondernemingsraad niet) er voor wat betreft de toegang tot het enquêterecht bekaaider vanaf komen dan in Nederland, maar dat heeft dus een oorzaak in de locale omstandigheden zoals de wetsontwerpers die percipieerden.

3. Deze zaak kan niet los gezien worden van de Curaçaose politieke mores in het algemeen en de politieke situatie in Curaçao in de periode 2010-2012 in het bijzonder. Politieke inmenging in overheids-NV's is geen zeldzaamheid. Het is gebruik om, als er na de statenverkiezingen nieuwe politieke verhoudingen zijn ontstaan, zittende bestuurders en commissarissen bij overheids-NV's zoveel mogelijk te vervangen door bestuurders en commissarissen die op de ene of andere manier banden onderhouden met de politieke meerderheid. Ook komt (al dan niet in rechtstreeks verband daarmee) vaker voor dat commissarissen zich de rol van feitelijk bestuurder aanmeten. Eén en ander is vanuit de vennootschap bekeken niet altijd wenselijk. Het Hof neemt tegen een aantal bijzondere verschijningsvormen van deze praktijk in deze uitspraak krachtig stelling.

4. Voorts is daar de aanwijzing die de Curaçaose regering bij koninklijk besluit van 13 juli 2012 (*Stb.* 2012, 338) op grond van de Rijkswet Financieel Toezicht Curaçao en Sint Maarten had gekregen van de Rijksministerraad, die onder meer een verbod op het aangaan van nieuwe leningen door het bestuur van Curaçao inhield. Enige achtergrond daarbij: in ruil voor de nieuwe status van Curaçao en Sint Maarten als autonome landen binnen het Koninkrijk met ingang van 10-10-10 hebben Nederland, Curaçao en Sint Maarten afgesproken dat aan het Koninkrijk bepaalde financiële toezichtsbevoegdheden zijn toegekend, die in de Rijkswet zijn verankerd. De Rijkswet is erop gericht dat de landen Curaçao en Sint Maarten de gezonde financiële uitgangspositie van 10-10-10 behouden en versterken door structureel te voldoen aan de in de Rijkswet opgenomen begrotingsnormen. Het College financieel toezicht, toezichthoudend orgaan op grond van de Rijkswet had geconcludeerd dat de begroting van Curaçao voor 2012 een ongedekt tekort van in totaal 153 miljoen Antilliaanse guldens kende en (ook) op diverse (andere) punten niet aan de normen voldeed. Dit heeft geresulteerd in de aanwijzing, die onder meer een gebod tot het aanpassen van de begroting 2012 en een verbod op het aangaan van nieuwe leningen inhield.

5. Fundashon Akshon Sivil is een in 2012 opgerichte stichting die zich onder meer ten doel stelt het bevorderen van democratische normen en waarden op Curaçao en het verbeteren van de kwaliteit van openbaar bestuur en van overheidsvennootschappen. De stichting heeft zich in het kader van haar doelstelling de gang van zaken bij de verschillende overheidsvennootschappen aangetrokken en zich tot het openbaar ministerie gewend met het verzoek een enquête te verzoeken (evenals de vakbonden).

6. Integrated Utility Holding NV, handelsnaam Aqualectra, is het Curaçaose nutsbedrijf en verzorgt de water- en elektriciteitproductie en -distributie op Curaçao. Curoil en haar dochtermaatschappij Curgas leggen zich toe op activiteiten met betrekking tot olie respectievelijk gas. Refineria di Korsou ("RdK") is eigenares van de olieraffinaderij op Curaçao en verhuurt deze aan de Venezolaanse staatsoliemaatschappij PDVSA, die de raffinaderij exploiteert onder de handelsnaam Refineria Isla. De aandelen in Aqualectra, Curoil, Curgas en RdK zijn (uiteindelijk) in handen van het Land Curaçao.

7. Voor de Curaçaose praktijk, die nog niet in den brede vertrouwd is met het enquêterecht is de uitspraak op zichzelf een beknopte inleiding daartoe, waarin bijvoorbeeld de temporele werkingssfeer van het Curaçaose enquêterecht aan de orde komt (5.3), de maatstaf voor toewijzing van een enquête helder belicht wordt (4.5), enige overwegingen ten overvloede worden gegeven over de motiveringseisen die aan de beschikking gesteld mogen worden (4.6), alsmede aan de belangenafweging bij het gelasten van een enquête (5.23), maar ook heeft het Hof, in overwegingen 5.1.1 tot en met 5.1.3 veel aandacht besteed aan het uiteenzetten van hoe de vennootschappelijke organen zouden moeten functioneren op grond

van de wet en de Code Corporate Governance Curaçao. Ik merk daarbij op dat het door het Hof genoemde art. 2:7 BW CUR de pendant is van art. 2:8 BW NL terwijl de Code Corporate Governance Curaçao niet geheel gelijk te stellen is met de Nederlandse Corporate Governance Code. De Curaçaose Code is uitsluitend van toepassing op vennootschappen waarvan de aandelen geheel of gedeeltelijk in handen van de overheid zijn. De Code geeft (vanzelfsprekend) onder andere regels voor het functioneren van de raad van commissarissen en het bestuur en het vermijden van tegenstrijdige belangen. De tekst is te raadplegen op http://www.sbtno.org/uploads/Code_Corporate_Governance.pdf.

8. De uitspraak is van groot maatschappelijk belang op Curaçao. De gang van zaken bij de overheidsvennootschappen, zoals deze in de media tot uitdrukking kwam, heeft tot maatschappelijke onrust geleid. Er passeren ook wel krasse redenen om te twijfelen aan een juist beleid de revue. Ik beperk mij als voorbeeld even tot Aqualectra (maar bij andere vennootschappen speelden vergelijkbare en ook andere voorbeelden). De taakverdeling tussen bestuur, RvC en AVA was niet in overeenstemming met de wet en de Code. Het bestuur was vleugellam gemaakt. De RvC besloot op enig moment dat het bestuur toestemming nodig had voor besluiten met een transactiewaarde van NAF 50 of meer. Dat het bestuur in de relevante periode niet geacht werd veel in te brengen blijkt ook wel hieruit, dat de bestuurder die waarschuwde voor de gevolgen van een van overheidswege opgelegde tariefsverlaging, waardoor Aqualectra onder de kostprijs moest gaan leveren, kon rekenen op een disciplinaire maatregel (een ernstige waarschuwing). De andere kant van die medaille werd gevormd door de vergaande bemoeienis van de overheid als aandeelhouder met de operationele kant van de onderneming, hetgeen volgens het Hof onder andere blijkt uit medeondertekening door de Minister van Algemene Zaken, Schotte, van een MOU over een commercieel contract, en trouwens ook die van de op de bestuurszetel plaats genomen hebbende RvC, wiens voorzitter Van der Dijs bewerkstelligde dat Aqualectra haar 100% belang in een dochter (CUCH) die een boekwaarde van 65,5 miljoen NAF had, om niet overdroeg aan RdK. Daarbij was overigens van belang dat Van der Dijs op dat moment ook president-commissaris bij RdK was en bij de transactie betrokken was geweest, hetgeen het Hof deed aannemen dat hij daarbij de verschillende betrokken belangen niet goed kon scheiden.

9. Voorts is de uitspraak boeiend, omdat het conflict tussen politieke (of: publieke) belangen en vennootschappelijke belangen erin aan de orde komt. Aqualectra kon de wettelijk opgelegde tariefsverlaging bedrijfseconomisch niet lijden. Aan die tariefsverlaging lag vanzelfsprekend een politieke overweging ten grondslag. Omdat een vennootschap evenwel een deugdelijk financieel beleid moet voeren had het bestuur met steun van de RvC zich tot het uiterste moeten inspannen om bij het Land Curaçao alsnog een tariefsverhoging te bewerkstelligen. Het Land Curaçao had zich dat als aandeelhouder ook moeten realiseren, aldus het Hof, en daarmee zat de Minister van Algemene Zaken als vertegenwoordiger van de aandeelhouder dus met een conflict tussen het politieke en het vennootschappelijke belang. Dat conflict had reden moeten zijn om zich terughoudend op te stellen binnen de vennootschap en om te overwegen in hoeverre hij zijn invloed kon aanwenden om het Land Curaçao te bewegen zijn prijspolitiek bij te stellen. Dat was onvoldoende gebleken en leverde derhalve (ook) reden op om te twijfelen aan een juist beleid. Bij Curoil speelde een vergelijkbaar probleem. Ik verwijs naar 5.7 van de beschikking.

10. Curoil en RdK hebben voorts buiten hun statutaire doelstelling diverse overheidsprojecten gefinancierd. Zo heeft Curoil uit een speciaal fonds, waarin 5 cent per liter verkochte brandstof gereserveerd werd, op instructie van de Minister van Algemene Zaken drie facturen van een derde partij betaald voor aan de overheid geleverde diensten die niets met Curoil te maken hadden. RdK heeft onder meer het politieke stokpaardje gratis onderwijs (Skol Pornada) gefinancierd. De kennelijke aanleiding daarvoor was dat er geen dekking in de Landsbegroting voor gratis onderwijs was, terwijl het Land vanwege de aanwijzing van de Rijksministerraad geen leningen mocht afsluiten. Het Hof formuleert deze conclusie aan het slot van 5.19 voorzichtiger.

11. De *bottom line* is helder en spreekt ook wel vanzelf: bij het toetsen van het optreden van de enig aandeelhouder binnen de vennootschap maakt op zichzelf niet uit of de aandeelhouder handelt met politieke (publieke) belangen of private belangen in het achterhoofd.

12. Men kan zich nog afvragen of tot de competentie van het Hof behoort de overweging dat de Minister van Algemene Zaken had "moeten overwegen in hoeverre hij zijn invloed kon aanwenden om het Land Curaçao te bewegen zijn prijspolitiek bij te stellen" (5.7), hetgeen men op het eerste gezicht misschien zou kunnen opvatten als een gebod ten aanzien van de wijze waarop de Minister van Algemene Zaken politiek moet bedrijven en dus als een inbreuk op de trias politica. Ik denk evenwel dat er met de overweging niets mis is. Deze is uiteindelijk immers gericht op het gedrag van de overheid als aandeelhouder en heeft dus een zuiver vennootschapsrechtelijke lading.
13. Al met al moge de zaak zelf verbazen, maar de beschikking gelukkig niet. De onderzoeker, die in de beschikking meteen is benoemd en zijn werkzaamheden inmiddels heeft aangevangen, is in enquêteland trouwens een oude bekende. Het is uitkijken naar het onderzoeksrapport.

R.F. van den Heuvel
advocaat bij VanEps Kunneman VanDoorne te Curaçao

34

JOR 2015/34

Hoge Raad
9 januari 2015, 13/04894, ECLI:NL:HR:2015:38
(mr. Numann, mr. Van Buchem-Spapens, mr. Streefkerk, mr. Polak, mr. Tanja-van den Broek)
(Concl. A-G Vlas, niet opgenomen; red.)
Noot K. Frielink

Curaçaose zaak. One-tier board. Onderscheid uitvoerend en algemeen bestuur. Onbegrijpelijk oordeel dat directeur coöperatie wordt aangemerkt als uitvoerend bestuurder van one-tier board. Ontslagvergunning niet vereist voor op statutair voorgeschreven wijze benoemde bestuurder. Zelfde regeling voor Curaçaose rechtspersonen en Nederlandse NV's en BV's.

[BWc art. 2:18; LBA art. 2 aanhef en onderdeel e]

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de regeling van art. 2:18 BWC (verdeling bestuurstaken over een algemeen en een uitvoerend bestuur) niet uitsluit dat een belangrijk deel van de uitvoerende taken wordt opgedragen aan een "directie", bestaande uit personen in dienst van de rechtspersoon. In casu bepalen de statuten van de coöperatie ACU (met een one tier board) dat het bestuur een algemeen directeur aanstelt. De ontslagen directeur vecht zijn ontslag aan met de grondslag dat hij niet tot het statutair bestuur behoort en een ontslagvergunning dus wel is vereist. 's Hofs oordeel dat de "one-tier board", waarin de statuten van ACU voorzien, bestaat uit een niet-uitvoerend bestuur enerzijds en de algemeen directeur, belast met het dagelijks bestuur, anderzijds, is onbegrijpelijk. Dat Hato als uitvoerend bestuurder dient te worden aangemerkt is evenzeer onbegrijpelijk. De vaststelling dat hij als "algemeen directeur" was belast met het dagelijks bestuur van ACU kan dat oordeel niet dragen, evenmin als de door het hof in aanmerking genomen inschrijving van Hato als algemeen directeur in de registers van de Kamer van Koophandel.

Ten overvloede wordt het volgende overwogen. De uitzondering van het huidige art. 2, aanhef en onderdeel e, LBA (Landsverordening beëindiging arbeidsovereenkomst) heeft alleen betrekking op een persoon die tot bestuurder van een vennootschap of een doelvermogen is benoemd bij of krachtens de statuten, het reglement dan wel de regeling die de organisatie van die vennootschap of dat doelvermogen beheerst. Personen die wel de titel "directeur" dragen, maar niet op de hiervoor bedoelde wijze tot bestuurder zijn benoemd, vallen dus niet onder de in genoemde bepaling voorziene categorie van personen voor wie geen ontslagvergunning nodig is. Het uitgangspunt dat alleen zij die bestuursbevoegdheid en -verantwoordelijkheid dragen van bescherming door het vereiste van een ontslagvergunning zijn uitgesloten, strookt met de beschermingsgedachte die aan de LBA ten grondslag ligt. Het is tevens in overeenstemming met de voor Nederland geldende regeling, waarbij de uitzondering op de vergunningsplicht krachtens het (thans nog geldende) BBA eveneens uitsluitend geldt voor bestuurders (van naamloze en besloten vennootschappen).

C.M.H. Hato te Curaçao,
eiser tot cassatie,
advocaat: mr. M.E. Gelpke,
tegen
de coöperatie Algemene Spaar- en Kredietcoöperatie ACU te Curaçao,
verweerster in cassatie,
advocaat: mr. L.Ph.J. van Utenhove.

(...; *red.*)

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Hato is op 13 september 2004 op basis van een arbeidsovereenkomst als interim "General Manager" voor de duur van drie maanden in dienst getreden van ACU. Deze overeenkomst is met ingang van 13 december 2004 met drie maanden verlengd. Op 21 februari 2005 is tussen partijen een arbeidsovereenkomst voor de duur van vijf jaar gesloten met aanstelling van Hato in de functie van "General Manager". Partijen zijn het erover eens dat daarmee (ingevolge art. 7A:1615fa lid 1 van het Burgerlijk Wetboek van Curaçao, hierna: BWC) sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

(ii) Bij brief van 30 oktober 2012 heeft ACU de arbeidsovereenkomst met Hato opgezegd per 31 december 2012 wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd door Hato op 4 november 2012. ACU heeft een ontslagvergunning aangevraagd bij de Directeur van de Directie Arbeidszaken (hierna: Diraz) van het Ministerie van Sociale Ontwikkeling, Arbeid en Welzijn. Diraz heeft aan ACU te kennen gegeven dat een ontslagvergunning voor het ontslaan van Hato niet nodig is.

3.2.1. In dit kort geding vordert Hato veroordeling van ACU tot doorbetaling van loon totdat de overeenkomst tussen hem en ACU op rechtsgeldige wijze zal zijn geëindigd. Hato legt aan zijn vordering ten grondslag dat het ontslag nietig is, nu hij in strijd met art. 4 van de Landsverordening beëindiging arbeidsovereenkomsten (hierna: LBA) is ontslagen zonder dat ACU daartoe een ontslagvergunning heeft verkregen. Het gerecht heeft het gevorderde afgewezen, op de grond dat de LBA niet van toepassing is op de (statutair) directeur van een coöperatie zoals ACU.

3.2.2. Het hof heeft het vonnis bevestigd. Het heeft daartoe in rov. 4.4 en 4.5 het volgende overwogen:

"4.4 (...) In artikel 2:18 BW van het op 1 maart 2004 in werking getreden Boek 2 BW is blijkens de memorie van toelichting bij dit artikel de 'one-tier board' bij een rechtspersoon geregeld (zie ook het algemeen deel van de memorie van toelichting onder punt 4), te weten een bestuur dat uit twee soorten bestuurders bestaat: de uitvoerend bestuurders, die het dagelijks bestuur uitoefenen, en de niet-uitvoerend bestuurders, die de hoofdlijnen van het beleid bepalen en toezicht houden op degenen die het dagelijks bestuur uitoefenen. Op grond van de door partijen overgelegde stukken is het Hof voorshands van oordeel dat Hato uitvoerend bestuurder van ACU was, zoals ACU betoogt. In de statuten van ACU is de mogelijkheid van een 'one-tier board' vastgelegd (artikel 36 en artikel 40), bestaande uit een (niet-uitvoerend) 'Bestuur' enerzijds en 'de algemeen directeur' die is belast met het dagelijks bestuur anderzijds. Onvoldoende betwist is dat Hato, nadat hij per 13 september 2004 door het bestuur van ACU was benoemd tot interim General Manager, tot de datum van zijn ontslag algemeen directeur was en het dagelijks bestuur uitoefende van ACU. Bij dit

oordeel zijn ook betrokken de functiebeschrijving van de General Manager en de advertentie voor de functie van General Manager. Verder blijkt uit het overgelegde uittreksel van de Kamer van Koophandel van 7 december 2012 dat Hato daarin is ingeschreven als algemeen directeur van ACU.
4.5 ACU is een coöperatie en daarmee een rechtspersoon als bedoeld in artikel 2:1 lid 1 BW waarop onder meer artikel 2:8 lid 5 BW en artikel 2:18 lid 10 BW van toepassing zijn. Gelet op het voorgaande slaagt naar het voorlopig oordeel van het Hof het verweer van ACU dat op de rechtsverhouding tussen partijen artikel 2:8 lid 5 BW van toepassing is. Ingevolge artikel 2:18 lid 10 BW hebben, behoudens de in dat artikellid genoemde uitzonderingen die zich in dit geval niet voordoen, leden van het algemeen bestuur en van het uitvoerend bestuur gelijkelijk als bestuurder te gelden voor de toepassing van de wet. Nu artikel 2:8 lid 5 BW dwingendrechtelijk bepaalt dat de rechtsverhouding tussen een bestuurder en de rechtspersoon niet wordt aangemerkt of mede wordt aangemerkt als een arbeidsovereenkomst, doet aan het voorgaande niet af dat partijen de tussen hen bestaande rechtsrelatie hebben aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Reeds omdat van een arbeidsovereenkomst dus geen sprake is, was voor het ontslag van Hato geen toestemming van de Directeur van de Directie Arbeidszaken van het Ministerie van Sociale Ontwikkeling, Arbeid en Welzijn vereist op grond van artikel 4 LBA. Hieraan doet niet af dat de coöperatie niet wordt genoemd in artikel 2, aanhef en sub e LBA. ACU heeft terecht aangevoerd dat het bestuur van ACU op grond van artikel 2:18 lid 8 BW te allen tijde bevoegd was Hato als uitvoerend bestuurder te ontslaan. Van een nietig ontslag is dan ook geen sprake."
3.3.1. Onderdeel 1 komt op tegen het oordeel dat Hato moet worden aangemerkt als uitvoerend bestuurder in de zin van art. 2:18 BWC. Het strekt ten betoge dat de uitleg die het hof aan de statuten van ACU heeft gegeven, gelezen tegen de achtergrond van het bepaalde in art. 2:18 BWC, blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, althans onbegrijpelijk is.
3.3.2. In cassatie is onbestreden dat ACU een coöperatie is en daarmee een rechtspersoon als bedoeld in art. 2:1 lid 1 BWC. Op grond van art. 2:8 lid 1 BWC heeft iedere rechtspersoon een bestuur. Het bestuur van de rechtspersoon kan als "one tier board" systeem (monistisch bestuursmodel) of als "two tier board" systeem (dualistisch bestuursmodel) worden ingericht. Art. 2:18 BWC bepaalt met het oog daarop dat de bestuurstaken krachtens de statuten van de rechtspersoon kunnen worden verdeeld over een algemeen bestuur en een uitvoerend bestuur (lid 1). Het uitvoerend bestuur is belast met het besturen van de rechtspersoon voor zover het de dagelijkse gang van zaken betreft (lid 3). Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de regeling van art. 2:18 BWC niet uitsluit dat een belangrijk deel van de uitvoerende taken wordt opgedragen aan een "directie", bestaande uit personen in dienst van de rechtspersoon (MvT op de Invoeringslandsverordening Boek 2 BW, Staten van de Nederlandse Antillen, zitting 2003-2004, 2803, nr. 3, p. 34).
3.3.3. De statuten van ACU bepalen:
"Art. 36
1. De coöperatie wordt bestuurd door een Bestuur bestaande uit tenminste drie en ten hoogste negen meerderjarige personen, waaronder een voorzitter, een secretaris en een penningmeester, die samen het dagelijks Bestuur vormen.
2. Het Bestuur wordt gekozen uit en door de leden behoudens het hierna in artikel 37 bepaalde.
3. Het bestuur is verantwoordelijk voor zijn beleid tegenover de algemene ledenvergadering.
4. Het bestuur heeft een beleidsbepalende en toezichthoudende functie.
5. Het bestuur is onverminderd zijn verantwoordelijkheid bevoegd zijn taken en bevoegdheden, het dagelijks Bestuur betreffende, te delegeren aan de algemeen directeur."
"Art. 40
Het Bestuur stelt een algemeen directeur aan die belast wordt met de uitvoering van bestuursbesluiten en met de dagelijkse leiding van het kantoor van de coöperatie. De arbeidsvoorwaarden van de algemeen directeur worden door het Bestuur vastgesteld."
3.3.4. In het licht van deze bepalingen is het oordeel van het hof dat de "one-tier board" waarin de statuten van ACU voorzien, bestaat uit een niet-uitvoerend bestuur enerzijds en de algemeen directeur, belast met het dagelijks bestuur, anderzijds, onbegrijpelijk.
De statuten bepalen immers dat het dagelijks bestuur wordt gevormd door de voorzitter, de secretaris en de penningmeester (art. 36 lid 1). Uit de in art. 36 lid 5 van de statuten aan het bestuur toegekende bevoegdheid taken en bevoegdheden,

het dagelijks bestuur betreffende, te delegeren aan een (door het bestuur aan te stellen) "algemeen directeur" volgt niet dat deze zelf tot het (uitvoerend) bestuur gaat behoren. Bovendien bepaalt art. 40 van de statuten dat het bestuur de arbeidsvoorwaarden van de "algemeen directeur" vaststelt, hetgeen, gelet op art. 2:8 lid 5 BWC, erop wijst dat de "algemeen directeur" geen deel uitmaakt van het bestuur. Ook het bepaalde in art. 2:18 BWC dwingt, zoals blijkt uit hetgeen hiervoor in 3.3.2 is overwogen, niet tot die conclusie. Om die reden is het oordeel dat Hato als uitvoerend bestuurder dient te worden aangemerkt evenzeer onbegrijpelijk. De vaststelling dat hij als "algemeen directeur" was belast met het dagelijks bestuur van ACU kan dat oordeel niet dragen, evenmin als de door het hof in aanmerking genomen inschrijving van Hato als algemeen directeur in de registers van de Kamer van Koophandel.
De hierop gerichte klachten van onderdeel 1 slagen. Hetzelfde geldt voor het op onderdeel 1 voortbouwende onderdeel 2.
3.4.1. Onderdeel 3 neemt tot uitgangspunt dat het hof in zijn vonnis tot uitdrukking heeft gebracht dat indien de rechtsverhouding tussen Hato en ACU weliswaar moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst, een ontslagvergunning niettemin niet vereist is op grond van art. 2, aanhef en onderdeel e, LBA. Volgens het onderdeel geeft dat oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting, omdat genoemde bepaling in geen geval ziet op een werknemer, niet zijnde statutair bestuurder, van een rechtspersoon, ook al voert hij de titel van directeur.
Het onderdeel kan bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden, nu het hof niet heeft geoordeeld hetgeen het onderdeel tot uitgangspunt neemt. De Hoge Raad ziet evenwel aanleiding ten overvloede het volgende te overwegen.
3.4.2. Art. 2 LBA luidt thans, na de wijzing op grond van de Invoeringslandsverordening Boek 2 BW – voor zover in cassatie van belang – als volgt:
"Deze landsverordening is niet van toepassing op de arbeidsovereenkomst van:
(...)
e. directeuren van een vennootschap of een doelvermogen."
Voorafgaand aan deze wijziging luidde de bepaling:
"Deze landsverordening is niet van toepassing op de arbeidsovereenkomst van:
(...)
e. directeuren van een rechtspersoon, een vennootschap, enige andere vereniging van personen of een doelvermogen."
Uit de memorie van toelichting bij de Invoeringslandsverordening Boek 2 BW blijkt dat de wijziging van art. 2 LBA verband hield met de invoering van Boek 2 BW op de Nederlandse Antillen met ingang van 1 maart 2004. In dat kader is het volgende opgemerkt (Staten van de Nederlandse Antillen, zitting 2003-2004, 2805, MvT, nr. 3, p. 9):
"Ingevolge artikel 8, vijfde lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek wordt de rechtsverhouding tussen een bestuurder en de rechtspersoon niet aangemerkt of mede aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Dientengevolge is het noodzakelijk om artikel 2, onderdeel e, van de Landsverordening beëindiging arbeidsovereenkomsten te wijzigen. De toevoeging aan artikel 2 van de Landsverordening Beëindiging arbeidsovereenkomsten ziet bijvoorbeeld op de directeur van een Vennootschap Onder Firma of Commanditaire Vennootschap. Op hen is de Landsverordening Beëindiging arbeidsovereenkomsten derhalve niet van toepassing. Voor directeuren van een naamloze- of besloten vennootschap is de Landsverordening Beëindiging arbeidsovereenkomsten in het geheel niet van toepassing, omdat op grond van artikel 8 lid 5 ontwerp-Boek 2 BW, bestuurders van rechtspersonen nimmer een arbeidsrechtelijke verhouding tot de vennootschap hebben."
3.4.3. Uit de toelichting op deze wijziging moet worden afgeleid dat de uitzondering van het huidige art. 2, aanhef en onderdeel e, LBA alleen betrekking heeft op een persoon die tot bestuurder van een vennootschap of een doelvermogen is benoemd bij of krachtens de statuten, het reglement dan wel de regeling die de organisatie van die vennootschap of dat doelvermogen beheerst. Personen die wel de titel "directeur" dragen, maar niet op de hiervoor bedoelde wijze tot bestuurder zijn benoemd, vallen dus niet onder de in genoemde bepaling voorziene categorie van personen voor wie geen ontslagvergunning nodig is. Het uitgangspunt dat alleen zij die bestuursbevoegdheid en -verantwoordelijkheid dragen van bescherming door het vereiste van een ontslagvergunning zijn uitgesloten, strookt met de beschermingsgedachte die aan de LBA ten grondslag ligt. Het is tevens in overeenstemming met de voor Nederland geldende regeling, waarbij de

uitzondering op de vergunningsplicht krachtens het (thans nog geldende) BBA eveneens uitsluitend geldt voor bestuurders (van naamloze en besloten vennootschappen).

4. Beslissing
De Hoge Raad:
vernietigt het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van 13 augustus 2013;
verwijst het geding naar dat hof ter verdere behandeling en beslissing;
veroordeelt ACU in de kosten van het geding in cassatie, (...; *red.*).

NOOT

1. De mogelijkheid om voor een one-tier (ofwel monistisch) bestuursmodel te kiezen is voor de BV op 1 januari 2000 in de (toenmalige) Nederlandse Antillen geïntroduceerd. Met ingang van 1 maart 2004 kunnen alle rechtspersonen voor dit bestuursmodel kiezen. Sinds de staatkundige herziening van 10 oktober 2010 is deze mogelijkheid opgenomen in het Burgerlijk Wetboek van Curaçao, van Sint Maarten en dat van de BES-eilanden (Bonaire, St. Eustatius en Saba). Op 1 januari 2009 is in Aruba de Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid (VBA) geïntroduceerd met het van kracht worden van een gelijknamige landsverordening. Bij de VBA kan eveneens voor een monistisch bestuursmodel worden gekozen. Ik beperk mij hier tot Boek 2 BW Curaçao (BWC). Enkele opmerkingen over het Nederlandse one tier-model maak ik in nr. 12-14.
2. Een monistisch bestuursmodel vereist (net als in Nederland) een statutaire grondslag. De statuten kunnen bepalen dat de bestuurstaken worden verdeeld over een algemeen bestuur en een uitvoerend bestuur. Tot de taak van het algemeen bestuur behoort in elk geval het als zodanig benoemen van uitvoerende bestuurders; het vaststellen van hun bezoldiging als zodanig; het beslissen over aangelegenheden die de dagelijkse gang van zaken te boven gaan; en het houden van toezicht op het uitvoerend bestuur. Behoudens beperkingen in de wet of in de statuten, wordt de rechtspersoon vertegenwoordigd door het uitvoerend bestuur (art. 2:18 BWC). Terzijde wijs ik erop dat toepassing van het monistisch bestuursmodel niet betekent, dat er niet ook een rvc bij die rechtspersoon kan worden ingesteld. Met ingang van 1 januari 2012 is de wet op dit punt namelijk aangepast.
3. Dwingendrechtelijk is vastgelegd dat de rechtsverhouding tussen een bestuurder en de rechtspersoon niet wordt aangemerkt of mede wordt aangemerkt als een arbeidsovereenkomst (art. 2:8 lid 5 BWC). Tenzij de wet anders bepaalt, hebben leden van het algemeen bestuur en van het uitvoerend bestuur gelijkelijk als bestuurder te gelden. In beide gevallen gaat het om statutaire bestuurders, voor wie geldt dat zij te allen tijde kunnen worden ontslagen. Zij genieten geen arbeidsrechtelijke bescherming.
4. Hoewel de rechtsverhouding tussen een bestuurder en de rechtspersoon niet wordt aangemerkt of mede wordt aangemerkt als een arbeidsovereenkomst, staat het partijen vrij om in een overeenkomst bepaalde of alle privaatrechtelijke bepalingen inzake de arbeidsovereenkomst van overeenkomstige toepassing te verklaren. Voorts kunnen de bepalingen inzake de overeenkomst van opdracht relevant zijn. Wanneer partijen niets hebben geregeld ligt het voor de hand dat een tot oordelen geroepen rechter bij die bepalingen aansluiting zoekt. Overigens is het wel toegestaan dat een statutaire bestuurder een dienstverband heeft met een andere rechtspersoon, bijvoorbeeld een groepsmaatschappij. Tenzij uitdrukkelijk anders is overeengekomen, kan een bestuurder zich derhalve niet beroepen op de ontslagbescherming die eigen is aan het arbeidsrecht. Wanneer een bestuurder wordt ontslagen of vrijwillig zijn functie neerlegt, impliceert dat in beginsel tevens de beëindiging van zijn eventuele contractuele relatie met de betrokken rechtspersoon.
5. Statutair bestuurder kan men uitsluitend zijn wanneer de betrokkene overeenkomstig de statuten als zodanig is benoemd. Art. 2:80 lid 2 BWC bepaalt voor verenigingen (en dus ook coöperaties) dat de benoeming van bestuurders door de algemene vergadering geschiedt, maar dat de statuten de wijze van benoeming ook anders kunnen regelen, op voorwaarde dat elk lid middellijk of onmiddellijk aan de stemming over de benoeming van de bestuurders kan deelnemen. Uit art. 40 van de statuten van ACU blijkt dat de algemeen directeur wordt aangesteld door het bestuur. Reeds deze bewoordingen geven aan dat hier niet sprake is van een benoeming tot statutair bestuurder. Dat de algemeen directeur in het handelsregister van de Kamer van Koop-

handel stond ingeschreven, maakt dat vanzelfsprekend niet anders.
6. De uitvoering van de bestuurstaak kan zowel bij het monistische als het dualistische bestuursmodel voor een belangrijk deel worden opgedragen aan een titulaire directie, bestaande uit personen met wie een dienstverband bestaat (K. Frielink, *Rechtspersonen en personenvennootschappen naar Nederlands Antilliaans en Arubaans recht*, 2006, p. 28). Een titulaire directeur die op basis van een arbeidsovereenkomst wordt aangesteld, geniet arbeidsrechtelijke ontslagbescherming.
7. De ten tijde van dit geschil van toepassing zijnde statuten van ACU (een coöperatie) zijn op 30 januari 2006 vastgelegd in een notariële akte. Blijkens de statuten wordt het bestuur gekozen door en uit de leden. De statuten bepalen voorts dat het bestuur een algemeen directeur aanstelt, die wordt belast met de uitvoering van bestuursbesluiten en met de dagelijkse leiding van het kantoor van de coöperatie. Daarnaast is vastgelegd dat het bestuur de arbeidsvoorwaarden van de algemeen directeur vaststelt. Reeds op grond van deze bepalingen is de conclusie gerechtvaardigd dat het hier om een titulaire directeur en niet om een statutaire bestuurder gaat. De statuten bepalen in art. 53 bovendien dat het lidmaatschap van het bestuur niet verenigbaar is met het zijn van lid van de directie van ACU.
8. De statuten van ACU bepalen dat de voorzitter, de secretaris en de penningmeester als dagelijks bestuur worden aangemerkt. Als er al van zou moeten worden uitgegaan dat ACU heeft gekozen voor het monistische bestuursmodel, dan zou het voor de hand liggen om het dagelijks bestuur als uitvoerend bestuur aan te merken, en niet de algemeen directeur.
9. In art. 2:18 lid 3 BWC is vastgelegd dat bij toepassing van een monistisch bestuursmodel de rechtspersoon door het uitvoerend bestuur wordt vertegenwoordigd, behoudens uit de wet of de statuten voortvloeiende beperkingen. De statuten van ACU bepalen echter dat de coöperatie "in- en buiten rechte" door het bestuur (dus niet alleen: het dagelijks bestuur) wordt vertegenwoordigd.
10. Naast een bestuur, waarvan de voorzitter, de secretaris en de penningmeester als dagelijks bestuur worden aangemerkt, voorzien de statuten ook in een raad van toezicht. Materieel is deze raad van toezicht gelijk te stellen aan een rvc en moet daarom als zodanig worden beschouwd. In 2006 was het nog niet mogelijk te opteren voor een monistisch bestuursmodel in combinatie met een rvc.
11. Wanneer de diverse bepalingen van de statuten in onderlinge samenhang worden bekeken (en objectief worden uitgelegd) ligt het voor de hand aan te nemen dat bij het concipiëren daarvan niet is beoogd het monistische bestuursmodel toe te passen. De Hoge Raad volgt terecht de conclusie van de A-G dat eiser in cassatie niet kan worden aangemerkt als uitvoerend (dus statutair) bestuurder van ACU.
12. In Nederland is toepassing van het monistische bestuursmodel vooralsnog alleen mogelijk bij de NV en BV. Voor toepassing is een statutaire grondslag vereist. Bij de statuten kan worden bepaald dat de bestuurstaken worden verdeeld over één of meer niet uitvoerende bestuurders en één of meer uitvoerende bestuurders. De taak om toezicht te houden op de taakuitoefening door bestuurders kan niet door een taakverdeling worden ontnomen aan niet uitvoerende bestuurders. Het voorzitterschap van het bestuur, het doen van voordrachten voor benoeming van een bestuurder en het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders kan niet aan een uitvoerende bestuurder worden toebedeeld. Niet uitvoerende bestuurders moeten een natuurlijke persoon zijn (art. 2:129a/239a lid 1 BW).
13. In de Nederlandse regeling is vastgelegd dat wanneer een vennootschap een monistisch bestuursmodel heeft bij de benoeming van een bestuurder wordt bepaald of hij wordt benoemd tot uitvoerende bestuurder dan wel niet uitvoerende bestuurder (art. 2:132/242 BW). Bij de NV is het de algemene vergadering die bepaalt in welke categorie een bestuurder wordt benoemd. Dat geldt ook voor de BV, maar daar kunnen de statuten de bevoegdheid tot benoeming toekennen aan de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding, op voorwaarde dat iedere aandeelhouder met stemrecht kan deelnemen aan de besluitvorming inzake de benoeming van ten minste één bestuurder. Indien de structuurregeling van toepassing is in combinatie met een monistisch bestuurssysteem dan worden de uitvoerende bestuurders benoemd door de niet uitvoerende bestuurders (art. 2:164a/274a lid 2 BW). Anders dan in Curaçao is het in Nederland bij toepassing van het monistische bestuursmodel niet mogelijk om in

de statuten te bepalen dat er een rvc zal zijn (art. 2:140/250 lid 1 BW).
14. Een geval als bij ACU zou zich onder de Nederlandse regeling niet makkelijk kunnen voordoen, omdat reeds bij de benoeming expliciet moet worden bepaald tot welke categorie een bestuurder behoort: uitvoerend of niet uitvoerend bestuurder. In Curaçao behoort het tot de taak van het algemeen bestuur om uitvoerende bestuurders als zodanig te benoemen. Bij ACU was niet sprake van toepassing van een monistisch bestuursmodel, maar van een zodanige statutaire inrichting van het bestuur dat daarover verwarring ontstond en de Hoge Raad uiteindelijk duidelijkheid moest verschaffen.

K. Frielink

325

JOR 2016/325

Hoge Raad
7 oktober 2016, 15/03323,
ECLI:NL:HR:2016:2285
(mr. Numann, mr. Streefkerk, mr. De Groot, mr. Polak, mr. Du Perron)
(Concl. A-G Hartlief, niet opgenomen; red.)
Noot B.M. Katan

Misbruik van identiteitsverschil. Vereenzelviging. Maatstaf van HR 13 oktober 2000, «JOR» 2000/238, m.nt. De Witt Wijnen (Rainbow). 's Hofs oordeel dat verhaal van schade door fraude i.c. te ver gaat, geeft geen blijk van onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. Toerekening van gedragingen van degene die volledige zeggenschap heeft in rechtspersoon. Inbreng valt binnen doelomschrijving rechtspersoon. Of er desalniettemin sprake is van ongerechtvaardigde verrijking moet worden onderzocht. Terugverwijzing.

[BWSM art. 2:50, 2:50a; BW art. 2:285 lid 3, 6 :162, 6:212 lid 1]

's Hofs oordeel dat vereenzelviging van Maple Leaf (een stichting particulier fonds naar het recht van Sint Maarten) met haar oprichter Marwick in de onderhavige situatie een vorm van redres is die te ver gaat, geeft in het licht van de in het Rainbow-arrest (HR 13 oktober 2000, «JOR» 2000/238, m.nt. De Witt Wijnen) neergelegde regels geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. De omstandigheid dat Maple Leaf, anders dan bij de betrokken rechtspersoon in de zaak van het Rainbow-arrest het geval was, geen activiteiten ontwikkelt en (daardoor) derden bij vereenzelviging van Maple Leaf met Marwick niet geschaad worden, levert niet een uitzonderlijke omstandigheid op als in het Rainbow-arrest bedoeld. Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat de voormalig werkgever van Marwick, Resort of the World, zich op geen enkel ander vermogensbestanddeel van Marwick dan de in Maple Leaf ondergebrachte villa kan verhalen.
Voor het antwoord op de vraag onder welke omstandigheden een onrechtmatig handelen of nalaten van personen door wie de rechtspersoon aan het rechtsverkeer deelneemt, als eigen onrechtmatig handelen aan een rechtspersoon kan worden toegerekend, is beslissend of dat handelen of nalaten in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als handelen of nalaten van de rechtspersoon zelf (vgl. HR 6 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AH8595, NJ 1980/34 (Kleuterschool Babbel)). Dat geldt voor gedragingen van een bestuurder, maar de formele hoedanigheid van de handelende persoon is niet beslissend voor de toerekeningsvraag. Indien, zoals hier veronderstellenderwijs moet worden aangenomen, Marwick de volledige zeggenschap over Maple Leaf had, ook in de periodes dat hij geen bestuurder was, en dat hij haar "ultimate beneficiary" is, is in beginsel aan de aan te leggen maatstaf voldaan. Dat het hier om een aansprakelijkheidskwestie gaat, doet daaraan niet af, zoals ook blijkt uit r.o. 3.6 van HR 11 november 2005, «JOR» 2006/90.
Hetgeen het hof overweegt omtrent de doelomschrijving van Maple Leaf houdt in dat de inbreng en het beheer van de villa bij Maple Leaf ten behoeve van Marwick als zodanig legitiem en toelaatbaar waren. Resort of the World heeft evenwel aan haar vordering ten grondslag gelegd dat Maple Leaf door de inbreng en het beheer van de villa welbewust ten koste van Resort of the World heeft geprofiteerd van de door Marwick gepleegde fraude. Het hof heeft niet onderzocht of de – op zichzelf, bij een stichting particulier fonds in het bijzonder, toelaatbare – inbreng en het beheer

van de villa op die grond onrechtmatig zijn geweest jegens Resort of the World.
De omstandigheid dat de verrijking van een rechtspersoon haar oorzaak vindt in een handelwijze die valt binnen de grenzen van de doelomschrijving van die rechtspersoon, welke doelomschrijving op zichzelf niet verboden, onbehoorlijk of ongebruikelijk is, is – ook bij een stichting particulier fonds – niet onverenigbaar met het oordeel dat die verrijking ongerechtvaardigd is. Het hof had dus ook deze grondslag dienen te onderzoeken aan de hand van de stellingen van Maple Leaf, welke stellingen het oordeel van ongerechtvaardigdheid van de verrijking kunnen dragen.

Resort of the World NV in Sint Maarten,
verzoekster tot cassatie,
advocaten: mr. R.S. Meijer en mr. M.M. Stolp,
tegen
de stichting particulier fonds Private Fund Maple Leaf Foundation in Sint Maarten,
verweerster in cassatie,
niet verschenen.

(...; *red.*)

3. Beoordeling van het middel
3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.
(i) D.S. Marwick (hierna: Marwick) is gedurende ongeveer twaalf jaren in de functie van financial controller werkzaam geweest bij Resort of the World, die een hotel in Sint Maarten exploiteert.
(ii) Monedo N.V. (hierna: Monedo), een aan Resort of the World gelieerde vennootschap, heeft een project ontwikkeld in Sint Maarten, getiteld AquaMarina. In 2005, tijdens de ontwikkeling van het project, kreeg Marwick als financial controller van Resort of the World de gelegenheid een villa in het project (hierna: de villa) te verwerven voor een gunstige prijs. Een koopovereenkomst van 13 januari 2005 vermeldt hem als "Buyer" (koper). Marwick heeft G.J. Bergman, de fiscalist van Resort of the World, ingeschakeld. Deze heeft Maple Leaf opgericht, een stichting particulier fonds naar het recht van Sint Maarten.
(iii) De oprichtingsakte van Maple Leaf dateert van 15 augustus 2005 en vermeldt als doel van de stichting particulier fonds:
"PURPOSE
Article 2
1. The purpose of the foundation is the management of capital, which has been set aside and earmarked for the benefit of the natural persons and legal entities and their relatives left behind, as well as charities designated by the Board and to pay distributions to above referred natural person(s) and legal entities and their relatives left behind, as well as charities.
2. The foundation is not authorized to make profit by carrying on a business as referred to in the Federal Ordinance on Foundations ('Landsverordening op Stichtingen')."
(iv) Bij notariële akte van 19 oktober 2005 heeft Monedo (een recht van erfpacht op een perceel met daarop) de villa overgedragen aan Maple Leaf. Bergman was toen enig bestuurder van Maple Leaf. Later werd Marwick enig bestuurder van Maple Leaf.
(v) Marwick en zijn echtgenote hebben in de villa gewoond. Marwick heeft in zijn aangifte inkomstenbelasting 2010 de rentelasten in verband met een hypothecaire lening, waarbij de villa is verhypothekeerd, als aftrekpost opgegeven. Ook heeft Marwick op eigen naam een opstalverzekering met betrekking tot de villa afgesloten en diverse kosten in verband met de villa betaald (de hypotheek-, verzekerings- en onderhoudslasten worden hierna gezamenlijk aangeduid als: woonlasten).
(vi) Op 9 november 2011 heeft Resort of the World Marwick op staande voet ontslagen met als opgegeven dringende reden dat hij fraude op het werk zou hebben gepleegd. Op 10 november 2011 heeft Resort of the World aangifte tegen Marwick gedaan bij de politie. Op 17 november 2011 is Marwick aangehouden en in verzekering gesteld. Op 2 december 2011 is hij in vrijheid gesteld.
(vii) Volgens een uittreksel van de Kamer van Koophandel van 15 mei 2013 is een zekere M.C. van der Bilt sinds 16 november 2011 bestuurder van Maple Leaf. Een andere bestuurder vermeldt het uittreksel niet.
3.2. Resort of the World heeft een vordering ingesteld tot veroordeling van Marwick tot betaling van een schadevergoeding van (na eisvermeerdering) USD 1.205.615,82 ter zake van de hiervoor in 3.1 onder (vi) bedoelde fraude. Daarbij heeft Resort of the World ook (onder meer) Maple Leaf in rechte betrokken en betaling van voormeld bedrag gevorderd op de grondslagen vereenzelviging, misbruik van identiteitsverschil, onrechtmatig profiteren van fraude en ongerechtvaardig-

de verrijking. Zij heeft daartoe gesteld, kort gezegd, dat Marwick de villa zonder tegenprestatie heeft ondergebracht bij Maple Leaf, die een verlengstuk of dekmantel is van Marwick, feitelijk wordt bestuurd door Marwick en wordt gebruikt om daarin vermogensbestanddelen van Marwick onder te brengen. Subsidiair stelde Resort of the World dat Maple Leaf moet worden gezien als entiteit die door de betalingen van Marwick voor reparaties en onderhoud aan de villa heeft geprofiteerd van de gepleegde fraude.
Het gerecht heeft de vordering tegen Marwick toegewezen. Die tegen Maple Leaf, heeft het, als onvoldoende onderbouwd, afgewezen. Een reconventionele vordering van Maple Leaf, tot opheffing van een conservatoir beslag, werd eveneens afgewezen.
3.3. Het hof heeft op het hoger beroep van Resort of the World tegen Maple Leaf het vonnis van het gerecht bevestigd. Het incidentele appel is in cassatie niet meer van belang.
Het hof overwoog als volgt.
"2.5. De natuurlijke persoon die volledige of overheersende zeggenschap heeft over een rechtspersoon, kan misbruik maken van het identiteitsverschil tussen de natuurlijke persoon en de rechtspersoon. Hetgeen met zodanig misbruik werd beoogd, behoeft in rechte niet te worden gehonoreerd. Het maken van zodanig misbruik zal in de regel moeten worden aangemerkt als een onrechtmatige daad, die verplicht tot het vergoeden van de schade die door het misbruik aan derden wordt toegebracht. Deze verplichting tot schadevergoeding zal dan niet alleen rusten op de natuurlijke persoon die met gebruikmaking van zijn zeggenschap de betrokken rechtspersoon tot medewerking aan dat onrechtmatig handelen heeft gebracht, maar ook op deze rechtspersoon zelf, omdat het ongeoorloofde oogmerk van degene die de rechtspersoon beheerst rechtens dient te worden aangemerkt als een oogmerk ook van de rechtspersoon zelf.
De omstandigheden van het geval kunnen evenwel ook zo uitzonderlijk van aard zijn dat vereenzelviging van de betrokken rechtspersonen – het volledig wegdenken van het identiteitsverschil – de meest aangewezen vorm van redres is.
2.6. Het door Resort of the World gestelde misbruik van het identiteitsverschil tussen Marwick en Maple Leaf bestaat (hooguit) hierin dat Marwick door zijn villa in Maple Leaf onder te brengen en de woonlasten uit zijn eigen vermogen te voldoen, heeft beoogd te verijdelen dat Resort of the World verhaal kan nemen op de villa en op de bedragen die Marwick ten behoeve van de villa heeft betaald. De omvang van de schade die Resort of the World lijdt doordat zij dat verhaal niet kan nemen (hierna: de verhaalsschade), is niet zonder meer gelijk aan de omvang van de schade die zij lijdt door de gestelde fraude op het werk (hierna: de fraudeschade). Reeds hierom is vereenzelviging een vorm van redres die te ver gaat (vergelijk: HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480, NJ 2000/698).
2.7. Ter beoordeling staat of sprake is van misbruik van identiteitsverschil van dien aard dat dit moet worden aangemerkt als een onrechtmatige daad. Hiervoor is nodig dat sprake is van het oogmerk om Resort of the World te benadelen. Daarbij is niet voldoende dat Marwick met de gestelde fraude op het werk het oogmerk had om Resort of the World te benadelen, maar is ook nodig dat Marwick dat oogmerk had met het onderbrengen van de villa in Maple Leaf en het uit eigen vermogen betalen van de woonlasten.
Daarvoor is onvoldoende gesteld. Resort of the World heeft zelf gesteld dat Maple Leaf om fiscaaltechnische redenen is opgericht. De inschakeling van de fiscalist van Resort of the World maakt dat ook aannemelijk. Het oogmerk was dan om een fiscaal voordeel te behalen. Onvoldoende is gesteld om aan te nemen dat Marwick daarnaast in 2005 het oogmerk had te verijdelen dat Resort of the World haar fraudeschade zou kunnen verhalen op de villa. Zelfs indien zou moeten worden aangenomen dat Marwick ook al in 2005 (structureel, grootschalige) fraude ten koste van zijn werkgever pleegde en dat Marwick ook toen al ernstig rekening moest houden met de mogelijkheid dat deze fraude vroeg of laat zou worden ontdekt en dat Resort of the World dan haar schade vergoed zou willen zien, dan nog kan daar laatstbedoeld oogmerk niet uit worden afgeleid.
Wat de woonlasten betreft geldt dat dergelijke lasten nu eenmaal verbonden zijn aan de instandhouding van een (verhypothekeerde) villa. Niet is gesteld of gebleken dat Maple Leaf zelf enige bron van inkomsten had. Daarom ligt het voor de hand dat Marwick het oogmerk had door die betalingen de villa in stand te houden. Uit niets kan worden afgeleid dat hij daarnaast het oogmerk had om met deze betalingen Resort of the World te benadelen door verhaalsmogelijkheden te verijdelen.

Daarom moet het beroep op misbruik van identiteitsverschil dus ook in zoverre worden verworpen.
2.8. Vervolgens staat ter beoordeling of op andere grond (dan misbruik van identiteitsverschil) kan worden aangenomen dat sprake is van een onrechtmatige daad van Maple Leaf jegens Resort of the World. In dit verband spreekt Resort of the World van onrechtmatig profiteren. De onrechtmatige daad zou dan erin bestaan dat Maple Leaf eraan heeft meegewerkt dat Marwick een villa in haar onderbracht zonder dat Maple Leaf daarvoor behoefde te betalen en dat Marwick ook de woonlasten van de villa voor zijn rekening nam, terwijl Maple Leaf wist dat Marwick deze betalingen deed uit middelen die hij (deels) door middel van fraude ten koste van Resort of the World had verkregen, en dat de gang van zaken ertoe zou leiden dat Resort of the World de fraudeschade niet zou kunnen verhalen op de villa of op de bedragen die Marwick ten behoeve van de villa betaalde.
2.9. In beginsel moet de kennis en wetenschap van een stichting particulier fonds op een bepaald moment worden vastgesteld door vast te stellen wat op dat moment de kennis en wetenschap van het bestuur en dus van de bestuurder(s) van die rechtspersoon was. Toerekening van kennis en wetenschap aan een ander dan de bestuurder(s) is weliswaar niet uitgesloten, maar er moet wel terughoudendheid bij worden betracht, vooral in gevallen waarin die toerekening wordt bepleit in het kader van een aansprakelijkheidsvraag, zoals hier (vergelijk: HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018). Indien Marwick beleidsbepaler bij Maple Leaf was en hij tevens degene was in wiens belang Maple Leaf op de voet van de doelomschrijving in de statuten een villa beheerde, kan daaruit op zichzelf nog niet worden afgeleid dat de kennis en wetenschap van Marwick moet worden toegerekend aan Maple Leaf. Weliswaar staat vast dat Marwick gedurende enige tijd de enige bestuurder van Maple Leaf is geweest, maar niet is gesteld of gebleken wanneer dat zo was.
Voorts geldt het volgende. Maple Leaf is een stichting particulier fonds. Afscheiding van een vermogen is inherent aan deze rechtsvorm. De (...) doelomschrijving (...) van Maple Leaf is niet verboden, onbehoorlijk of ongebruikelijk voor een stichting particulier fonds. Het doel om een villa te beheren in het belang van Marwick valt binnen de doelomschrijving. De aan Maple Leaf verweten handelwijze valt binnen dat doel. Gelet daarop kan de handelwijze niet worden aangemerkt als een handelen of nalaten dat in strijd is met hetgeen Maple Leaf volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer jegens Resort of the World betaamt en daarom niet als een onrechtmatige daad jegens haar.
2.9. [2.10] Voorts heeft Resort of the World de grondslag van ongerechtvaardigde verrijking genoemd. Ook die kan niet worden aanvaard. De verrijking van Maple Leaf vindt haar oorzaak in een handelwijze die binnen de grenzen van haar doelomschrijving valt, welke doelomschrijving op zichzelf niet verboden, onbehoorlijk of ongebruikelijk is, en kan daarom niet als ongerechtvaardigd worden aangemerkt."
3.4.1. Alvorens de klachten van het middel te behandelen, wordt het volgende overwogen. Maple Leaf is een stichting particulier fonds, als bedoeld in art. 2:50 en 50a BW Sint Maarten (BWSM). Deze rechtsvorm, geïntroduceerd in de toenmalige Nederlandse Antillen bij de Landsverordening van 19 oktober 1998, Pb. 1998, nr. 209, tot wijziging van (onder meer) de Landsverordening op de Stichtingen, onderscheidt zich van de reguliere stichting slechts hierin dat voor deze stichtingsvorm niet geldt het – overeenkomstig het Nederlandse recht (art. 2:285 lid 3 BW) – voor stichtingen in het algemeen bestaande verbod uitkeringen te doen aan oprichters of aan hen die deel uitmaken van haar organen of ook aan anderen, tenzij wat deze laatsten betreft de uitkeringen een ideële of sociale strekking hebben (art. 2:50 lid 4 BWSM).
3.4.2. In de memorie van toelichting bij de Landsverordening van 1998 is, naast hetgeen in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.11 is vermeld, namens de regering voorts opgemerkt (p. 2-3):
"Een belangrijke overweging om een Private Foundation in de Nederlandse Antillen in te voeren is – zoals reeds eerder opgemerkt – dat deskundigen op offshore gebied verwachten dat deze rechtsvorm een belangrijke bijdrage zal kunnen leveren aan de uitbouw van de voor onze economie zo belangrijke financiële Offshore sector. De introductie van een Private Foundation zal de Nederlandse Antillen de mogelijkheid geven zich meer divers en meer flexibel aan de internationale gemeenschap te presenteren op een wijze die bovendien alle waarborgen in zich draagt die nodig

zijn om vrees voor misbruik of oneigenlijk gebruik te voorkomen.
(...)
In het licht van het bovenstaande stelt de Regering voor in het recht van de Nederlandse Antillen een regeling op te nemen betreffende een 'Private Foundation' in de rechtsvorm van een stichting aan te duiden als 'particulier fonds'. Daarbij is er voor gekozen deze regeling geheel te incorporeren in de Landsverordening op Stichtingen op een wijze die in hoge mate vergelijkbaar is met die waarop ook een stichting die het karakter heeft van een 'pensioenfonds' (waarvoor evenzeer bepaalde uitzonderingsregels gelden) in de Landsverordening is opgenomen.
Deze opzet brengt twee evidente voordelen mee. Niet alleen wordt langs deze weg bereikt dat, zoals uit het wetsvoorstel moge blijken, de juridische vormgeving van deze nieuwe (zoals gezegd, zeer wenselijk gebleken) rechtsfiguur van een verbluffende eenvoud kan zijn, maar bovendien garandeert de directe toepasselijkheid van de bepalingen van de reeds bestaande stichtingswetgeving een inbedding in – en daarmee het tot gelding komen van – een gedegen en beproefde regelgeving op deze nieuwe rechtsfiguur, waardoor wordt voorkomen dat rechtspraktijk en/of samenleving voor (onaangename) verrassingen zou kunnen komen te staan. Aan de betrokkenen kan daarbij de vrijheid worden gelaten om met inachtneming van de wettelijke voorschriften – en in overleg met de notaris – aan de door hen in het leven te roepen stichting statutair nader vorm te geven."
3.4.3. Uit de wettelijke regeling en de toelichting daarop vloeit voort dat het gebruik van de rechtsvorm stichting particulier fonds weliswaar niet bij uitsluiting aan het rechtsverkeer binnen de "financiële offshore" is voorbehouden, maar dat de wetgever misbruik of oneigenlijk gebruik van deze stichtingsvorm heeft willen voorkomen, met het oog waarop de nieuwe rechtsvorm is ingebed in het algemene rechtspersonenrecht.
3.5.1. Onderdeel I keert zich vooreerst tegen de verwerping door het hof van de grondslag van vereenzelviging van Marwick en Maple Leaf; deze klachten worden in onderdeel II uitgewerkt. Betoogd wordt dat het hof het beroep op vereenzelviging niet had mogen verwerpen, gelet op de in onderdeel 1.1 opgesomde reeks door Maple Leaf gestelde en door het hof hetzij vastgestelde, hetzij in het midden gelaten feiten en omstandigheden, aangezien daaruit volgt dat het identiteitsverschil tussen Marwick en Maple Leaf uitsluitend formeel bestaat en dat Maple Leaf geheel afhankelijk is van Marwick, die de feitelijke beleidsbepaler van Maple Leaf was en alle kosten droeg, terwijl Maple Leaf geen andere activiteiten, inkomsten of bezittingen had en geen andere belangen diende.
Onderdeel II klaagt dat het hof (in rov. 2.6) het beroep op vereenzelviging ten onrechte heeft verworpen onder verwijzing naar HR 13 oktober 2000 («JOR» 2000/238, m.nt. De Witt Wijnen; *red.*), ECLI:NL:HR: 2000:AA7480, NJ 2000/698 (Rainbow), althans dat onbegrijpelijk is dat het hof de verhaalschade in dit geval niet heeft gelijkgesteld met de fraudeschade.
3.5.2. In het Rainbow-arrest is overwogen (rov. 3.5) dat door degene die (volledige of overheersende) zeggenschap heeft over twee rechtspersonen, misbruik kan worden gemaakt van het identiteitsverschil tussen deze rechtspersonen, en dat hetgeen met zodanig misbruik werd beoogd, in rechte niet behoeft te worden gehonoreerd. Voorts, dat het maken van zodanig misbruik in de regel zal moeten worden aangemerkt als een onrechtmatige daad, die verplicht tot het vergoeden van de schade die door het misbruik aan derden wordt toegebracht. Deze verplichting tot schadevergoeding zal, zo leert het arrest, dan niet alleen rusten op de persoon die met gebruikmaking van zijn zeggenschap de betrokken rechtspersonen tot medewerking aan dat onrechtmatig handelen heeft gebracht, doch ook op deze rechtspersonen zelf, omdat het ongeoorloofde oogmerk van degene die hen beheerst rechtens dient te worden aangemerkt als een oogmerk ook van henzelf. Vereenzelviging van de betrokken rechtspersonen kan, in uitzonderlijke omstandigheden, de meest aangewezen vorm van redres zijn. Maar indien een op benadeling van een bepaalde crediteur gerichte handelwijze onrechtmatig is jegens deze crediteur, brengt de verplichting de daardoor aangerichte schade te vergoeden niet mee dat de omvang van deze schade zonder meer gelijk is aan het bedrag van de vordering waarvan men het verhaal wilde verijdelen. In een dergelijk geval is vereenzelviging een vorm van redres die te ver gaat.
3.5.3. Het oordeel van het hof dat vereenzelviging van Maple Leaf met Marwick in de onderhavige situatie een vorm van redres is die te ver gaat, geeft in het licht van de in het Rainbow-arrest neergelegde regels geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. De in het

onderdeel ingeroepen omstandigheid dat Maple Leaf, anders dan bij de betrokken rechtspersoon in de zaak van het Rainbow-arrest het geval was, geen activiteiten ontwikkelt en (daardoor) derden bij vereenzelviging van Maple Leaf met Marwick niet geschaad worden, levert niet een uitzonderlijke omstandigheid op als in het Rainbow-arrest bedoeld. Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat Resort of the World zich op geen enkel ander vermogensbestanddeel van Marwick dan de in Maple Leaf ondergebrachte villa kan verhalen. Bovendien staat het in het onderdeel verdedigde standpunt op gespannen voet met de doelstellingen van de invoering van de stichting particulier fonds (zie hiervoor in 3.4.2).

Onderdeel II en in zoverre ook onderdeel I falen derhalve.

3.6.1. Onderdeel I klaagt voor het overige over het oordeel van het hof (in rov. 2.7) dat van onrechtmatig profiteren door Marwick en Maple Leaf van het identiteitsverschil tussen beiden geen sprake is. Onderdeel III werkt die klacht nader uit. De klachten komen erop neer dat dat oordeel onjuist althans onbegrijpelijk is tegen de achtergrond van de in het onderdeel opgesomde feiten en omstandigheden, waaruit blijkt dat Marwick heeft beoogd te verijdelen dat Resort of the World haar fraudeschade zou kunnen verhalen, en wel door, met behoud van zijn zeggenschap over en genot van de villa, deze op naam van Maple Leaf te zetten en te houden.

3.6.2. De onderdelen klagen terecht dat het bestreden oordeel onbegrijpelijk is in het licht van de meerbedoelde feiten en omstandigheden, die door Resort of the World in feitelijke aanleg zijn aangevoerd en door het hof niet onjuist zijn bevonden, zodat van de juistheid daarvan in cassatie moet worden uitgegaan. Dat geldt in het bijzonder voor de omstandigheden dat de villa om niet aan Maple Leaf is overgedragen, dat dit is geschied op een moment dat Marwick al ernstig rekening diende te houden met de mogelijkheid dat zijn, ten tijde van de oprichting van Maple Leaf reeds gaande zijnde, fraude zou worden ontdekt en tot een aanzienlijke claim van Resort of the World op hem zou leiden en dat Marwick de woonlasten is blijven betalen. Daarbij moet ook in aanmerking worden genomen dat Resort of the World de gestelde onrechtmatigheid mede heeft gebaseerd op de stelling dat Marwick zijn fraude heeft voortgezet in de wetenschap dat de door hem verworven en bewoonde villa veilig was voor verhaal door Resort of the World.

3.7.1. Onderdeel IV keert zich tegen de eerste rov. 2.9, die ziet op de gestelde onrechtmatigheid, bestaande in de handelingen als omschreven in rov. 2.8, dus, kort gezegd, in het meewerken door Maple Leaf aan en het profiteren van de fraude en het aan het verhaal onttrekken van de villa door Marwick. Het hof heeft daaromtrent in de eerste plaats geoordeeld dat de kennis van Marwick niet aan Maple Leaf kan worden toegerekend; daarnaast heeft het overwogen dat de handelwijze van Maple Leaf valt binnen haar doelomschrijving, die niet verboden, onbehoorlijk of ongebruikelijk is. De klachten richten zich tegen beide gronden en houden in dat het hof bij de beoordeling van de toerekening van kennis van Marwick aan Maple Leaf ten onrechte een terughoudende maatstaf heeft aangelegd. Voorts, dat die terughoudende maatstaf niet wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat Marwick niet (voortdurend) formeel bestuurder van Maple Leaf was, nu het hof veronderstellenderwijs ervan is uitgegaan dat Marwick beleidsbepaler was bij Maple Leaf en dat Maple Leaf de villa in het belang van Marwick beheerde. De klachten tegen de tweede afwijzingsgrond behelzen dat de omstandigheid dat het rechtmatige doel van Maple Leaf het beheer van de villa is, en Maple Leaf binnen haar doelomschrijving heeft gehandeld, niet betekent dat Maple Leaf niet onrechtmatig heeft gehandeld bij het profiteren van de verduisterde gelden.

3.7.2. Ook deze klachten slagen. Voor het antwoord op de vraag onder welke omstandigheden een onrechtmatig handelen of nalaten van personen door wie de rechtspersoon aan het rechtsverkeer deelneemt, als eigen onrechtmatig handelen aan een rechtspersoon kan worden toegerekend, is beslissend of dat handelen of nalaten in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als handelen of nalaten van de rechtspersoon zelf (vgl. HR 6 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AH8595, NJ 1980/34 (Kleuterschool Babbel)). Dat geldt voor gedragingen van een bestuurder, maar de formele hoedanigheid van de handelende persoon is niet beslissend voor de toerekeningsvraag. Indien, zoals hier veronderstellenderwijs moet worden aangenomen, Marwick de volledige zeggenschap over Maple Leaf had, ook in de periodes dat hij geen bestuurder was, en dat hij haar "ultimate beneficiary" is, is in beginsel aan de aan te leggen maatstaf voldaan. Dat het hier om een aansprake-

lijkheidskwestie gaat, doet daaraan niet af, zoals ook blijkt uit rov. 3.6 van HR 11 november 2005 («JOR» 2006/90; *red.*), ECLI:NL:HR:2005:AT6018, NJ 2007/231.
3.7.3. Hetgeen het hof overweegt omtrent de doelomschrijving van Maple Leaf houdt in dat de inbreng en het beheer van de villa bij Maple Leaf ten behoeve van Marwick als zodanig legitiem en toelaatbaar waren. Resort of the World heeft evenwel aan haar vordering ten grondslag gelegd dat Maple Leaf door de inbreng en het beheer van de villa welbewust ten koste van Resort of the World heeft geprofiteerd van de door Marwick gepleegde fraude. Het hof heeft niet onderzocht of de – op zichzelf, bij een stichting particulier fonds in het bijzonder, toelaatbare – inbreng en het beheer van de villa op die grond onrechtmatig zijn geweest jegens Resort of the World.
3.8. Onderdeel V is gericht tegen de tweede als 2.9 genummerde overweging. Het klaagt dat het hof de vorderingsgrondslag ongerechtvaardigde verrijking op dezelfde grond heeft afgewezen als het aan het slot van (de eerste) rov. 2.9 heeft gebezigd en voert daartegen overeenkomstige klachten aan als onderdeel IV.
Ook dit onderdeel is terecht voorgesteld. De omstandigheid dat de verrijking van een rechtspersoon haar oorzaak vindt in een handelwijze die valt binnen de grenzen van de doelomschrijving van die rechtspersoon, welke doelomschrijving op zichzelf niet verboden, onbehoorlijk of ongebruikelijk is, is – ook bij een stichting particulier fonds – niet onverenigbaar met het oordeel dat die verrijking ongerechtvaardigd is. Het hof had dus ook deze grondslag dienen te onderzoeken aan de hand van de stellingen van Maple Leaf, welke stellingen het oordeel van ongerechtvaardigdheid van de verrijking kunnen dragen.

4. Beslissing
De Hoge Raad:
vernietigt het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van 17 april 2015;
wijst het geding terug naar dat hof ter verdere behandeling en beslissing;
veroordeelt Maple Leaf in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

NOOT

1. De heer Marwick werkt ongeveer twaalf jaar lang bij Resort of the World. In die periode pleegt hij grootschalige fraude. Hij benadeelt zijn werkgever voor meer dan $ 1 miljoen. In 2005 heeft Marwick een villa gekocht die op naam is gezet van een speciaal voor hem opgerichte stichting particulier fonds, genaamd Maple Leaf. Marwick gedraagt zich alsof de villa zijn persoonlijke eigendom is: hij woont erin, voldoet de vaste lasten en geeft de hypotheekrente op als aftrekpost bij zijn aangifte inkomstenbelasting. Marwick zelf biedt onvoldoende verhaal voor de vordering tot schadevergoeding van zijn ex-werkgever. Daarom spreekt Resort of the World ook Maple Leaf aan. Resort of the World betoogt dat Maple Leaf met Marwick vereenzelvigd moet worden, althans dat Maple Leaf onrechtmatig jegens Resort of the World heeft gehandeld door mee te werken aan het misbruik van identiteitsverschil tussen haar en Marwick en door te profiteren van diens fraude. Het hof wijst de vereenzelviging af onder verwijzing naar het arrest Rainbow/Ontvanger («JOR» 2000/238, m.nt. De Witt Wijnen). De vordering gebaseerd op onrechtmatige daad strandt eveneens, onder meer omdat het hof weigert de wetenschap van Marwick toe te rekenen aan Maple Leaf. Weliswaar was Marwick beleidsbepaler van Maple Leaf en beheerde Maple Leaf de villa uitsluitend in Marwicks belang, maar Marwick was niet gedurende de hele periode van de fraude ook bestuurder van de stichting. Bij het toerekenen van de kennis van een ander dan de bestuurder aan een rechtspersoon moet in geval van aansprakelijkheidskwesties terughoudendheid worden betracht, oordeelt het hof onder verwijzing naar het arrest Ontvanger/Voorsluijs («JOR» 2006/90). Het wekt geen verbazing dat de Hoge Raad 1) het oordeel van het hof over vereenzelviging in stand laat en 2) het oordeel over toerekening van kennis vernietigt.
2. Wanneer een partij verhaalsschade lijdt doordat haar wederpartij vermogensbestanddelen onderbrengt in een (andere) rechtspersoon met het oogmerk om die vermogensbestanddelen aan verhaal te onttrekken, honoreert de Hoge Raad sinds Rainbow/Ontvanger geen beroep meer op vereenzelviging. Het oogmerk van degene die de rechtspersoon beheerst, wordt wel toegerekend aan de rechtspersoon, maar dat levert

de gelaedeerde slechts een vordering op ter hoogte van de verhaalsbenadeling, niet ter hoogte van de oorspronkelijke vordering. Bedraagt de oorspronkelijke vordering 10, en heeft de laedens 6 ondergebracht in een door hem beheerste rechtspersoon, dan heeft de gelaedeerde hooguit een vordering van 6 op de rechtspersoon. Het onrechtmatig handelen van de rechtspersoon bestaat immers slechts uit het meewerken aan verijdeling van verhaal op die 6. De Hoge Raad houdt de deur wel op een kier: in uitzonderlijke omstandigheden kan vereenzelviging de meest aangewezen vorm van redres zijn bij misbruik van het identiteitsverschil tussen twee rechtspersonen (of, zo voeg ik toe: tussen een rechtspersoon en een natuurlijke persoon). A-G Hartlief ziet aanleiding voor vereenzelviging indien Maple Leaf zelf actief betrokken zou zijn geweest bij het plegen van fraude, en dus bij het ontstaan van de oorspronkelijke vordering. Zie par. 4.38 van zijn conclusie: "Maple Leaf wordt niet verweten dat zij zelf actief bij (het plegen van) fraude betrokken zou zijn. Er lijkt mij daarom geen grond om Maple Leaf voor de gehele fraudeschade aansprakelijk te achten, hetgeen wel het gevolg zou zijn van een vereenzelviging" en par. 4.44: "De in casu gestelde onrechtmatige gedraging van Maple Leaf bestaat uit het verijdelen van verhaal en niet (mede) uit het plegen van fraude." Maar als Maple Leaf de fraude zou hebben medegepleegd, zou zij daarvoor uit eigen hoofde aansprakelijk zijn. Vereenzelviging lijkt mij in dat geval overbodig.

3. Intussen is het niet gemakkelijk om te bedenken in welke "uitzonderlijke omstandigheden" vereenzelviging wél zou worden toegestaan. Mogelijk bestaat daarvoor grond indien de rechtspersoon eraan heeft meegewerkt dat een partij bij het aangaan van een overeenkomst op het verkeerde been is gezet over de identiteit van haar contractuele wederpartij, zijnde een ander dan de (vermogende) rechtspersoon. Vgl. Rb. Zwolle 24 juli 2002, ECLI:NL:RBZWO:2002:AF3673, *NJ* 2002/593. De schade vloeit dan niet voort uit verhaalsbenadeling, maar uit het feit dat de overeenkomst überhaupt met deze wederpartij is aangegaan. Indien het zaaien van verwarring over de identiteit van de contractant slechts als onrechtmatige daad wordt gezien, kan de benadeelde niet méér vorderen dan het negatieve contractsbelang. Vereenzelviging is dan wellicht op haar plaats. Het probleem kan mogelijk ook worden opgelost door de rechtspersoon op grond van het criterium uit het Kribbebijter-arrest (HR 11 maart 1977, *NJ* 1977/521) te beschouwen als daadwerkelijke contractant. Het antwoord op de vraag in wiens naam iemand jegens een ander is opgetreden bij het sluiten van een overeenkomst, hangt af van hetgeen hij en die ander daaromtrent jegens elkander hebben verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden. Bartman, Dorresteijn en Olaerts betogen intussen met diverse argumenten dat ook bij verhaalsbenadeling een beroep op vereenzelviging zou moeten worden toegestaan (*Van het concern* 2016/VIII.3.2 en VIII.3.4).

4. Op het gebied van de toerekening aan de rechtspersoon van kennis van "personen door wie de rechtspersoon aan het rechtsverkeer deelneemt" (r.o. 3.7.2) brengt de Hoge Raad niets nieuws. Wel verduidelijkt hij zijn eerdere rechtspraak. Ik vat de regels hierna samen en plaats die in een bredere context.

5. Om gedrag onrechtmatig te laten zijn, is in veel gevallen een bepaald oogmerk vereist. Het hebben van een oogmerk veronderstelt noodzakelijkerwijs bepaalde kennis, bijvoorbeeld van het feit dat een derde schade zal lijden als gevolg van de gedraging. Kennis, oogmerk en gedragingen worden toegerekend aan de rechtspersoon aan de hand van dezelfde maatstaf, te weten die uit het arrest Kleuterschool Babbel: heeft de gedraging (het oogmerk, de kennis) van het individu in het maatschappelijk verkeer te gelden als die van de rechtspersoon? Dit hangt af van de omstandigheden van het geval. Dat kennis op grond van het "Babbel-criterium" aan de rechtspersoon moet worden toegerekend, maakte de Hoge Raad eerder al uit in de arresten Los Gauchos (11 mei 1990, *NJ* 1990/544), Idee 2 (11 maart 2005, *NJ* 2005/576) en Ontvanger/Voorsluijs (11 november 2005, «JOR» 2006/90).

6. Het onrechtmatig handelen van een bestuurder heeft in het maatschappelijk verkeer te gelden als onrechtmatig handelen van de rechtspersoon. De Hoge Raad maakt hierbij geen voorbehoud ("dat geldt voor een bestuurder"), maar de bestuurder moet natuurlijk wel hebben gehandeld *in zijn hoedanigheid van* bestuurder van de rechtspersoon in kwestie. Gooit de bestuurder een ruit in bij zijn overlast gevende buurman, dan zal dat niet snel hebben te gelden als onrechtmatige daad van de rechtspersoon.

Zie voor een geval waarin fysiek geweld wel aan een rechtspersoon werd toegerekend HR 25 juni 1999, *NJ* 2000/33 (Verhuurster in de kou). De formele hoedanigheid van de handelende persoon is niet beslissend. Het gaat om de feitelijke situatie. Ook het onrechtmatig handelen van iemand met de volledige zeggenschap over en het uiteindelijke financiële belang in de rechtspersoon heeft "in beginsel" te gelden als dat van de rechtspersoon. In beginsel – de Hoge Raad houdt een slag om de arm. Ik kan niet zo gauw een voorbeeld bedenken waarin hetzelfde onrechtmatig handelen níet zal gelden als dat van de rechtspersoon wanneer het is uitgevoerd door iemand met volledige zeggenschap, maar wél indien het is uitgevoerd door iemand die benoemd is tot bestuurder. Volledige zeggenschap impliceert ook zeggenschap over het bestuurlijk handelen van de formele bestuurder.
7. De terughoudendheid die de Hoge Raad in r.o. 3.5 van het arrest Ontvanger/Voorsluijs voorschreef in geval van aansprakelijkheidskwesties, moet niet verkeerd worden begrepen. De overweging in kwestie heeft betrekking op de toerekening van wetenschap *aan een ander*, ook wel toerekening van externe kennis genoemd. De rechtspersoon geldt ten opzichte van zijn functionarissen niet als "ander". De rechtspersoon heeft immers geen "eigen" wetenschap: hij kan slechts door middel van zijn functionarissen deelnemen aan het rechtsverkeer. Toerekening van interne kennis geschiedt door toepassing van het Babbel-criterium. Het feit dat aansprakelijkheid van de rechtspersoon wordt bepleit, noopt op zich niet tot terughoudendheid.
8. In de zaak Ponzi-zwendel (HR 27 november 2015, «JOR» 2016/34, m.nt. 't Hart) had ABN AMRO Bank ook al terughoudendheid bepleit onder verwijzing naar Ontvanger/Voorsluijs. Het hof had in dat arrest geen aanwijzing gezien voor terughoudendheid bij het toerekenen van kennis van functionarissen aan de rechtspersoon (Hof Den Haag 18 maart 2014, «JOR» 2014/136, m.nt. Lieverse en Sinninghe Damsté, r.o. 50). De Hoge Raad verklaarde het cassatiemiddel dat tegen de desbetreffende rechtsoverweging was gericht, ongegrond onder verwijzing naar art. 81 RO.
9. In de zaak Ponzi-zwendel werd kennis van baliemedewerkers toegerekend aan de bank. Hieruit blijkt dat voor toerekening van de kennis van een persoon die rechtstreeks is betrokken bij het onrechtmatig handelen of nalaten, niet altijd vereist is dat die persoon volledige of overwegende zeggenschap over de rechtspersoon heeft.

B.M. Katan
advocaat bij Stibbe, promovenda aan de Radboud Universiteit

2

JOR 2017/2

Hoge Raad
11 november 2016, 15/03516,
ECLI:NL:HR:2016:2574
(mr. Numann, mr. Streefkerk,
mr. Heisterkamp, mr. Snijders, mr. Polak)
(Concl. A-G Timmerman, niet opgenomen; red.)
Noot K. Spruitenburg

Curaçaose enquêteprocedure. Regels over rechtsverwerking wegens tijdsverloop gelden ook voor enquêteprocedure. Regels uit Slotervaart gelden ook voor het enquêterecht in Curaçao. Aandeelhouder is bevoegd tot verzoeken van enquête na verwatering belang door emissiebesluiten. Vergelijk HR 11 april 2014, «JOR» 2014/259, m.nt. Olden (Slotervaartziekenhuis). Gezien ratio staat tijdsverloop niet aan toepassing van de Slotervaart-regel in de weg.

[BW art. 2:346 lid 1 aanhef en onder b, 2:349 lid 1; BW Curaçao art. 2:272 lid aanhef en onder c, 2:273]

Om rechtsverwerking te kunnen aannemen is nodig dat de rechthebbende zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van zijn recht of bevoegdheid. Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad is enkel tijdsverloop daarvoor onvoldoende. Tijdsverloop kan wel als een van de relevante omstandigheden meewegen bij beoordeling van de vraag of de rechthebbende zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van zijn recht of bevoegdheid. Een en ander geldt evenzeer voor het aannemen van

rechtsverwerking ter zake van de bevoegdheid een enquête te verzoeken. Het hof heeft geen (bijzondere) omstandigheden vastgesteld die aanleiding hebben gegeven tot gerechtvaardigd vertrouwen dat verzoeker zich bij de emissiebesluiten had neergelegd of onredelijke benadeling aan de zijde van de vennootschappen bij toewijzing van het verzoek om een enquête te gelasten. Het enkele tijdsverloop (van bijna vijf jaar na de emissiebesluiten en van ruim drie jaar na de inwerkingtreding van het nieuwe enquêterecht in Curaçao op 1 januari 2012) kan niet als een zodanige omstandigheid aangemerkt worden. Voor zover het hof niet is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, heeft het zijn oordeel dan ook ontoereikend gemotiveerd.

In zijn beschikking van 11 april 2014, «JOR» 2014/259, m.nt. Olden (Slotervaartziekenhuis), heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de strekking van het enquêterecht meebrengt dat een aandeelhouder of certificaathouder die als gevolg van een uitgifte van (certificaten van) aandelen niet langer voldoet aan de in art. 2:346 lid 1, aanhef en onder b, BW bedoelde kapitaalseis, bevoegd is tot het indienen van een verzoek om een enquête in te stellen mits het verzoek (mede) betrekking heeft op een onderzoek naar die uitgifte en de verzoeker stelt dat er gegronde redenen bestaan om te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken bij die uitgifte. Het enquêterecht strekt immers mede ter bescherming van een minderheid van aandeelhouders of certificaathouders tegen (mogelijk) machtsmisbruik door de meerderheid. De cassatiemiddelen bestrijden (terecht) niet dat de regel die in de Slotervaartbeschikking is geformuleerd, ook geldt voor het enquêterecht in Curaçao en de kapitaalseis van art. 2:272 lid 1, aanhef en onder c, BWC.

Die regel geldt niet slechts indien het enquêteverzoek "binnen een redelijke termijn" of "met bekwame spoed" is ingediend. Een zodanige inperking past niet bij de (in de Slotervaartbeschikking omschreven) ratio van de regel. Daarbij verdient opmerking dat tijdsverloop wel een omstandigheid kan zijn waarmee rekening wordt gehouden bij de beoordeling van een beroep op rechtsverwerking of in het kader van een belangenafweging bij de beoordeling van de toewijsbaarheid van het enquêteverzoek (vgl. HR 20 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:AD2646, NJ 1997/188 (Wijsmuller)).

De rechtspersoon naar vreemd recht Bab al-Mustaqbal Real Estate Co. te Koeweit,
verzoekster tot cassatie,
verweerster in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,
advocaat: mr. J.W.H. van Wijk,
tegen
1. de vennootschap naar het recht van Curaçao Cordial NV te Curaçao,
2. de vennootschap naar het recht van Curaçao Turnham NV te Curaçao,
3. de vennootschap naar het recht van Curaçao Intertrust (Curaçao) BV te Curaçao,
verweersters in cassatie,
verzoeksters in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,
advocaat: mr. D. Rijpma,
en tegen
4. de rechtspersoon naar vreemd recht Mahmoud Haider & Sons Trading & Contracting Co. te Koeweit,
verweerster in cassatie,
verzoekster in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,
advocaat: mr. J. van der Beek.

(...; *red.*)

3. Uitgangspunten in cassatie

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Intertrust is verbonden aan een trustkantoor op Curaçao en is enig bestuurder van zowel Cordial als Turnham. Cordial en Turnham zijn houdstermaatschappijen die in een joint venture-structuur aan de top staan van een groep vennootschappen (hierna: de Groep). Onderaan in de Groep bevindt zich een vennootschap die eigenaar is van vastgoed in Düsseldorf (Duitsland) waarin een hotel onder de naam Breidenbacher Hof wordt geëxploiteerd.

(ii) MHS en Bab zijn investeringsmaatschappijen, die in het jaar 2008 een meerderheids-, respectievelijk een minderheidsbelang in zowel Cordial als Turnham hielden. MHS hield in dat jaar 85% van de aandelen in Cordial, en (deels indirect, via Cordial) 85% van de aandelen in Turnham. Bab hield in die periode de overige 15% van de aandelen in Cordial en (deels indirect, via Cordial) de overige 15% in Turnham.

(iii) Op 1 maart 2009 heeft MHS een lening van € 41 miljoen verstrekt aan PVG Neunte Vermö-

gensverwaltungsgesellschaft mbH (hierna: PVG-9), een rechtspersoon die deel uitmaakt van de Groep.
(iv) Op 26 april 2010 heeft Intertrust als bestuurder van Cordial besloten 20.300.000 aandelen in Cordial uit te geven aan MHS tegen een uitgifteprijs van één dollar per aandeel, en heeft Intertrust als bestuurder van Turnham besloten 700.000 aandelen in Turnham uit te geven aan MHS tegen een uitgifteprijs van één dollar per aandeel en 4.550.000 aandelen in Turnham uit te geven aan Cordial tegen een uitgifteprijs van één dollar per aandeel. Hierbij werd besloten dat MHS de aandelen zou volstorten door verrekening met door haar te ontvangen bedragen in verband met de cessie aan Cordial en Turnham van haar vordering op PVG-9 uit hoofde van lening.
(v) Deze (voorgenomen) besluiten zijn aan de orde geweest in de algemene vergadering van aandeelhouders van Cordial en in die van Turnham, die wat betreft beide vennootschappen werd gehouden op 11 maart 2010. De (voorgenomen) besluiten zijn toen goedgekeurd. De advocaat die op deze vergaderingen aanwezig was als vertegenwoordiger van Bab, heeft tegengestemd. De notulen vermelden hierover (zowel bij Cordial als bij Turnham):
"Bab: was fully in disagreement with the proposal and requested that the following comments from the side of Bab be mentioned in the minutes of this meeting:
a) How is it possible that Intertrust can agree with the capital increase without having seen the underlying documents?
b) How can Intertrust agree that the Company takes an advance without having insight in the financial position of the whole structure?
c) Intertrust should indicate how it can agree without having insight in the deed of assignment.
d) Bab is requesting inspection of the relevant documents related to the whole transaction.
e) Bab also would like to know why it has been decided to make a capital increase instead of making a cash injection or it should be concluded that the intention of MHS is to benefit itself in this situation."
(vi) Deze besluiten (indien rechtsgeldig) hebben tot gevolg gehad dat het belang van Bab in Cordial en in Turnham is verminderd van 15% tot minder dan 0,01%.
(vii) Op 30 april 2014 heeft The Curaçao Financial Group N.V., in opdracht van Cordial en Turnham, een "business valuation report" (hierna: het CFG-rapport) uitgebracht. In dit rapport staat onder meer vermeld:
"(...) [W]e have adjusted the book value for several items. First of all, we have adjusted the value for the real estate. In June 2013, Jones Lang LaSalle have concluded in their report that 'The aggregate market value of the BreidenbacherHof complex is EUR 157,600,000 as at 1 April 2013'."
In 2010 stonden deze vaste activa voor een bedrag van € 95.549.000,-- in de boeken.
(viii) Bij verzoekschrift van 27 augustus 2014 hebben MHS en Cordial bij het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao, in het kader van een uitkoopprocedure in de zin van art. 2:250 van het Burgerlijk Wetboek van Curaçao (hierna: BWC), een vordering tegen Bab ingesteld tot overdracht van haar aandelen in Cordial en Turnham aan MHS.
3.2. In de onderhavige procedure verzoekt Bab het hof om een enquête te gelasten naar het beleid en de gang van zaken bij Cordial en Turnham vanaf 1 januari 2006, met bijzondere aandacht voor de gang van zaken rond de aandelenemissies in 2010, en voor de duur van het geding een aantal voorlopige voorzieningen te treffen. Aan dit verzoek heeft Bab ten grondslag gelegd dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid bij Cordial en Turnham. In dat verband betoogt zij, samengevat, dat de aandelenemissies in 2010 bij beide vennootschappen hebben plaatsgevonden op basis van ongeldige besluiten van de aandeelhoudersvergaderingen, dat haar structureel het benodigde zicht op de financiële toestand van de Groep is onthouden, terwijl MHS die informatie – die ook van belang is in het kader van de uitkoopprocedure die MHS is gestart – wel kreeg, en dat het er de schijn van heeft dat MHS haar controle over de Groep misbruikt om te bewerkstelligen dat op de door Bab verstrekte leningen geen rente of aflossing wordt betaald.
3.3. Het hof heeft de verzoeken van Bab afgewezen, en daartoe als volgt overwogen:
"2.2. De verweerders (en belanghebbenden) hebben het verweer gevoerd dat Bab niet-ontvankelijk moet worden verklaard in de verzoeken, omdat zij niet voldoet aan de kapitaalseis als bedoeld in art. 2:272 lid 1, aanhef en sub c, BW en niet heeft voldaan aan de plicht haar bezwaren kenbaar te maken als bedoeld in art. 2:273 BW.
2.3. Weliswaar geldt dat indien de emissiebesluiten rechtsgeldig zijn genomen en uitgevoerd, Bab als gevolg daarvan niet langer aan de kapitaalseis

voldoet, maar de strekking van het enquêterecht brengt mee dat zij niettemin bevoegd is tot het indienen van dit verzoek om een enquête in te stellen, aangezien het verzoek (mede) betrekking heeft op een onderzoek naar de totstandkoming en uitvoering van die besluiten en Bab heeft gesteld dat er gegronde redenen bestaan om te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken bij de totstandkoming en uitvoering van die besluiten.
2.4. Op de ava's van 11 maart 2010 heeft Bab voldoende duidelijk kenbaar gemaakt dat haar bezwaren (mede) op het hiervoor omschreven verwijt waren gericht. Met name kan dit verwijt redelijkerwijs begrepen worden geacht in de zinsnede in de notulen '...or it should be concluded that the intention of MHS is to benefit itself in this situation.' Daarom staat ook art. 2:273 BW niet in de weg aan de ontvankelijkheid van Bab in het verzoek.
2.5. Evenwel is gesteld noch gebleken dat Bab op enig moment vóór de datum van indiening van het enquêteverzoek, 20 februari 2015 – bijna vijf jaar na de ava's van 11 maart 2010 en ruim drie jaar na de inwerkingtreding van het nieuwe enquêterecht in Curaçao op 1 januari 2012 – dit bezwaar nog aan de orde heeft gesteld. Hierdoor heeft Bab bij Cordial en Turnham het gerechtvaardigd vertrouwen gewekt dat zij zich bij de emissiebesluiten had neergelegd en aan de uitvoering daarvan geen gevolgen zou verbinden. Cordial en Turnham zijn jarenlang daarvan uitgegaan. Indien het beleid en de gang van zaken met betrekking tot de totstandkoming en uitvoering van die besluiten thans toch weer ter discussie gesteld zou kunnen worden, zouden zij onredelijk worden benadeeld in hun positie. Bab heeft daarom het recht verwerkt het onderhavige verzoek te doen. Dit moet leiden tot afwijzing van het enquêteverzoek.
2.6. Bab heeft bij de mondelinge behandeling aangevoerd dat zij op 11 maart 2010 en daarna over onvoldoende informatie beschikte om te kunnen aantonen dat de uitgifteprijzen niet redelijk waren, en dat zij daarvoor pas voldoende informatie had toen het CFG-rapport van 30 april 2014 was uitgebracht en op verzoek van Bab door KPMG was bestudeerd. Dit betoog baat haar niet. Om te voorkomen dat zij het gerechtvaardigde vertrouwen wekte dat zij zich bij de emissiebesluiten had neergelegd, had Bab immers ermee kunnen volstaan kenbaar te maken dat zij zich er niet bij neerlegde, en behoefde zij niet aan te tonen dat haar bezwaar tegen de gehanteerde uitgifteprijzen gegrond was."

4. Beoordeling van het middel in het principale beroep
4.1. Het middel bevat (uitsluitend) in de onderdelen 5 en 6 klachten tegen de beschikking van het hof.
De klachten zijn gericht tegen de hiervoor in 3.3 geciteerde rov. 2.5 en 2.6. De onderdelen 5.1-5.3 en 6.1-6.3 voeren naar de kern genomen aan dat het hof ten onrechte rechtsverwerking aan de zijde van Bab heeft aangenomen op grond van enkel tijdsverloop, zonder te onderzoeken of sprake is geweest van nadere, bijzondere omstandigheden op grond waarvan Cordial en Turnham gerechtvaardigd hebben vertrouwd dat Bab zich bij de emissiebesluiten had neergelegd, dan wel bij toewijzing van het verzoek van Bab onredelijk zouden worden benadeeld in hun positie. Het hof heeft in ieder geval zijn oordeel terzake onvoldoende gemotiveerd, in het bijzonder in het licht van de in onderdeel 6.3 weergegeven stellingen van Bab.
4.2. Om rechtsverwerking te kunnen aannemen is nodig dat de rechthebbende zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van zijn recht of bevoegdheid. Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad is enkel tijdsverloop daarvoor onvoldoende. Er moet sprake zijn van bijzondere omstandigheden op grond waarvan bij de wederpartij gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de rechthebbende zijn aanspraak niet meer geldend zal maken, of waardoor de positie van de wederpartij onredelijk verzwaard of benadeeld zou worden indien het recht of de bevoegdheid alsnog geldend wordt gemaakt (vgl. onder meer HR 24 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2635, NJ 1998/621 en HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543, NJ 2013/317). Tijdsverloop kan wel als een van de relevante omstandigheden meewegen bij beoordeling van de vraag of de rechthebbende zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van zijn recht of bevoegdheid.
Een en ander geldt evenzeer voor het aannemen van rechtsverwerking ter zake van de bevoegdheid een enquête te verzoeken.

4.3. Het hof heeft geen (bijzondere) omstandigheden vastgesteld die aanleiding hebben gegeven tot gerechtvaardigd vertrouwen of onredelijke benadeling aan de zijde van Cordial en Turnham als hiervoor in 4.2 bedoeld. Het enkele tijdsverloop (van bijna vijf jaar na de emissiebesluiten en van ruim drie jaar na de inwerkingtreding van het nieuwe enquêterecht in Curaçao op 1 januari 2012) kan niet als een zodanige omstandigheid aangemerkt worden.
Noch de omstandigheid dat Bab na de aandeelhoudersvergaderingen "het bezwaar niet aan de orde heeft gesteld" (rov. 2.5), noch de omstandigheid dat zij "ermee (had) kunnen volstaan kenbaar te maken dat zij zich er niet bij neerlegde" (rov. 2.6), kan zonder nadere motivering als een zodanige omstandigheid aangemerkt worden. "Stilzitten" kan slechts tot rechtsverwerking leiden, indien op grond van de omstandigheden van het geval redelijkerwijs een bepaald handelen van de rechthebbende had mogen worden verwacht. Het hof heeft echter niet vastgesteld of gemotiveerd op grond waarvan Cordial en Turnham, bij achterwege blijven van een mededeling van Bab, redelijkerwijze mochten vertrouwen dat Bab geen enquêteverzoek meer zou doen. Evenmin heeft het hof gemotiveerd waarin de onredelijke benadeling in hun positie is gelegen, of op grond waarvan van Bab verwacht mocht worden die benadeling te voorkomen. Daar komt bij dat onderdeel 6.3 terecht klaagt dat het hof de in dat onderdeel genoemde herhaaldelijk gedane verzoeken van Bab om informatie, en de overige omstandigheden die Bab heeft aangevoerd ter verklaring van het feit dat zij lang gewacht heeft met het enquêteverzoek, niet (kenbaar) in zijn oordeel heeft betrokken.
Voor zover het hof niet is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, heeft het zijn oordeel dan ook ontoereikend gemotiveerd.
4.4. Het voorgaande brengt mee dat de onderdelen 5.1-5.3 en 6.1-6.3 gegrond zijn.
4.5. De klachten van onderdeel 5.4 kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

5. Beoordeling van de middelen in de voorwaardelijke incidentele beroepen
5.1. Nu het principale beroep slaagt, is de voorwaarde vervuld waaronder Cordial c.s., respectievelijk MHS, incidenteel beroep hebben ingesteld. De incidentele cassatieberoepen zijn gericht tegen de hiervoor in 3.3 geciteerde rov. 2.3 en 2.4. De Hoge Raad zal de door Cordial c.s., respectievelijk MHS, daartegen gerichte klachten zoveel mogelijk tezamen behandelen, nu zij inhoudelijk grotendeels met elkaar overeenstemmen.
5.2.1. In zijn beschikking van 11 april 2014 («JOR» 2014/259, m.nt. Olden; *red.*), ECLI:NL:HR:2014:905, NJ 2014/296 (Slotervaartziekenhuis; hierna: de Slotervaartbeschikking), heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de strekking van het enquêterecht meebrengt dat een aandeelhouder of certificaathouder die als gevolg van een uitgifte van (certificaten van) aandelen niet langer voldoet aan de in art. 2:346 lid 1, aanhef en onder b, BW bedoelde kapitaalseis, bevoegd is tot het indienen van een verzoek om een enquête in te stellen, mits het verzoek (mede) betrekking heeft op een onderzoek naar die uitgifte en de verzoeker stelt dat er gegronde redenen bestaan om te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken bij die uitgifte. Het enquêterecht strekt immers mede ter bescherming van een minderheid van aandeelhouders of certificaathouders tegen (mogelijk) machtsmisbruik door de meerderheid.
5.2.2. De middelen bestrijden (terecht) niet dat de regel die in de Slotervaartbeschikking is geformuleerd, ook geldt voor het enquêterecht in Curaçao en de kapitaalseis van art. 2:272 lid 1, aanhef en onder c, BWC.
Anders dan in onderdeel 1 van Cordial c.s. en onderdeel 1 van MHS wordt betoogd, geldt die regel niet slechts indien het enquêteverzoek "binnen een redelijke termijn" of "met bekwame spoed" is ingediend. Een zodanige inperking past niet bij de (in de Slotervaartbeschikking omschreven) ratio van de regel. Daarbij verdient opmerking dat tijdsverloop wel een omstandigheid kan zijn waarmee rekening wordt gehouden bij de beoordeling van een beroep op rechtsverwerking (zie hiervoor in 4.2) of in het kader van een belangenafweging bij de beoordeling van de toewijsbaarheid van het enquêteverzoek (vgl. HR 20 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:AD2646, NJ 1997/188 (Wijsmuller)).
5.3.1. Onderdeel 2 van Cordial c.s. klaagt, evenals onderdeel 2 van MHS, dat het hof in rov 2.4 heeft

miskend dat Bab door het doen vastleggen in de notulen van de aandeelhoudersvergadering van haar bezwaren tegen de voorgenomen aandelenemissie, niet heeft voldaan aan de eis van art. 2:273 BWC dat zij haar bezwaren tevoren schriftelijk kenbaar heeft gemaakt aan het bestuur van de desbetreffende rechtspersoon, bij gebreke waarvan zij niet-ontvankelijk moet worden verklaard in haar enquêteverzoek.
5.3.2. Art. 2:273 BWC strekt ertoe (evenals in Nederland de vergelijkbare bepaling van art. 2:349 lid 1 BW) te waarborgen dat de rechtspersoon op de hoogte wordt gesteld van de bezwaren tegen het gevoerde beleid, zodat zij gelegenheid heeft die bezwaren te onderzoeken en naar aanleiding daarvan maatregelen te nemen; aldus wordt voorkomen dat zij rauwelijks in rechte wordt betrokken. Het hof heeft het voorgaande evenwel niet miskend, in aanmerking genomen dat de bezwaren van Bab op de aandeelhoudersvergadering zijn geuit en in de notulen daarvan zijn vastgelegd, en gelet op de tijd die sedertdien is verstreken totdat Bab het enquêteverzoek heeft ingediend. De onderdelen falen derhalve.
5.4.1. Volgens onderdeel 4 van Cordial c.s. en onderdeel 1 (onder ii achter b) van MHS heeft het hof miskend dat de bevoegdheid om vernietiging van de emissiebesluiten te vorderen, ingevolge art. 2:21 lid 4 BWC na zes maanden vervalt, en dat daarmee niet strookt dat Bab nog nadien een enquêteverzoek kan indienen waarmee (mede) vernietiging van die besluiten wordt beoogd.
5.4.2. Deze klacht faalt. De wettelijke regeling van vernietiging van besluiten in art. 2:21 BWC (in Nederland art. 2:15 BW) staat naast de mogelijkheid om in het kader van een enquêteprocedure besluiten van een rechtspersoon te schorsen of te vernietigen. De regelingen dienen elk een verschillend doel. In een enquêteprocedure zijn de gronden voor vernietiging van een besluit ook ruimer dan in art. 2:21 BWC (art. 2:15 BW). Gelet op een en ander geldt de vervaltermijn van zes maanden in art. 2:21 lid 4 BWC (en in Nederland de vervaltermijn van een jaar in art. 2:15 lid 5 BW) niet voor een verzoek in een enquêteprocedure dat mede strekt tot vernietiging van besluiten van een rechtspersoon – nog daargelaten dat het praktisch zeer bezwaarlijk kan zijn binnen die vervaltermijn zodanig verzoek te doen.
Anders dan MHS heeft betoogd, doet aan het voorgaande niet af dat de vervaltermijn reeds was verstreken toen het nieuwe enquêterecht in Curaçao op 1 januari 2012 van kracht werd.
5.5. De overige klachten van de middelen kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

6. Beslissing
De Hoge Raad:
in het principale beroep:
vernietigt de beschikking van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van 26 mei 2015;
wijst het geding terug naar dat hof ter verdere behandeling en beslissing;
veroordeelt Cordial c.s. en MHS in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*);
in de incidentele beroepen:
verwerpt het beroep;
veroordeelt Cordial c.s. en MHS in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

NOOT

1. In deze noot concentreer ik mij op de enquêtebevoegdheid van een aandeelhouder die niet langer aan de kapitaalseis van art. 2:346 BW voldoet. In de hierboven opgenomen beschikking gaat het om de ontvankelijkheid van voormalig aandeelhouders: de onteigende aandeelhouders van SNS Reaal. Zie punt 2 t/m 11. In de onder «JOR» 2017/2 gepubliceerde Curaçaose beschikking gaat het onder meer over de vraag of een aandeelhouder die niet langer voldoet aan de kapitaalseis zijn enquêteverzoek "binnen een redelijke termijn" of "met bekwame spoed" moet indienen. Zie punt 12.
2. In SNS Reaal zijn de verzoekers geen aandeelhouder meer door de onteigening van de aandelen op grond van de Interventiewet. Naar de letter van art. 2:346 BW komt aan voormalig aandeelhouders geen enquêtebevoegdheid toe. In haar beschikking van 8 juli 2015, «JOR» 2015/260, m.nt. Bulten, verleent de OK de onteigende aandeelhouders niettemin toegang tot het enquêterecht. In de hierboven opgenomen beschikking onderschrijft de Hoge Raad deze beslissing van de OK.
3. De OK oordeelde dat doel en strekking van het enquêterecht meebrengen dat aandeelhouders

die niet langer voldoen aan de kapitaalseis als gevolg van een gebeurtenis toch enquêtebevoegdheid toekomt, mits hun enquêteverzoek mede betrekking heeft op die gebeurtenis en zij stellen dat er gegronde redenen bestaan om te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken omtrent die gebeurtenis. De OK nam daarbij in aanmerking dat het enquêterecht mede strekt ter bescherming van aandeelhouders tegen onjuist beleid dat hun (rechts)positie zodanig ondermijnt dat een door hen ongewild verlies van hun aandeelhouderschap daarvan het gevolg is (zie r.o. 3.18 van de OK-beschikking). Deze overweging ontleende de OK aan de overweging ten overvloede van de Hoge Raad in de Slotervaartziekenhuis-beschikking (HR 11 april 2014, «JOR» 2014/259, m.nt. Olden, i.h.b. r.o. 5.3.2). In Slotervaartziekenhuis ging het om de enquêtebevoegdheid van een aandeelhouder wiens aandelenbelang als gevolg van een aandelenemissie verwaterde en onder de kapitaalseis zakte. De Hoge Raad overwoog dat de strekking van het enquêterecht meebrengt dat een aandeelhouder die door een aandelenemissie niet langer voldoet aan de kapitaalseis, enquêtebevoegd is indien het enquêteverzoek mede betrekking heeft op die uitgifte en de verzoeker stelt dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken bij die uitgifte. Het enquêterecht strekt volgens hem mede ter bescherming van een minderheid van aandeelhouders of certificaathouders tegen (mogelijk) machtsmisbruik door de meerderheid (r.o. 5.3.2). Al in de beschikkingen Leather Design en Amtrada wees de OK in vergelijkbare bewoordingen een enquêteverzoek toe, zie OK 27 april 2000, «JOR» 2000/125 (*Leather Design*) en OK 15 februari 2011, *ARO* 2011/36 (*Amtrada*). In een meer recente enquêteprocedure bij een coöperatie paste zij de regel uit Slotervaartziekenhuis analoog toe. De OK overwoog, onder verwijzing naar Slotervaartziekenhuis, dat de strekking van het enquêterecht meebrengt dat de beëindiging van het lidmaatschap van leden van een coöperatie niet in de weg staat aan de enquêtebevoegdheid van deze voormalige leden. Aan het enquêteverzoek van de voormalige leden lag namelijk (mede) de beëindiging van het lidmaatschap ten grondslag en die beëindiging maakte onderdeel uit van het gewraakte beleid. Zie OK 3 maart 2015, «JOR» 2015/230, m.nt. Bulten (*DA*), r.o. 3.5. Dezelfde analoge toepassing hanteerde de OK aan het einde van r.o. 3.18 in SNS Reaal.

4. In de hierboven opgenomen HR-beschikking gaat het in de kern genomen om twee vragen. Sluit de (strekking van de) Interventiewet het aannemen van enquêtebevoegdheid van de onteigende aandeelhouders uit? Indien dat het geval is, dan is de uitkomst van deze procedure immers direct duidelijk en komt er geen enquête. Sluit de Interventiewet die bevoegdheid niet uit, dan is de volgende vraag of het oordeel van de OK past in de zojuist besproken jurisprudentielijn.

Alle overige aspecten, zoals de specifieke negatieve gevolgen die een enquête meebrengt voor SNS Reaal en de Staat, het tijdsverloop tussen het verlies van het aandeelhouderschap en het indienen van het enquêteverzoek, alsook de vraag naar de reikwijdte van een eventueel te gelasten onderzoek horen thuis bij de belangenafweging ter beoordeling van de toewijsbaarheid van het enquêteverzoek. De Hoge Raad betrekt deze aspecten mijns inziens terecht niet bij de ontvankelijkheidsvraag (r.o. 3.7). De belangenafweging is hiermee dus eigenlijk ook veel gecompliceerder dan de bevoegdheidsvraag. Ik kom in punt 11 en 12 nog terug op de enquêtekosten en het tijdsverloop.

5. Ten aanzien van de eerste vraag oordeelt de Hoge Raad dat doel en strekking van de Interventiewet niet aan de enquêtebevoegdheid in de weg staan. Uit de wetsgeschiedenis blijkt niet dat de wetgever de onteigende aandeelhouders de enquêtebevoegdheid heeft willen onthouden. De Hoge Raad neemt daarbij in aanmerking dat andere enquêtegerechtigden – zoals vakbonden of de Staat als huidig aandeelhouder – hun enquêtebevoegdheid ook niet verliezen door een onteigening (r.o. 3.6, zie ook conclusie A-G Timmerman sub 4.7 t/m 4.11). Ofwel: onteigening op grond van de Interventiewet sluit in het algemeen de enquêtebevoegdheid niet uit. Dat de Interventiewet een schadeloosstellingsprocedure kent, staat volgens ons hoogste rechtscollege evenmin in de weg aan ontvankelijkheid, nu de hoogte van de schadeloosstelling negatief kan zijn beïnvloed door het beleid in de periode voorafgaand aan de onteigening (r.o. 3.5.6). De wettelijke regeling van het enquêterecht staat mijns inziens naast de mogelijkheid om in het kader van de onteigening een schadeloosstelling te ontvangen. Het enquêterecht en de schadeloos-

stellingsprocedure dienen elk een verschillend doel. Duidelijk is dat het enquêterecht niet ziet op het verkrijgen van schadevergoeding, zoals bij de schadeloosstellingsprocedure wel het geval is.
6. De tweede vraag is of de OK de regel uit Slotervaartziekenhuis terecht heeft toegepast op de onteigende aandeelhouders van SNS Reaal. De Hoge Raad vindt van wel, zie r.o. 3.5.4. Er zijn drie belangrijke verschillen.
7. Een eerste verschil is het totale verlies van het aandeelhouderschap in SNS Reaal, waar het in Slotervaartziekenhuis ging om een verwatering (van 100% naar 0,36%). Dit verschil staat volgens A-G Timmerman niet in de weg aan een analoge toepassing van de regel uit Slotervaartziekenhuis. De regel is zijns inziens niet slechts van toepassing indien nog een miniem aandelenbelang resteert. Het zou niet logisch zijn als die regel geen bescherming biedt aan een aandeelhouder die zijn belang geheel is kwijtgeraakt (concl. sub 4.24). Ook de Hoge Raad is van mening dat het geheel verloren gaan van de hoedanigheid van aandeelhouder niet in de weg staat aan de ontvankelijkheid (r.o. 3.5.4 slot). Ik zie ook niet in hoe men hier redelijkerwijs anders over kan denken. In de eerdergenoemde *DA*-beschikking staat de omstandigheid dat de verzoekers geen lid meer waren van de coöperatie immers ook niet in de weg aan ontvankelijkheid.
8. Een tweede verschil is dat er in SNS geen sprake is van gevaar voor machtsmisbruik door de meerderheid van de aandeelhouders waartegen de minderheid beschermd moet worden. Ook dit verschil staat volgens A-G Timmerman niet in de weg aan enquêtebevoegdheid. De regel van Slotervaartziekenhuis hoeft wat hem betreft niet beperkt te blijven tot gevallen van machtsmisbruik: het enquêterecht strekt ook ter bescherming van aandeelhouders tegen onjuist beleid van (het bestuur van) de vennootschap *in het algemeen* (concl. sub 4.25). Timmerman onderschrijft hiermee volgens mij de uitbreiding van de strekking van het enquêterecht door de OK. Zie punt 3, eerste alinea van deze noot. De Hoge Raad lijkt eveneens van mening te zijn dat het oordeel van de OK binnen de strekking valt. Uit r.o. 3.5.4 blijkt dat hij aanleiding ziet om *ook* voor het onderhavige geval te oordelen dat de strekking van het enquêterecht meebrengt dat de onteigenende aandeelhouders enquêtebevoegd zijn, omdat Slotervaartziekenhuis en SNS Reaal met elkaar gemeen hebben dat de omstandigheid dat niet meer wordt voldaan aan de kapitaalseis verband houdt met gebeurtenissen die de aandeelhouder niet heeft kunnen voorkomen. Dit alles betekent niet dat de deur van het enquêterecht zonder meer openstaat voor voormalig aandeelhouders. Ik meen dat de initiële oorzaak dat het aandeelhouderschap verloren is gegaan buiten de invloedssfeer van de verzoekende ex-aandeelhouder moet liggen (zo ook Bulten in haar noot onder de OK-beschikking). Er moet sprake zijn van "onvrijwilligheid" (zie concl. Timmerman sub 4.36). Daarnaast moet het enquêteverzoek (mede) betrekking hebben op het beleid en de gang van zaken die er (mede) toe hebben geleid dat het aandeelhouderschap verloren is gegaan. Een onvrijwillig verlies van het aandeelhouderschap komt immers niet zomaar uit de lucht vallen. Dit zal meestal een gevolg zijn van de problemen die spelen binnen de vennootschap. Op die kwesties dient het verzoek logischerwijs (mede) betrekking te hebben.
A-G Timmerman verdedigt dat een aandeelhouder die in een reactie op volgens hem misleidende informatie van de vennootschap zijn aandelen heeft verkocht niet-ontvankelijk is, hoe begrijpelijk zijn verkoopbeslissing ook moge zijn (concl. sub. 4.36). Ik meen dat de zaken in een dergelijke situatie genuanceerder liggen. De beslissing om een belang te verkopen of af te bouwen zal doorgaans zijn ingegeven door externe factoren. Het is aan de OK om te onderzoeken of die factoren voldoende extern ("onvrijwillig") zijn om enquêtebevoegdheid te rechtvaardigen. Vgl. HR 8 juli 2011, «JOR» 2011/286, m.nt. De Haan (*Emba*). Het lijkt A-G Timmerman voorts niet ondenkbaar dat een voormalig aandeelhouder die zijn belang heeft overgedragen, op grond van art. 2:336 BW ontvankelijk is in een enquêteprocedure (concl. sub 4.33 en 4.36). Ik vraag me af of dat juist is. Die overdracht is namelijk een gevolg van de eigen gedragingen van de aandeelhouder (zie art. 2:336 lid 1 BW). Het verlies van zijn aandeelhouderschap is in zoverre dus niet onvrijwillig, want het ligt binnen zijn eigen invloedssfeer.
9. Een derde verschil is dat het verlies van het aandeelhouderschap in SNS Reaal een gevolg is van een externe oorzaak. In Slotervaartziekenhuis is het niet meer voldoen aan de kapitaalseis een gevolg van (het besluit tot) de aandelenemissie. Dit laatste kan onderwerp zijn van het enquêteonderzoek. De onteigening op grond van de Interventiewet is een ingrijpen van buitenaf door

de Minister van Financiën. Ook dit verschil staat volgens A-G Timmerman niet in de weg aan een analoge toepassing van de regel uit Slotervaartziekenhuis. Hoewel de onteigening volgens hem vaststaat en deze derhalve geen onderwerp kan zijn van het onderzoek, meent hij dat de onteigende aandeelhouders er belang bij hebben dat het beleid en de gang van zaken voorafgaand aan de onteigening worden onderzocht (concl. sub 4.26).

De Hoge Raad ziet ook dat het verband tussen enerzijds het beleid en de gang van zaken in SNS Reaal en anderzijds het niet meer voldoen aan de kapitaalseis minder direct is dan in Slotervaartziekenhuis. In SNS Reaal is de directe oorzaak van het niet meer voldoen aan de kapitaalseis tenslotte niet gelegen in een handeling van de rechtspersoon, maar in de handeling van een derde (de onteigening door de Staat). Toch is men ontvankelijk, omdat de onteigening volgens de Hoge Raad *immers* een gevolg is van de positie waarin SNS Reaal op 1 februari 2013 verkeert, en die positie niet los kan worden gezien van het daaraan voorafgaande beleid van SNS Reaal. Daarom is voor ontvankelijkheid in SNS Reaal voldoende dat de verzoekers stellen dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken met betrekking tot de periode die aan de onteigening voorafgaat (r.o. 3.5.5).

10. Al met al kan ik mij goed vinden in het oordeel van de Hoge Raad. De casus van Slotervaartziekenhuis en SNS Reaal vertonen mijns inziens belangrijke overeenkomsten die een analoge toepassing van de Slotervaartziekenhuis-regel rechtvaardigen. In beide gevallen richten de verzoeken zich (mede) op het beleid en de gang van zaken die ertoe hebben geleid dat niet meer wordt voldaan aan de kapitaalseis, terwijl de directe oorzaak daarvan buiten de invloedssfeer van de verzoeker ligt. Het gaat in beide zaken om gebeurtenissen die de aandeelhouder niet heeft kunnen verhinderen, zie punt 8 van deze noot. Daar komt bij dat een eventuele enquête in SNS Reaal zal beantwoorden aan de klassieke doeleinden van het enquêterecht, zoals opening van zaken en vaststelling van de verantwoordelijkheid voor mogelijk wanbeleid. Zie HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466, m.nt. Maeijer (*Ogem*), r.o. 4.1.

11. Ik sta nog stil bij de overweging van de Hoge Raad waaruit blijkt dat de ontvankelijkheid van de onteigende aandeelhouders niet alleen steunt op een parallel met Slotervaartziekenhuis, maar ook op de gedachte dat in geval van een faillissement van SNS Reaal de aandeelhouders enquêtebevoegd waren gebleven. Ook dit rechtvaardigt volgens de Hoge Raad dat zij thans nog ontvankelijk zijn (r.o. 3.5.6). Hoewel ik mij kan vinden in deze vergelijking met aandeelhouders van een failliete vennootschap, plaats ik een enkele kanttekening.

Het is weliswaar zo dat een enquête mogelijk is bij een failliete vennootschap, maar de enquêtekosten zijn geen boedelkosten. Zie HR 24 juni 2005, «JOR» 2005/174, m.nt. Van Mierlo (*Decidewise*). Als de curator niet bereid is die kosten te betalen, is financiering door de verzoekende aandeelhouders het alternatief. In de hierboven opgenomen beschikking zal SNS Reaal, als er een enquête komt, de kosten dragen en kunnen dragen. Hier gaat de vergelijking met een failliete vennootschap dus mank. Ook A-G Timmerman meent dat er op dit punt sprake is van een zekere spanning (concl. sub 4.28-4.30). Nu de Hoge Raad de ontvankelijkheid van de onteigende aandeelhouders mede baseert op een vergelijking met aandeelhouders van een failliete vennootschap, vraag ik me af of de andere kant van de medaille (het zelf financieren van de enquêtekosten) niet ook moet meewegen. Dit aspect kan de OK betrekken in de te verrichten belangenafweging ter beoordeling van de toewijsbaarheid van het enquêteverzoek. Een mogelijke uitkomst van die afweging is dat de OK het enquêteverzoek toewijst onder de voorwaarde dat de onteigende aandeelhouders de enquêtekosten dragen. Zij zullen zich daartoe vrijwillig bereid moeten verklaren omdat art. 2:350 lid 3 BW niet voorziet in de mogelijkheid een ander dan de rechtspersoon in de kosten te veroordelen. De onteigende aandeelhouders kunnen die kosten later eventueel verhalen op degenen die verantwoordelijk zijn voor het wanbeleid (ervan uitgaande dat daarvan sprake is) met een beroep op een redelijke uitleg van art. 2:354 BW, zie HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2607 (*Meavita*), r.o. 3.5.2.

12. Tot slot nog iets over het tijdsverloop tussen het moment waarop niet meer wordt voldaan aan de kapitaalseis en het indienen van het enquêteverzoek. Tijdsverloop staat niet in de weg aan de toepassing van de regel uit Slotervaartziekenhuis, zo leert de onder «JOR» 2017/2 opgenomen Curaçaose beschikking. In die zaak verwa-

tert het belang van een aandeelhouder door aandelenemissies onder de kapitaalseis van art. 2:272 lid 1 sub c BWC (van 15% tot minder dan 0,01%). De aandeelhouder maakt enkel op de desbetreffende ava's in 2010 zijn bezwaren kenbaar tegen de emissiebesluiten. Bijna vijf jaar later verzoekt hij een enquête die mede betrekking heeft op het beleid en de gang van zaken rond die aandelenemissies.
Het Curaçaose enquêterecht is op 1 januari 2012 in werking getreden en sluit aan bij de Nederlandse regeling. Voor uitleg zoekt men aansluiting bij de Nederlandse literatuur en rechtspraak (zie A-G Timmerman in sub 3.4 van zijn conclusie bij deze beschikking). De Hoge Raad verwijst derhalve naar zijn regel uit Slotervaartziekenhuis en voegt daaraan toe dat die regel niet slechts geldt indien het enquêteverzoek "binnen een redelijke termijn" of "met bekwame spoed" is ingediend (zo ook A-G Timmerman in sub 4.10-4.11). Een zodanige inperking past niet bij de ratio van die regel, die strekt ter bescherming van een minderheid van aandeelhouders tegen (mogelijk) misbruik door de meerderheid (r.o. 5.2.1). Tijdsverloop kan wel een omstandigheid zijn waarmee rekening wordt gehouden bij de belangenafweging ter beoordeling van de toewijsbaarheid van het enquêteverzoek (r.o. 5.2.2).
In SNS Reaal komt dit tijdsverloop ook al op. De Hoge Raad wijst eveneens naar de belangenafweging, zie punt 4 van deze noot. Overigens laat het tijdsverloop in SNS Reaal zich volgens mij goed verklaren. Na het moment van de onteigening hebben de aandeelhouders op verschillende manieren geprobeerd een enquête te bewerkstelligen. Zij verzochten SNS Reaal om hen de enquêtebevoegdheid contractueel toe te kennen (www.veb.net, zoek op "05021"). Daarnaast verzochten zij de A-G een enquêteverzoek om redenen van openbaar belang in te dienen (zie r.o. 3.21 van de OK-beschikking). Tevens hebben zij de rechtmatigheid van het onteigeningsbesluit direct na de onteigening aangevochten bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van de State ("ABRvS"). Zie ABRvS 25 februari 2013, «JOR» 2013/140, m.nt. Ravels en Joosen (*VEB NCVB/Minister van Financiën*). Van een "stilzitten" is geenszins sprake. Vermoedelijk heeft ook meegespeeld dat de onteigende aandeelhouders hebben afgewacht of het onderzoek van de Evaluatiecommissie Nationalisatie SNS Reaal meer duidelijkheid over het beleid bij SNS Reaal zou verschaffen. Al met al lijkt mij niet dat er een grote rol voor het tijdsverloop bij SNS Reaal is weggelegd in de belangenafweging.
13. Wordt vervolgd in de tweede ronde: de materiële beoordeling van het enquêteverzoek.
De noot onder deze uitspraak heeft tevens betrekking op «JOR» 2017/1.

K. Spruitenburg
promovenda Van der Heijden Instituut, Radboud Universiteit Nijmegen

316

JOR 2017/316

Gemeenschappelijk Hof van Justitie
13 juni 2017, EJ 80219 - H273/16, EJ 80236 - H 276/16 en EJ 80219 - H 354/16,
ECLI:NL:OGHACMB:2017:38
(mr. Lewin, mr. Tijhuis, mr. Van Schilfgaarde)
Noot R.F. van den Heuvel en R.B. van Hees

Enquêteprocedure naar Curaçaos recht. Tweedefasebeschikking. Wanbeleid bij Curaçaose overheidsvennootschappen. Onder meer scheefgroei van taakverdeling tussen vennootschapsorganen en belangenverstrengeling bij aandelenoverdracht om niet. Verantwoordelijkheid berust bij onderscheiden vennootschapsorganen. Oordeel over individuele verantwoordelijkheid valt buiten doelstelling van enquêterecht. Hof is niet bevoegd te oordelen over persoonlijke aansprakelijkheid voor gevolgen van wanbeleid. Afwijzing verzochte voorzieningen. Vervolg op GHvJ 15 juli 2013, «JOR» 2013/270, m.nt. Van den Heuvel.

[BW CUR]

De RvC heeft het dagelijks bestuur van de vennootschap (Aqualectra) overgenomen en is op de stoel van de bestuurder gaan zitten. De wijziging van de samenstelling van de RvC en het ontslag van het bestuur bij Aqualectra kwalificeren als wanbeleid. Voor dit wanbeleid zijn de AvA en de RvC verantwoordelijk. Daarnaast geldt dat ook het bestuur er tot op zekere hoogte verantwoordelijk voor is dat het zich terzijde heeft laten stel-

len. Geen van de organen van een vennootschap mag een zo vergaande scheefgroei van de taakverdeling binnen een vennootschap als hier aan de orde laten gebeuren.
Zoals ook de onderzoeker in zijn verslag concludeert, is de overdracht om niet van de door Aqualectra gehouden aandelen in CUC Holdings NV (CUCH) aan RdK (Refineria di Korou NV) vanuit beginselen van verantwoord ondernemerschap volstrekt onverantwoord geweest. Het niet in acht nemen door Aqualectra van elementaire beginselen van zorgvuldigheid in het kader van de aandelenoverdracht moet haar des te zwaarder worden aangerekend nu in elk geval één van haar commissarissen daarbij ook een belang behartigde dat tegenstrijdig was aan het belang van Aqualectra.
Naar het oordeel van het Hof valt de overdracht om niet van de door Aqualectra gehouden aandelen en de wijze waarop dit heeft plaatsgevonden aan te merken als wanbeleid. Voor dit wanbeleid zijn de AvA, de RvC en het bestuur verantwoordelijk. Op dezelfde gronden levert de gang van zaken bij RdK wanbeleid op waarvoor zowel de RvC als het bestuur van RdK verantwoordelijk zijn.
Het Hof komt dan ook tot de slotsom dat bij zowel Aqualectra als RdK in de onderzochte periode sprake is geweest van wanbeleid. De gevraagde verklaring voor recht dat uit het verslag van het onderzoek van wanbeleid is gebleken, is derhalve toewijsbaar.
De verzoeken strekken er ook toe dat het Hof vaststelt bij wie de verantwoordelijkheid berust voor het gebleken wanbeleid. Bij die vaststelling is in de eerste plaats te denken aan de verantwoordelijkheid van de onderscheiden organen van de rechtspersoon. Juist is dat de beoordeling van de verantwoordelijkheid van een orgaan van de rechtspersoon niet altijd los kan worden gezien van de individuele verantwoordelijkheid van de personen die het orgaan uitmaken. Een enquête kan zich daarom ook uitstrekken tot een onderzoek naar het functioneren van de personen die de rechtspersoon doen optreden (HR 4 juni 1997, «JOR» 1997/82, m.nt. Van den Ingh (Text Lite)). In dit geval heeft de onderzoeker daar ook onderzoek naar gedaan, zoals blijkt uit zijn verslag. Het Hof ziet echter geen aanleiding voor het geven van een oordeel over de individuele verantwoordelijkheid van personen, nu daarmee in dit geval – gelet op de aard van hetgeen in dit onderzoek aan de orde was en de overige omstandigheden van het geval – geen van de doelstellingen van het enquêterecht wordt gediend. Tevens wijst het Hof erop dat het buiten de bevoegdheid van het Hof in een enquêteprocedure valt om te oordelen over de persoonlijke aansprakelijkheid van een natuurlijke persoon voor de gevolgen van het geconstateerde wanbeleid.
Verzoekers hebben verzocht voorzieningen te treffen, die er naar de kern genomen op neerkomen dat een (rechts)persoon wordt benoemd die de door Aqualectra ten gevolge van het wanbeleid geleden schade dient te inventariseren en op de daarvoor aansprakelijken dient te verhalen. Voor het treffen van deze voorzieningen bestaat geen grond.
Na ommekomst van de onderzochte periode is niet alleen een nieuw bestuur en een nieuwe RvC aangetreden, ook is er (vanwege diverse regeringswisselingen) herhaaldelijk sprake geweest van een andere vertegenwoordiger van de aandeelhouder. Uit niets is het Hof gebleken dat de vennootschap niet desgewenst kan trachten de gestelde schade te verhalen zonder dat daartoe voorzieningen als verzocht worden getroffen. Indien en voor zover de vennootschap daartoe niet bereid is, mede gelet op de daaraan verbonden nadelen en risico's, is dat een beleidsafweging die de vennootschap als autonome deelnemer aan het rechtsverkeer in vrijheid kan maken. De beslissing om daartoe niet over te gaan, behoeft niet in strijd met het belang van de vennootschap te zijn. Het Hof is niet gebleken van impasses bij het interne besluitvormingsproces van de vennootschap hierover. De verzochte voorzieningen dienen in elk geval niet het doel aan het wanbeleid een einde te maken. Voor zover zij het doel dienen de uit het wanbeleid voortvloeiende gevolgen ongedaan te maken, geldt dat zij een inmenging in de autonomie van de vennootschap zouden opleveren waarvan de noodzaak niet is gebleken. De verzochte voorzieningen worden derhalve afgewezen.

1. Openbaar Ministerie in Curaçao,
vertegenwoordigd door A-G Van der Schans,
2. Fundashon Akshon Sivil in Curaçao,
hierna te noemen: FAS,
vertegenwoordigd door R. Suriel en H. Pasman,
3. Integrated Utility Holding NV in Curaçao,
hierna te noemen: Aqualectra, en ook: IUH,
gemachtigde: mr. K. Frielink,
verzoekers,

tegen:
1. Integrated Utility Holding NV in Curaçao,
gemachtigde: mr. K. Frielink,
2. Curaçao Oil NV in Curaçao,
hierna te noemen: Curoil,
gemachtigde: mr. C. de Bres,
3. Refineria di Korsou NV in Curaçao,
hierna te noemen: RdK,
gemachtigde: mr. D.E. Liqui-Lung,
verweersters,
en tegen:
43 andere betrokkenen,
(gewezen) bestuurders/commissarissen van Aqualectra, Curoil of RdK,
belanghebbenden.

(...; *red.*)

2. De feiten
2.1. Het Hof neemt de in rov. 3.1-3.18 van zijn beschikking van 15 juli 2013 («JOR» 2013/270, m.nt. Van den Heuvel; *red.*) vastgestelde feiten hieronder gedeeltelijk over en vult deze als volgt aan op grond van het in zoverre niet bestreden onderzoeksverslag, en op grond van in zoverre niet betwiste stellingen en producties van partijen en belanghebbenden.
2.2. Aqualectra, Curoil en RdK zijn naamloze vennootschappen naar het recht van Curaçao.
2.3. Het Land Curaçao (hierna: het Land) is – sinds zijn ontstaan bij de staatkundige transitie van 10 oktober 2010 – enig aandeelhouder van Aqualectra, Curoil en RdK. Vóór 10 oktober 2010 was het Eilandgebied Curaçao dat. Gedurende zekere tijd heeft het Land de aandelen gehouden door tussenkomst van de stichting Stichting Implementatie Privatisering (hierna: StIP). In oktober 2011 heeft de regering van het Land modelstatuten voor overheidsvennootschappen vastgesteld.
2.4. Aqualectra is op 12 september 1997 opgericht. Zij exploiteert een openbaar nutsbedrijf en is verantwoordelijk voor de levering van water en elektriciteit aan de inwoners en bedrijven van Curaçao. Haar hoofdtaak is de levering van water en elektra zoveel mogelijk te garanderen.
2.5. Met ingang van 16 januari 2002 luidden de statuten van Aqualectra, voor zover van belang, als volgt:
"DOEL
ARTIKEL 2
De vennootschap heeft ten doel:
1. Het beleggen van haar middelen in effecten, zoals aandelen en andere bewijzen van deelgerechtigdheid in het algemeen en meer in het bijzonder in utiliteitsbedrijven die ten doel hebben het op bedrijfseconomische grondslag opwekken van electriciteit en produceren van water en de distributie daarvan met het doel deze aan derden te leveren.
2. Het besturen, beheren en administreren van andere ondernemingen, vennootschappen en rechtspersonen en het waarnemen van de belangen van aandeelhouders, obligatiehouders of andere schuldeisers in vennootschappen of groepen daarvan.
3. Het verrichten van al hetgeen met het vorenstaande in de ruimste zin verband houdt of daaraan bevorderlijk kan zijn, onder meer het stellen van zekerheid voor de schulden en andere verplichtingen van vennootschappen en ondernemingen waarmede de vennootschap samenwerkt of waarin zij een deelneming heeft.
(...)
BESTUUR
ARTIKEL 7
1. De vennootschap wordt bestuurd door een Directie, bestaande uit een of meer Directeuren, onder toezicht van een Raad van Commissarissen. Indien er meerdere Directeuren benoemd zijn zal de Raad van Commissarissen, na overleg met de Directeuren, een taakverdeling van de Directeuren vaststellen. Iedere Directeur of Plaatsvervangend Directeur dient zich te gedragen naar de door de Algemene Vergadering van Aandeelhouders te geven aanwijzingen betreffende de algemene richtlijnen van het te volgen financiële-, sociale- en economische beleid en van het personeelsbeleid. De Directie dient zorg te dragen en verantwoordelijk te zijn voor initiëring van het beleid van de vennootschap, met inachtneming van de gestelde randvoorwaarden. Het beleid wordt door de Algemene Vergadering van Aandeelhouders vastgesteld. Na vaststelling van dit beleid is het slechts de Directie van de vennootschap die verantwoordelijk is voor de bedrijfsvoering van de onderneming ter uitvoering van het vastgestelde beleid.
2. De Directie behoeft de goedkeuring van de Raad van Commissarissen voor:
(a) de jaarlijks door de Directie voor het volgende boekjaar vast te stellen exploitatie- en investeringsbegroting, (...);

(b) het verkrijgen, vervreemden, bezwaren, huren, verhuren, stichten of verbouwen van onroerende zaken, waarmede voor de vennootschap een financieel belang is gemoeid hoger dan het bedrag dat voor het betreffende boekjaar door de Raad van Commissarissen is vastgesteld (...);
(c) het verlenen en intrekken van procuratie en het vaststellen van de omvang van de daarbij te verlenen bevoegdheden, het aannemen van personeel met een salaris hoger dan het door de Raad van Commissarissen van tijd tot tijd vast te stellen bedrag – welk besluit bij het Handelsregister wordt gedeponeerd – alsmede het aantrekken van adviseurs/consultants voor een periode langer dan een jaar, waaronder begrepen het aantrekken van adviseurs/consultants voor kortere perioden, welke perioden tezamen een jaar overtreffen;
(d) het aangaan van geldleningen en credietovereenkomsten, ten laste van de vennootschap, waardoor de vennootschap bij de aangewezen bank debet komt te staan tot een bedrag, hoger dan dat door de Raad van Commissarissen is vastgesteld en aan die bank is medegedeeld en bij het Handelsregister is gedeponeerd;
(e) het ter leen verstrekken van gelden (...);
(f) het verlenen van persoonlijke en zakelijke zekerheidsrechten voor de schulden van anderen;
(g) het voeren van processen, met uitzondering van het nemen van die maatregelen, welke geen uitstel gedogen of van louter conservatoire aard zijn en voorts met uitzondering van het nemen van maatregelen tot inning van geldvorderingen;
(h) het aangaan van dadingen of het opdragen van beslissingen van enig geschil aan scheidslieden;
(i) het overdragen tot zekerheid of het bezwaren van activa van de vennootschap;
(j) het aangaan van overeenkomsten met een Directeur of een Commissaris;
(k) het aangaan van overeenkomsten, als bedoeld in artikel 60 van het Wetboek van Koophandel van de Nederlandse Antillen;
(i) het vestigen en opheffen van kantoren en filialen;
(m) het bepalen van bankrelaties van de vennootschap;
(n) het verkrijgen, vervreemden en bezwaren van aandelen in andere vennootschappen en andere ondernemingen, het medewerken tot oprichting van en het deelnemen of liquideren van zodanige deelneming(en), en het uitoefenen van het stemrecht op aandelen die de vennootschap in andere vennootschappen houdt;
(o) het aangaan van nieuwe activiteiten en het beëindigen of afstoten van bestaande activiteiten, voorzover van wezenlijk belang van de vennootschap;
(p) het aangaan van overeenkomsten – voorzover niet een onderdeel uitmakende van standaardcontracten – krachtens welke eventuele geschillen zullen worden onderworpen aan arbitrage of bindend advies;
(q) het beleggen van vermogen in risicodragend kapitaal boven een bedrag door de Raad van Commissarissen vastgesteld;
(r) het geven van goedkeuring door de vennootschap als aandeelhouder voor handelingen als bedoeld in artikel 7 lid 6 van de statuten van de op Curaçao gevestigde naamloze vennootschappen Kompania di Produkshon di Awa i Elektrisidat (KAE) N.V. en Kompania di Distribushon di Awa i Elektrisidat (KODELA) N.V.;
voor alle andere handelingen waarbij de vennootschap als aandeelhouder moet worden vertegenwoordigd is de goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders vereist.

RAAD VAN COMMISSARISSEN

ARTIKEL 8

1. De Raad van Commissarissen (de 'Raad') heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van de Directie en op de gang van zaken in de onderneming van de vennootschap. Hij staat de Directie met raad en daad ter zijde, alles onverminderd de krachtens de wet en deze statuten overigens aan de Raad opgedragen taak en toegekende bevoegdheden. Bij de uitoefening van zijn taken en bevoegdheden laat de Raad zich leiden door de belangen van de vennootschap en haar onderneming.

(...)

10. De Raad vergadert zo dikwijls hetzij de President hetzij de Vice-President hetzij twee Commissarissen dan wel ieder der Directeuren dit nodig acht, doch tenminste één keer per drie maanden.

(...)

De vergaderingen van de Raad worden schriftelijk opgeroepen door degene(n) die de vergadering nodig of wenselijk acht, met inachtneming van een oproepingstermijn van tenminste tien (10) dagen, de dag van de oproep en de dag van de vergadering niet meegerekend (een agenda voor de vergadering wordt meegezonden). Iedere ge-

rechtigde tot zulke oproeping kan afstand doen van zijn recht om tijdig opgeroepen te worden.
11. De Raad kan geen geldige handelingen verrichten tenzij een quorum van tenminste vier (4) Commissarissen, waarvan tenminste één B-Commissaris moet zijn (tenzij er geen B-Commissarissen (meer) zijn aangewezen), aanwezig is of wordt vertegenwoordigd ter vergadering. Onverminderd het voorgaande, indien in twee (2) opeenvolgende vergaderingen geen quorum aanwezig is alleen omdat geen B-Commissaris is verschenen terwijl de vergadering naar behoren is opgeroepen, kan de Raad geldige besluiten nemen, totdat een B-Commissaris nadien wel een vergadering bijwoont.
Ieder besluit van de Raad wordt genomen met volstrekte meerderheid van uitgebrachte stemmen.
12. Van het verhandelde ter vergadering van de Raad van Commissarissen worden notulen gehouden, tenzij daarvan een notarieel proces-verbaal wordt opgemaakt.
13. De notulen worden vastgesteld door de betreffende vergadering en ten blijke daarvan getekend door de President van de Raad.
14. Een schriftelijk besluit getekend door alle Commissarissen wordt in alle opzichten gelijk gesteld aan een besluit genomen op een rechtsgeldig bijeengeroepen vergadering van de Raad. Zodanig besluit kan ook bestaan uit verschillende kopieën die tezamen vormen het besluit getekend of goedgekeurd door alle Commissarissen mits alle Commissarissen alsdan in functie deze ondertekenen. (...)
15. De Raad van Commissarissen dient tenminste een (1) maand voor (...) aanvang van het nieuwe boekjaar de exploitatie- en investeringsbegroting goed te keuren."
2.6. De statuten van Aqualectra zijn op 18 december 2011 aangepast aan de modelstatuten voor overheidsvennootschappen. De aanpassingen luiden, voor zover van belang, als volgt:
"Doel
Artikel 2
(...) De vennootschap tracht haar doel onder meer te bereiken door:
(...) en overigens al hetgeen te doen dat dienstig kan zijn om het gestelde doel te bereiken, alles in de ruimste zin des woords en met inachtneming van het algemeen belang en een deugdelijke sociaal-economische ontwikkeling van Curaçao. (...)
Besluitvorming bestuur
Artikel 13 (...)
6. Aan de goedkeuring van de raad van commissarissen zijn voorts onderworpen besluiten van het bestuur omtrent: (...)
i. het aangaan van rechtshandelingen waarmee voor de vennootschap een belang is gemoeid van meer dan éénmiljoen (1000.000) eenheden van de officiële valuta van Curaçao;
(...).
Artikel 19 (...)
2. De algemene vergadering is bevoegd het bestuur aanwijzingen te geven betreffende de algemene lijnen van het te volgen financiële, sociale en economische beleid en van het personeelsbeleid."
2.7. Het bestuur van Aqualectra bestond in de periode van 1 juli 1999 tot en met 31 december 2008 uit drie personen, te weten [betrokkene 32], [betrokkene 33] en [betrokkene 9] (hierna: [betrokkene 9]). Per 1 januari 2009 is [betrokkene 10] tot het bestuur toegetreden als vierde bestuurslid, tevens voorzitter.
2.8. De RvC van Aqualectra bestond in de periode van 23 oktober 2003 tot 12 november 2010 uit S.F.C. [betrokkene 34] als president en de leden [betrokkene 24], [betrokkene 35], [betrokkene 19] en [betrokkene 36].
2.9. Vanaf 1915 heeft Shell een olieraffinaderij op Curaçao ontwikkeld en geëxploiteerd. In 1985 heeft Shell haar activiteiten op Curaçao beëindigd.
2.10. RdK is op 2 oktober 1985 opgericht door het Eilandgebied Curaçao. Zij is sedertdien eigenaar van de olieraffinaderij op Curaçao. RdK heeft de raffinaderij tot 2019 verhuurd aan Refineria ISLA Curaçao B.V. (hierna: ISLA), een dochteronderneming van de Venezolaanse staatsoliemaatschappij Petrólo de Venezuela S.A. (hierna: PDVSA). De huur bedraagt ongeveer USD 25 miljoen per jaar.
2.11. De statutaire doelstelling van RdK is de uitoefening van het petroleumbedrijf in zijn volle omvang, zoals nader omschreven in de statuten (zie rov. 2.13 hierna).
2.12. De statuten van RdK luiden per 3 november 1995, voor zover van belang, als volgt:
"BESTUUR EN TOEZICHT
Artikel 8
1. De vennootschap wordt bestuurd door een directie (...) onder toezicht van een Raad van Commissarissen (...).
(...)

6. Bij belet of ontstentenis van een of meer directeuren berust het gehele bestuur bij de overblijvende directeuren, bij belet of ontstentenis van alle directeuren wordt de vennootschap tijdelijk bestuurd door de Raad van Commissarissen. In het laatste geval zal de Raad van Commissarissen gehouden zijn zo spoedig mogelijk een algemene vergadering van aandeelhouders bijeen te roepen, teneinde definitief in het bestuur te voorzien. Zolang zulks niet is geschied zullen de bestuurshandelingen van de Raad van Commissarissen beperkt blijven tot de zodanige, welk geen uitstel kunnen lijden en zal de vennootschap tegenover derden in en buiten rechte worden vertegenwoordigd door een commissaris. (...)
Artikel 9
1. In afwijking van het bepaalde in artikel 8 is de machtiging vereist van de Raad van Commissarissen voor:
a. het verkrijgen, het vervreemden en bezwaren van aandelen in andere ondernemingen, benevens het medewerken tot oprichting van en het deelnemen in een andere onderneming, vennootschap of lichaam, en het beëindigen van een zodanige deelneming;
b. het aangaan van nieuwe activiteiten en het beeindigen of afstoten van bestaande activiteiten, voorzover van wezenlijk belang voor de vennootschap;
c. het verkrijgen of vervreemden van onroerende zaken, alsmede het verlenen van hypotheek op onroerende zaken;
d. het verrichten van rechtshandelingen waarvan het op geld waardeerbaar belang het bedrag van Eenhonderd duizend Gulden Nederlands Antilliaans Courant (NA*f* 100.000,--) te boven gaat, met uitzondering van zodanige rechtshandelingen, die onderdeel uitmaken van een tevoren goedgekeurd bestuursbesluit;
e. het verlenen van algemene procuratie;
f. het verbinden van de vennootschap voor schulden van derden door borgtocht of anderszins;
g. het overdragen tot zekerheid van activa van de vennootschap;
h. het aangaan van overeenkomsten, als bedoeld in artikel 60 van het Wetboek van Koophandel van de Nederlandse Antillen."
2.13. Per 8 mei 2012 heeft RdK haar statuten aangepast aan de modelstatuten voor overheidsvennootschappen. De aanpassingen luiden, voor zover van belang, als volgt:
"Artikel 2
1. De vennootschap heeft ten doel de uitoefening van het petroleumbedrijf in zijn volle omvang (...)
f. het verrichten van alle rechtshandelingen die bijdragen aan het bereiken van het doel;
en overigens al hetgeen te doen dat dienstig kan zijn om het gestelde doel te bereiken, alles in de ruimste zin des woords en met inachtneming van het algemeen belang en een deugdelijke sociaal-economische ontwikkeling van Curaçao.
(...)
Bestuur, Toezicht op bestuur
Artikel 12
(...)
4. (...) Bij ontstentenis of belet van alle bestuurders is de raad van commissarissen tijdelijk met het bestuur belast; de raad van commissarissen is alsdan bevoegd om een of meer tijdelijke bestuurders al dan niet uit zijn midden aan te wijzen die belast zal/zullen zijn met het bestuur van de vennootschap.
(...)
Artikel 25
1. Uitkering van winst ingevolge het in dit artikel bepaalde geschiedt na vaststelling van de jaarrekening waaruit blijkt dat zij geoorloofd is.
(...)
3. De vennootschap kan aan de aandeelhouders en andere gerechtigden uit de voor uitkering vatbare winst slechts uitkeringen doen voorzover het eigen vermogen na betaling van die uitkeringen groter is dan het bedrag van het nominaal kapitaal.
(...)
5. Het bestuur mag tussentijds slechts uitkeringen doen indien de raad van commissarissen zulks heeft goedgekeurd en aan het vereiste van lid 3 is voldaan."
2.14. Vanaf 16 september 2004 was [betrokkene 29] bestuurder van RdK. De RvC van RdK bestond vanaf 8 augustus 2007 uit [betrokkene 37], [betrokkene 19], [betrokkene 38] en [betrokkene 39].
2.15. Curoil is op 23 oktober 1985 opgericht door het Eilandgebied Curaçao. Zij heeft de distributie van producten van een dochtermaatschappij van Shell overgenomen.
2.16. De doelstelling van Curoil is de uitoefening van het petroleumbedrijf in volle omvang. Curoil koopt producten (waaronder benzine, diesel, stookolie, bitumen en gas) van PDVSA en levert die via diverse afzetkanalen aan de eindgebruikers op het eiland, waaronder Aqualectra. Curoil heeft

een exclusief recht op afname van producten van PDVSA. PVDSA mag uitsluitend aan Curoil aardolie(-producten) leveren ter distributie in (onder meer) Curaçao.
Curoil heeft haar statuten per 29 mei 2012 aangepast aan de modelstatuten voor overheidsvennootschappen.
2.17. Vanaf 3 juli 2007 was G.J. [betrokkene 19] (hierna: [betrokkene 19]) bestuurder van Curoil. Vanaf 14 augustus 2007 was [betrokkene 40] commissaris van de vennootschap.
2.18. De Built Own and Operate-centrale (hierna: de BOO-centrale) levert stoom, lucht en elektriciteit aan de olieraffinaderij. In 2003 werd de BOO-centrale operationeel. De BOO-centrale was in elk geval tot eind 2011 eigendom van Curaçao Utilities Company N.V. (hierna: CUC). Alle aandelen in CUC worden gehouden door CUC Holdings N.V. (hierna: CUCH).
2.19. CUCH is op 29 november 2000 opgericht. Het geplaatst aandelenkapitaal van CUCH bestond uit 6.000 gewone aandelen, verdeeld in 2.940 A-aandelen (elk met een nominale waarde van USD 1,-), 3.050 B-aandelen (eveneens elk met een nominale waarde van USD 1,-) en 1.000 preferente niet-stemgerechtigde C-aandelen (ook elk met een nominale waarde van USD 1,-). Aan de onderscheiden categorieën aandelen in CUCH zijn onderscheiden rechten verbonden.
2.20. Aqualectra hield de A-aandelen in CUCH. Deze aandelen vertegenwoordigen 49% van het zeggenschapsbelang in CUHC. De B-aandelen in CUCH vertegenwoordigen een zeggenschapsbelang van 51% en werden gehouden door Curaçao Energy Company Ltd (hierna: CEC), een dochtervennootschap van Mitsubishi Corporation en Maru Energy Curaçao Ltd. Aqualectra en CEC hebben op 29 november 2000 een aandeelhoudersovereenkomst (CUCH Shareholders' Agreement) gesloten, waarin afspraken tussen de aandeelhouders van CUCH zijn opgenomen, onder meer over de zeggenschapsverhouding. Een van deze afspraken hield in dat Aqualectra op 31 december 2015 de B-aandelen overgedragen krijgt. Hiertegenover staat de verplichting van Aqualectra om jaarlijks vanaf de zogenoemde Commercial Operation Date tot ultimo 2015 USD 400.000,- aan CEC te voldoen.
2.21. RdK heeft de C-aandelen in CUCH verkregen tegen een kapitaalstorting van USD 34.172.000,-. Deze storting is boekhoudkundig verwerkt als lening.
2.22. In 2010 is de BOO-centrale uitgevallen. Dit leidde tot langdurige stilstand van de raffinaderij op Curaçao.
2.23. Op 7 mei 2010 (productie 9 bij het verweerschrift van RdK) heeft een commissie, bestaande uit de technicus J. Hernandes, de accountant E.R. Statius van Eps en de jurist G.H.E. Camelia, met toestemming van Aqualectra en RdK, een rapport uitgebracht naar aanleiding van een quick scan bij CUC gedurende twee dagen, in verband met het slechte functioneren van de BOO-centrale (hierna: het Hernandez-rapport). Het rapport beveelt investeringen aan, wijziging van de onderhoudsfilosofie en op de middellange termijn een aandelenoverdracht, hetzij door verwerving van de aandelen "owned by CEC", hetzij door overdracht van alle aandelen aan een "government agent".
2.24. Op 14 mei 2010 heeft het bestuur van CUC in een rapport, getiteld "CUC Management Response to BOO year 2010 Committee Report" het rapport Hernandez-rapport bekritiseerd (zie voetnoot 35 op p. 88 van het onderzoeksverslag).
2.25. Op 26 mei 2010 heeft RdK een agiostorting in CUCH gedaan ten bedrage van NAf 12.460.000,-.
2.26. Op 1 juli 2010 is [betrokkene 11] als vijfde lid tot het bestuur van Aqualectra toegetreden in de functie van CFO.
2.27. Bij memo van 20 juli 2010 aan [betrokkene 11] heeft Deloitte Curaçao in haar hoedanigheid van externe accountant van CUCH en CUC zich onder meer uitgelaten over de vraag "whether an impairment loss should be recognised for [de BOO-centrale], in accordance with IRFS". Het antwoord van Deloitte Curaçao luidde dat de BOO-centrale niet behoefde te worden "impaired since its carrying amount does not exceed its recoverable amount."
2.28. Op 6 oktober 2010 hebben F. Nabben en F. Langen, verbonden aan het adviesbureau Jacobs Consultancy te Leiden, een rapport uitgebracht, getiteld "CUC Quick Scan" (productie 2 bij het verweerschrift van RdK, hierna: het rapport Jacobs). Het rapport vermeldt dat de capaciteit van de BOO-centrale dramatisch achteruit is gegaan door de uitval van bepaalde units, dat deze units niet zijn gerepareerd en dat essentiële preventieve onderhoudswerkzaamheden zijn uitgesteld. Dit heeft ertoe geleid dat de BOO-centrale in slechte staat van onderhoud is. Volgens het rapport zijn investeringen ten bedrage van USD 25 miljoen tot

USD 167 miljoen in nieuwe apparatuur voor de BOO-centrale onvermijdelijk.
2.29. Met het aantreden van een nieuwe regering (van een nieuw Land) is [betrokkene 31] per 10 oktober 2010 benoemd tot Minister van Algemene Zaken van Curaçao.
2.30. Per 24 november 2010 is de samenstelling van de RvC van Curoil gewijzigd. Deze bestond vanaf dat moment uit [betrokkene 13] en (vanaf respectievelijk 13 januari 2011 en 8 februari 2011) [betrokkene 14], [betrokkene 15], [betrokkene 16], [betrokkene 3] en [betrokkene 17]. Op 8 april 2011 is [betrokkene 8] tot de RvC toegetreden.
2.31. Op 12 november 2010 is [betrokkene 34] als president van de RvC van Aqualectra ontslagen en is [betrokkene 1] als president-commissaris van Aqualectra aangesteld. Op 23 november 2010 is [betrokkene 1] aangesteld als president-commissaris van RdK.
2.32. Op 23 november 2010 is [betrokkene 2] als commissaris van Aqualectra aangetreden. [betrokkene 36] is op 29 november 2010 als commissaris van deze vennootschap ontslagen.
2.33. [betrokkene 13] is op 24 november 2010 als president-commissaris van Curoil aangesteld. Op diezelfde datum is de toenmalige commissaris van de vennootschap, [betrokkene 40], als zodanig ontslagen.
2.34. Bij brief van 30 november 2010 aan Aqualectra (productie 12 bij verweerschrift van RdK) heeft [betrokkene 29] als managing director van RdK afwijzend gereageerd op een kennelijk eerder door Aqualectra geuite wens om de door Aqualectra gehouden aandelen in CUCH over te dragen aan RdK. In de brief van [betrokkene 29] wordt onder meer melding gemaakt van een hoge mate van onzekerheid over de onderhoudstoestand van de BOO-centrale en de afwezigheid van een redelijke mate van zekerheid dat RdK financieel in staat zal zijn het onderhoud en het beheer van de BOO-centrale over te nemen.
2.35. Bij brief van 9 december 2010 heeft StIP, de toenmalige aandeelhouder van Aqualectra, het bestuur van Aqualectra verzocht "in het kader van het bij IUH te voeren algemene beleid inzake de BOO-centrale, met de RdK overeenstemming te bereiken over een oplossing voor de problematiek rond de BOO-centrale".
2.36. Per 14 december 2010 is [betrokkene 19] als commissaris van RdK ontslagen en zijn [betrokkene 15] en [betrokkene 23] tot de RvC van deze vennootschap toegetreden.
2.37. Bij brief van 16 december 2010 heeft het bestuur van Aqualectra naar aanleiding van de brief van StIP van 9 december 2010 onder meer als volgt aan StIP bericht:
"Uw bestuur heeft aan Aqualectra verzocht om met RdK een overeenstemming te bereiken over een oplossing voor de problematiek rond de BOO-centrale. U hebt hierbij aangegeven dat deze oplossing kan bestaan uit:
(i) Het aangaan van het protocol
(ii) Het overdragen van alle aandelen (...) in CUCH aan RdK.
Met betrekking tot punt (i) informeert de Directie aan Uw Bestuur, dat op basis van (...) eerder genoemde punten de Directie deze verantwoordelijkheid niet kan dragen, derhalve niet kan overgaan tot ondertekening van het draft protocol. (...)
Met betrekking tot punt (ii) bevestigt de Directie aan Uw Bestuur dat Aqualectra geen enkel bezwaar heeft om de overdracht van de A-aandelen aan RdK te realiseren. Aqualectra zal hierover ook op zeer korte termijn met RdK in overleg treden."
2.38. Bij brief van 20 december 2010 heeft [betrokkene 10] namens Aqualectra als volgt aan RdK bericht:
"Waarde van de aandelen:
Het gaat om een bezit van 100% van de klasse 'A' aandelen in CUCH met een nominale waarde ad USD 19.6 miljoen (ANG 35.3 miljoen). Het totaal van de klasse 'A' aandelen vertegenwoordigt 49% van de totaal gewone aandelen in CUCH. Door de behaalde resultaten vanaf 2003 tot en met 2009 is de totale waarde van deze deelname gegroeid tot en met ANG 65.6 miljoen aan het einde van 2009. De verwachting is dat deze participatie minder zal uitvallen aan het einde van 2010, in verband met het verwachte verlies van CUCH gedurende 2010. In verband met de financiering van de additionele sponsorsverplichtingen, heeft Aqualectra in de vorm van 'letters of credit' tevens beschikbaar gesteld aan CUCH ad ANG 1.8 miljoen (...). De totale waarde van het pakket klasse 'A' aandelen bedraagt derhalve aan het einde van het jaar 2009 ANG 67.4 miljoen.
Een overdracht van deze aandelen aan RdK eventueel 'om niet' in 2009, zal betekenen dat Aqualectra het laatst aangegeven bedrag ineens als verlies moet opnemen in de jaarverslaglegging van de vennootschap. Een dergelijk verlies zal direct een negatieve invloed hebben op de financiële weerbaarheid en solvabiliteitspositie van de onder-

neming. Vanwege boven aangegeven reden is het belangrijk voor Aqualectra om met RdK overeen te komen over de overdrachtsprijs van deze klasse 'A' aandelen."
2.39. Per 31 december 2010 zijn [betrokkene 33] en [betrokkene 32] als bestuurder van Aqualectra ontslagen.
2.40. In de concept-jaarrekening 2010 van Aqualectra staan de door haar gehouden aandelen in het kapitaal van CUCH opgenomen met een boekwaarde van NAf 62.068.000,-.
2.41. Op 5 januari 2011 heeft de RvC van Aqualectra goedkeuring verleend aan de overdracht van de door Aqualectra gehouden aandelen in CUCH aan RdK. Het besluit van de RvC is ondertekend door [betrokkene 1] en [betrokkene 2].
2.42. In een brief van 7 januari 2011 van mr. M. Hammoud van het advocatenkantoor Van Eps Kunneman Van Doorne aan [betrokkene 10] is onder meer opgenomen:
"De (enige) twee leden die thans deel uitmaken van de Raad hebben op 5 januari 2011 toestemming verleend aan de Directie van IUH om de aandelen die IUH houdt in CUCH over te dragen aan RdK. U heeft ons verzocht te adviseren of het besluit van de raad geldig is.
(...) In casu is een van de leden van de Raad die het besluit heeft genomen, te weten [betrokkene 1], tevens commissaris bij RdK aan wie de aandelen van IUH in CUCH mogelijkerwijs zullen worden overgedragen op welke transactie het besluit in kwestie ziet. [betrokkene 1] had dan ook niet mogen deelnemen aan de besluitvorming, Daardoor blijft in feite maar 1 commissaris over, zijnde [betrokkene 2]. (...)
Advies
Ons inziens had [betrokkene 1] niet mogen meestemmen op grond van de Code, de wet en het Reglement. Bovendien wordt, ook indien de stem van [betrokkene 1] toch zou worden meegeteld, niet aan het quorumvereiste voldaan dat geldt op grond van de statuten."
2.43. Bij brief van 12 januari 2011 heeft Aqualectra als volgt aan [betrokkene 31] bericht:
"Om tot een gerichte oplossing te komen voor de ontstane problemen van de BOO, heeft u aan de Directie van Aqualectra de medewerking gevraagd om op korte termijn de 'A' aandelen om 'niet' over te dragen aan RdK. (...) Tijdens dit overleg heeft de Directie van Aqualectra U geïnformeerd en bevestigd dat Aqualectra te allen tijde met de overheid zal meewerken om deze overdracht zo spoedig mogelijk gerealiseerd te krijgen, echter dat Aqualectra aandacht vraagt aan de Overheid en aan RdK om in dit verband rekening te houden met de negatieve financiële gevolgen voor Aqualectra, indien een dergelijke overdracht zonder een of andere compensatie voor Aqualectra zal plaatsvinden. (...) Het zonder meer afboeken van ongeveer ANG 60 miljoen in de boeken van Aqualectra, vermindert de solvabiliteit en de financiële weerbaarheid van de vennootschap, waarvoor de Directie van Aqualectra, de vennootschap altijd heeft behoed. (...)
De Directie van Aqualectra geeft u hierbij in overweging om deze overdracht van aandelen via een AvA of een besluit buiten de AvA te realiseren."
2.44. Op 13 januari 2011 zijn [betrokkene 24], [betrokkene 35] en [betrokkene 19] als commissaris van Aqualectra ontslagen. De RvC bestond vanaf dat moment nog slechts uit [betrokkene 1] en [betrokkene 2].
2.45. Op eveneens 13 januari 2011 zijn [betrokkene 14] en [betrokkene 15] aangesteld als commissaris van Curoil. [betrokkene 38], [betrokkene 37] en [betrokkene 39] zijn op die datum als commissaris van RdK ontslagen.
2.46. Bij brief van 14 januari 2011 heeft [betrokkene 31] als volgt aan Aqualectra bericht:
"Uw reactie lijkt een hernieuwde poging de overdracht van de A-aandelen te belemmeren. U doet dat door ten onrechte voorwaarden te stellen, welke bovendien niets te maken hebben met de thans spelende problematiek. (...) U weet, althans behoort te weten, dat de door u aan de overdracht van de A-aandelen gestelde voorwaarden ten onrechte worden gesteld en dat aan die voorwaarden niet zal worden voldaan. Kennelijk streeft u er dus naar de overdracht van de A-aandelen te frustreren. Uw houding komt er dus op neer dat u weigert de (economisch waardeloze) A-aandelen aan RdK over te dragen tenzij aan Aqualectra op ongerechtvaardigde grondslag tientallen miljoenen dollars aan goederen of andere voordelen worden toebedeeld door RdK of het land Curaçao. Dat u daarmee het voortbestaan van de BOO-centrale nog verder in gevaar brengt dan u al heeft gedaan, schijnt aan u voorbij te gaan. Deze houding wordt door ons niet geaccepteerd. (...) Dit noodzaakt ons te overwegen tot het instellen van een diepgaand onderzoek bij Aqualectra met betrekking tot het inzake de BOO-centrale door uw directie tot nu toe gevoerde beleid. Teneinde dat onderzoek uit te voeren zal het dienstig kunnen zijn dat

een of meer leden van uw directie gedurende de loop van dat onderzoek niet dan op ons verzoek bij Aqualectra haar kantoren en lokaliteiten zullen verschijnen."
2.47. Aqualectra heeft bij brief van 17 januari 2011 aan de Raad van Ministers, ter attentie van [betrokkene 31] in zijn hoedanigheid van Minister-President, onder meer als volgt bericht:
"De Directie van Aqualectra heeft door tussenkomst van de President Commissaris, [betrokkene 1] op zaterdag 15 januari 2001 een brief van U van 14 januari 2011 in goede orde ontvangen. De Directie van Aqualectra heeft met stijgende verbazing kennis genomen van de inhoud van deze brief. (...)
Middels deze brief herbevestigt de Directie van Aqualectra wederom haar medewerking aan de Regering als aandeelhouder van Aqualectra om de 'A' aandelen in CUCH over te dragen aan RdK. Deze medewerking is ingegeven door het feit dat de Directie met U en RdK van mening is dat het ten behoeve van de voortgang van de BOO-centrale, effectiever zal zijn om via een rechtspersoon beleid te formuleren en uit te voeren. (...)
Financiële impact van de overdracht van de 'A' aandelen op Aqualectra:
De Directie van Aqualectra vertrouwt erop dat in haar brief van 12 januari 2011 aan U, voldoende uit de doeken is gedaan wat de nadelige financiële gevolgen voor Aqualectra zullen zijn bij een dergelijke transactie."
2.48. Bij brief van 18 januari 2011 heeft [betrokkene 31] als volgt aan Aqualectra bericht:
"Gelieve goede nota van het volgende te nemen:
Medewerking overdracht van de 'A' aandelen in CUCH aan RdK
U herbevestigt mee te zullen werken aan de overdracht. Gelet op de urgentie van de zaak nodigen wij u uit deze overdracht uiterlijk op woensdag 19 januari 2011 te 16:00 uur te hebben afgerond. (...)
Wij zullen de raad van commissarissen van Aqualectra verzoeken de toestemming nodig voor die overdracht te herbevestigen. Voor de duidelijkheid wijzen wij erop in dit stadium geen aanleiding te zien u bij aandeelhoudersbesluit die overdracht op te dragen. Daargelaten de vraag of de aandeelhouder van Aqualectra onder de huidige statuten van Aqualectra een dergelijke opdracht kan geven, uit onze correspondentie blijkt inmiddels zonneklaar dat de aandeelhouder wenst dat die overdracht plaatsvindt. Ook uw standpunt over de consequenties van die overdracht voor Aqualectra is duidelijk. (...)
Financiële impact van de overdracht van de 'A' aandelen op Aqualectra
Wij brengen u in herinnering dat de huidige situatie, inclusief de bestaande negatieve waarde van de 'A' aandelen, door deze regering is aangetroffen. Deze situatie is ontstaan door beslissingen, handelingen en nalaten van huidige of voormalige leden van uw directie, die van de raad van commissarissen en de aandeelhouder van Aqualectra, alsmede die van de overige bij de BOO-centrale betrokken personen en entiteiten.
Weliswaar acht deze regering het nodig een oplossing aan te dragen, doch dat betekent nog geen aanvaarding van uw stelling dat de overdracht van de 'A' aandelen nadelige financiële gevolgen heeft voor Aqualectra.
De nadelige financiële gevolgen voor Aqualectra zijn ontstaan doordat er niet of onvoldoende in onderhoud en reparatie van de BOO-centrale is geïnvesteerd, en het management daarvan heeft gefaald."
2.49. Op 19 januari 2011 heeft Aqualectra de door haar gehouden aandelen in CUCH "ten titel van reorganisatie" aan RdK overgedragen tegen betaling van NAf 1,-. De overdrachtsakte is door [betrokkene 1] als president-commissaris van RdK ondertekend en door [betrokkene 10] als bestuurder van Aqualectra.
2.50. De werkzaamheden van [betrokkene 29] als bestuurder van RdK zijn per 21 januari 2011 beëindigd. Per 24 januari 2011 is [betrokkene 14] als bestuurder van deze vennootschap aangesteld.
2.51. Bij Landsbesluit van 1 februari 2011 heeft de Raad van Ministers [betrokkene 31] als Minister van Algemene Zaken gemachtigd met ingang van 1 februari 2011 het Land als aandeelhouder van (onder meer) Aqualectra, RdK en Curoil te vertegenwoordigen en daarbij het stemrecht uit te oefenen overeenkomstig de besluiten van de Raad van Ministers.
2.52. Op 8 februari 2011 zijn [betrokkene 16], [betrokkene 3] en [betrokkene 17] aangesteld als lid van de RvC van Curoil.
2.53. Op 11 februari 2011 zijn naast [betrokkene 1] en [betrokkene 2] [betrokkene 3] en [betrokkene 7] aangesteld als commissaris van Aqualectra.
2.54. Per 22 februari 2011 is [betrokkene 24] aangesteld als commissaris van RdK.
2.55. Per 1 april 2011 is [betrokkene 12] aangesteld als bestuurder (COO) van Aqualectra. Vanaf

dat moment bestond het bestuur uit [betrokkene 10] als voorzitter, [betrokkene 9], [betrokkene 11] en [betrokkene 12]. Op 6 april 2011 zijn naast [betrokkene 1], [betrokkene 2], [betrokkene 3] en [betrokkene 7], die reeds commissaris van Aqualectra waren, [betrokkene 8] en [betrokkene 4] als commissaris aangesteld.
2.56. Op 8 april 2011 is [betrokkene 8] aangesteld als commissaris van Curoil. Op eveneens 8 april 2011 is [betrokkene 20] benoemd tot commissaris van RdK.
2.57. Vanaf 13 april 2011 zijn [betrokkene 13] en [betrokkene 14] belast met de dagelijkse leiding van Curoil.
2.58. Bij besluit van 15 april 2011 (productie 15 bij de brief van [betrokkene 1] c.s. van 7 maart 2017) heeft de RvC van Aqualectra als volgt besloten:
"1. Het bestuur van IUH wordt opgedragen alle noodzakelijke stappen en andere acties te ondernemen opdat de in de considerans genoemde efficiëntiemaatregelen en kostenbesparingen worden genomen en gerealiseerd, binnen een zo kort mogelijk tijdsbestek.
2. Het bestuur rapporteert wekelijks doorlopend (...) aan alle leden van de RvC aan te wijzen andere leden welke stappen zijn genomen ter uitvoering van punt 1 van dit besluit."
2.59. Op 18 april 2011 is [betrokkene 3] aangesteld als zesde commissaris bij RdK.
2.60. Op 19 april 2011 is de RvC van Aqualectra een overeenkomst aangegaan met FTI Consultancy Inc. (hierna: FTI). In een brief van FTI van 19 april 2011 aan Aqualectra, ter attentie van [betrokkene 1], is onder meer opgenomen:
"We propose assisting the CLIENT in two distinct phases described below:
Phase 1 Scope – Forensic Analysis, Reporting and Recommendations and Corrective Actions (...)
Phase 2 Scope
At the conclusion of our Phase 1 work, we will meet with you to review our findings, and outline detailed steps for Phase 2. Phase 2 will consist of an analysis including at a minimum the following steps:
(...)
For Phase 1, based on our experience with prior cases we estimate that our fees for this Phase 1 will be in the order of $ 168,000.00. Please refer to Attachments for the basis of Estimate for Phase 1 services."
2.61. Bij besluit van de RvC van Aqualectra van 20 april 2011 is het volgende overwogen:
"– dat de aandeelhouder van IUH bij besluit van 11 april 2011 heeft besloten dat de RvC ter zake het in dat besluit gestelde zich kan doen bijstaan door deskundigen o.m. voor het verrichten van onderzoeken en uitbrengen van adviezen aan de RvC en dat het bestuur gehouden is alle medewerking te verlenen aan het door en ten behoeve van de RvC inschakelen van deskundigen, waartoe tevens door IUH geldelijke middelen worden verstrekt.
– dat de president-commissaris van IUH daartoe inmiddels een contract d.d. 19 april 2011 heeft gesloten met FTI Consulting, die de daarin bedoelde deskundigen zal leveren voor de onderzoeken en adviezen als daarin beschreven.
Het volgende wordt besloten:
1. Het bestuur van IUH wordt opgedragen het contract d.d. 19 april 2011 met FTI Consulting, als hieraan gehecht, namens IUH in materieel ongewijzigde vorm te bekrachtigen en te zien op uitvoering daarvan door IUH, met name de betaling van de daarin genoemde vergoedingen en kosten (...).
2. Het bestuur van IUH wordt voorts opgedragen FTI Consulting en de aan haar verbonden deskundigen onmiddellijke en volledige toegang te verschaffen tot alle documenten, installaties, kantoren en computersystemen van IUH, zodat zij de gegeven opdracht kunnen uitvoeren, waartoe de RvC aan FTI Consulting en bedoelde deskundigen hierbij zonodig machtiging verleent; en
3. Het bestuur wordt opgedragen met FTI Consulting en bedoelde deskundigen werkafspraken te maken ter zake het tijdstip en de wijze waarop het bestuur commentaar zal geven op de bevindingen en (concept) conclusies van FTI Consulting en bedoelde deskundigen. (...)"
2.62. Bij brief van 21 april 2011 van de RvC van Aqualectra (productie 17 bij de brief van [betrokkene 1] c.s. van 7 maart 2017) heeft [betrokkene 1] als volgt aan [betrokkene 10] als bestuurder van Aqualectra bericht:
"In deze brief zal de raad van commissarissen van Aqualectra (de 'RvC') ingaan op uw brief van 13 april 2011 en andere uitlatingen van u in verband met de elektra tariefverlaging van ANG 0,05 per KWh ingaande 11 april 2011, (...). Ook wordt aangegeven welke disciplinaire maatregel tegen u getroffen wordt. (...) De rode draad van uw handelen is dat u standpunten inneemt op basis van onjuiste feiten en argumenten. (...) Daarmee bereikt u bovendien een resultaat voor Aqualectra dat con-

trair is aan hetgeen u zegt na te streven, met name omdat u de geloofwaardigheid van Aqualectra ondermijnt. De RvC is niet bereid dergelijk handelen verder te dulden. (...)
De RvC heeft de kwestie 'obligatielening' inmiddels als apart onderwerp in behandeling. In dat kader is u reeds medegedeeld door de president-commissaris dat u zich niet dan na overleg en met goedkeuring van de RvC ter zake met de Centrale Bank mag verstaan. (...)
Procedure tegen de overheid (toestemmingsvereiste RvC)
De RvC acht het niet dienstig aan het belang van Aqualectra dat Aqualectra (weer) tegen de overheid c.q. de regulator gaat procederen. Aqualectra zal die maatregelen moeten nemen die het mogelijk maken dat de vastgestelde tarieven afdoende zijn ter dekking van de kosten. Dat met bekwame spoed daartoe de nodige efficiëntiemaatregelen moeten worden genomen is u naar wij aannemen inmiddels duidelijk. (...)
Indien en voor zover bij u toch het voornemen bestaat met een beroep op het niet verder dulden van uitstel opstarten van een procedure tegen de overheid c.q. de regulator, dan raden wij u dat ten sterkste af. Niet alleen is er gezien het voorgaande van een zodanige spoedeisendheid geen sprake, bovendien is de betreffende statutaire bepaling niet in die zin uit te leggen dat u daartoe gegeven de omstandigheden bevoegd zou zijn. Indien u hieraan voorbij gaat kunt u een nadere disciplinaire maatregel tegemoet zien.
(...)
Tegen u te treffen maatregel
(...) de RvC meent dat [uw] handelen de maatregel van ontslag of schorsing uit uw positie als bestuurder van Aqualectra rechtvaardigt. De RvC is thans evenwel niet uit op dergelijke maatregelen tegen u te nemen of voor te stellen aan de aandeelhouder. (...) wordt de tegen u te nemen maatregel thans beperkt tot een schriftelijke ernstige waarschuwing."
2.63. Op 11 mei 2011 is [betrokkene 7] ontslagen als commissaris van Aqualectra. Vervolgens is [betrokkene 5] op 18 mei 2011 als commissaris van Aqualectra aangesteld.
2.64. In 2011 heeft [betrokkene 10] namens Aqualectra KPMG Corporate Finance verzocht de financiële consequenties voor Aqualectra in kaart te brengen van de overdracht van haar aandelen in CUCH aan RdK. In een rapport van 23 mei 2011 heeft KPMG Corporate Finance in de persoon van Henk de Zeeuw onder meer als volgt bericht:
"Based on the calculations we can conclude that the Estimated Value is higher than the book value of [de BOO-centrale] before the transfer to RdK. This indicates that, based on the applicable IFRS, there is no need for an impairment before the date of transfer."
Voorts vermeldt het rapport onder meer dat Aqualectra geen compensatie ontvangt voor de overdracht van de aandelen en dat geen aandacht is geschonken aan het effect van die overdracht op de verschillende andere zakelijke relaties tussen Aqualectra en CUCH, noch aan andere gerelateerde transacties. De "carrying book value" van de BOO-centrale vóór de overdracht van de aandelen is volgens het rapport NAf 62,1 miljoen, terwijl de impact van de overdracht zonder compensatie waarschijnlijk leidt tot een afschrijving tot datzelfde bedrag, terwijl volgens het rapport de waarde van het 49%-pakket en de preferente aandelen zonder stemrecht in de toekomst naar verwachting de boekwaarde zal overstijgen. Het rapport vermeldt dat de gevolgen van de transactie voor de door Aqualectra afgegeven garanties voor financieringen en de dekkingsgarantie voor 49% van de aan ISLA toekomende "liquidated damages" ingeval CUC niet aan haar leveringsverplichtingen voldoet, onbekend waren en dat Aqualectra ingevolge de aandeelhoudersovereenkomst tussen Aqualectra en CEC van 29 november 2000 op 31 december 2015 de door CEC gehouden B-aandelen in CUCH overgedragen krijgt en dat niet duidelijk is of de overdrachtstransactie van 19 januari 2011 van invloed is op dit zogenoemde Purchase Right.
2.65. Aqualectra, vertegenwoordigd door haar bestuurders [betrokkene 10], [betrokkene 9], [betrokkene 11] en [betrokkene 12], heeft bij brief van 8 juni 2011 als volgt aan haar RvC bericht:
"De RvC geeft in de waarschuwingsbrief van 21 april 2011 aan dat het niet dienstig is aan het belang van de vennootschap indien Aqualectra (weer) zal gaan procederen tegen de overheid of tegen de regulator. (...) De Directie verwijst wederom naar de diverse uitnodigingen van de Directie aan de RvC om informatie te geven en om van de RvC te vernemen over het door ons voorgestane beleid. De Directie heeft telkens haar bereidwilligheid en inzet aangetoond om tot een 'alignement' van beleid te komen. De Directie is op grond van de statuten bevoegd om een juridi-

sche procedure te entameren indien er sprake is van spoedeisendheid. Door op voorhand te dreigen met een disciplinaire maatregel wilt u de Directie monddood maken en beperken in zijn statutaire bevoegdheden.
[Wij] merken op dat de Directie in een onmogelijke situatie wordt gebracht door het feit dat de RvC enerzijds nadere disciplinaire maatregelen tegen de heer [betrokkene 10] (of tegen de Directie) wil nemen, indien wij een rechtszaak aanhangig willen maken tegen de Minister-president, die de aandeelhouder van Aqualectra vertegenwoordigt [en die] het aanhangig maken van [een] rechtszaak juist als de enige correcte procedure beschouwt."
2.66. Op 9 juni 2011 is [betrokkene 3] als commissaris van RdK ontslagen.
2.67. Bij besluit van 11 juli 2011 heeft de RvC van Aqualectra het volgende besloten:
"Het bestuur van IUH wordt verzocht en voor zover nodig opgedragen voor een periode van 6 maanden, ingaande maandag 11 juli 2011, alle voor of namens IUH, of enige van haar dochterbedrijven te verrichten betalingen of aankopen (Purchase Orders) voor een bedrag van NAf 50,= of meer, vooraf schriftelijk te laten goedkeuren door een lid van de Raad van Commissarissen."
Het besluit is ondertekend door alle commissarissen en heeft betrekking op alle vier in functie zijnde bestuursleden.
2.68. [betrokkene 19] is per 12 juli 2011 als bestuurder van Curoil ontslagen. [betrokkene 13] en [betrokkene 14] bleven belast met de dagelijkse leiding van deze vennootschap (zie p. 258 van het onderzoeksverslag).
2.69. [betrokkene 10] heeft bij brief van 18 juli 2011 namens Aqualectra als volgt aan de RvC van Aqualectra bericht:
"De oorzaak van de ontstane situatie rondom de liquiditeitspositie van de vennootschap is volledig in de brandstofprijzensfeer, derhalve zullen de correctieve maatregelen ook op dat vlak dienen plaats te vinden. Gelet op het vorenstaande verzoekt de Directie de RvC om het daarheen te leiden opdat dit verzoek voor tariefsaanpassing door te leiden aan de Overheid, waarna de Directie uiteraard alle medewerking zal verlenen voor een spoedige besluitvorming hiervan."
2.70. In juli 2011 heeft de rechtspersoon BOOZ & Company (N.A.) Inc., gevestigd in Dallas, Verenigde Staten van Amerika, (hierna: BOOZ & Co) aan [betrokkene 1] in zijn hoedanigheid van voorzitter van de RvC van Aqualectra een offerte uitgebracht betreffende "Turnaround Support and Strategy for Aqualectra and Integrated Utility Holding N.V." De offerte vermeldt onder meer het volgende:
"We understand that you have embarked on a mission to transform the utility sector in Curaçao and require assistance in taking immediate steps to stabilize Aqualectra's operations while also providing a roadmap for the future. To that end, you would like support in three specific areas:
1) Planning – Create actionable guidance to stabilize the company (Aqualectra, Refining Utility and Holding Company) and establish an effect, 'affordable' future business/performance plan that improves reliability, moderates tariffs and ensures sustainable cash flow for on-going operations.
(...)
2) Strategy/View to the future (Aqualectra) – Develop a strategy which leverages the entire energy and utility platform to create sustainable, reliable and affordable power and water services for Curaçao. The strategy will address the upcoming generation decisions as well as customer products and services and water systems options.
(...)
3) Key roles definitions and staffing – Develop job descriptions and candidate requirements for key senior management roles. The job descriptions will be consistent with the organization and governance model designs, and the candidate requirements will identify experience and technical skills needed to execute the relevant function."
2.71. Bij besluit van 28 of 29 juli 2011 is de RvC van Aqualectra naar aanleiding van de overeenkomst van 19 april 2011 akkoord gegaan met de offerte van FTI.
2.72. Op 1 en 2 augustus 2011 is de RvC van Aqualectra akkoord gegaan met het verlenen van een opdracht aan BOOZ & Co conform haar voorstel van 26 juli 2011.
2.73. In de e-mail van [betrokkene 4] van de RvC van Aqualectra aan het bestuur van deze vennootschap van 2 augustus 2011 is onder meer opgenomen:
"The Supervisory Board has engaged the services of Booz & Co. to advice the Supervisory Board and the shareholder on necessary actions needed to improve the all-around efficiency Aqualectra.
For this purpose Booz & Co. will be interfacing with key Aqualectra personnel and obtaining data from all vital systems.

We kindly request you to facilitate Booz & Co. your cooperation to perform their analysis.
Also we request access to all premises and an office with seating for 10 persons for the Booz & Co. personnel starting Wednesday afternoon August 3, 2011."
2.74. Eén van de bestuurders van Aqualectra, [betrokkene 11], heeft bij brief van 5 augustus 2011 het volgende aan de RvC van Aqualectra geschreven:
"In verband met de reële mogelijkheid die er bestaat dat de vennootschap op (korte) termijn niet meer aan haar verplichtingen kan voldoen, als gevolg van (...) brandstofkostenstijgingen, heeft de Directie (...) aan de Raad van Commissarissen gevraagd om de Directie bij te staan met een tariefstijgingverzoek aan de Overheid en BTP. Op verzoek van de Raad van Commissarissen heeft de Directie het scenario van een 35% tariefsverhoging uitgewerkt en onderbouwd. (...)
Verzoek aan de Raad van Commissarissen
De oorzaak van de ontstane situatie rondom de liquiditeitspositie van de vennootschap is volledig in de brandstofprijzensfeer, derhalve zullen de correctieve maatregelen ook op dat vlak dienen plaats te vinden. Gelet op het vorenstaande heeft de Directie de Raad van Commissarissen, in haar schrijven van 18 juli 2011, verzocht om het daarheen te leiden opdat dit verzoek voor tariefsaanpassing door te leiden aan de Overheid, waarna de Directie uiteraard alle medewerking zal verlenen voor een spoedige besluitvorming hiervan.
De Directie heeft op dit verzoek nog geen respons mogen vernemen van de Raad van Commissarissen. Gezien de ontwikkelingen in de liquiditeitspositie van de vennootschap verzoekt de Directie de Raad van Commissarissen haar spoedige ondersteuning in deze."
2.75. Bij brief van 8 augustus 2011 aan de RvC van Aqualectra, ter attentie van [betrokkene 1], heeft het bestuur van Aqualectra op het door FTI uitgebrachte conceptverslag gereageerd.
2.76. Bij brieven van 17 augustus 2011 en 1 september 2011 heeft [betrokkene 11], als bestuurder van Aqualectra, de RvC van Aqualectra nogmaals om een reactie verzocht op het door het bestuur aan de raad gedane verzoek van 18 juli 2011.
2.77. Op 17 augustus 2011 is één van de commissarissen van Aqualectra, [betrokkene 4], een overeenkomst aangegaan met Uptodate B.V. In deze overeenkomst is onder meer als volgt bepaald:
"2. Terms of agreement
This agreement will begin August 17, 2011 and will have a duration of 2 months with the possibility to renew automatically 2 months if neither party cancels the agreement in writing. Either party may cancel this agreement on 30 days notice to the other party in writing.
3. Time devoted by consultant
It is anticipated the consultant will spend approximately 40 hours per week in fulfilling its obligations under this contract. The particular amount of time may vary from day to day or week to week."
In Attachment A van deze overeenkomst is bepaald:
"Project Name: Customer relations Support to Aqualectra
Project Description:
This assignment consist of the following:
1. Provide management support in Customer relations and strategic customer management
2. Provide management support in Marketing and commercial management
3. Improves the Accounts receivable and billing cycles as to maximize cash flow
4. Prepare and recommend all short term and midterm improvement recommendations to all relevant business processes related to Customer relations, marketing, strategic customer
5. Recommend improvements the role and responsibilities of the Public Relations function."
2.78. Op 22 augustus 2011 heeft FTI rapport uitgebracht over het functioneren van Aqualectra.
2.79. Bij brief van 2 september 2011 (productie bij de brief van 17 maart 2017 van [betrokkene 1] c.s.) heeft de RvC van Aqualectra als volgt aan [betrokkene 10] als bestuurder van de vennootschap bericht:
"De RvC is voornemens de algemene vergadering van aandeelhouders van IUH te verzoeken over te gaan tot uw ontslag als bestuurder van IUH. De redenen die aan dit voornemen ten grondslag liggen worden in Bijlage A bij dit schrijven beschreven."
Bijlage A bij deze brief vermeldt onder meer:
"1. (...) Het handelen (of nalaten) van [betrokkene 10] als bestuurder is te kwalificeren als mismanagement of wanbeleid. Daarnaast is sprake van handelen in strijd met de wet of de statuten van IUH. Het belang van Aqualectra en de daaraan verbonden ondernemingen verzet zich ertegen [betrokkene 10] nog langer als bestuurder te handhaven.

2. Het mismanagement van [betrokkene 10] vindt ondersteuning in de rapporten van onafhankelijke experts Vantage Consulting Inc. ('Vantage') (11 mei 2007), KEMA (2008) en FTI Consulting, Inc. ('FTI') (22 augustus 2011) (...).
3. Het handelen in strijd met de wet en statuten vindt onderbouwing in een veelheid van handelingen van [betrokkene 10]. Enkele hoofdpunten:
(a) [betrokkene 10] is in strijd met de statuten een obligatielening aangegaan namens Aqualectra; vervolgens is hij in strijd met de statuten een terugkoopregeling ter zake de obligaties aangegaan;
(b) [betrokkene 10] houdt systematisch informatie achter of vertraagt de aanlevering daarvan aan de RvC en aandeelhouder, in strijd met de wettelijke informatierechten;
(c) [betrokkene 10] vervult nevenfuncties terwijl de statuten dit uitsluiten;
(d) [betrokkene 10] is contracten aangegaan met een wederpartij waarbij hij wist of in ieder geval behoorde te vermoeden dat hij en een mede-bestuurslid een tegenstrijdig belang hadden, zonder de aandeelhouder conform de wet in te lichten; daarmee handelde hij bovendien in strijd met de statuten en de Code Corporate Governance;
(e) [betrokkene 10] gebruikt daarnaast bedrijfsmiddelen of personeel van Aqualectra voor persoonlijke doeleinden."
2.80. Op 12 september 2011 is [betrokkene 24] als commissaris van RdK ontslagen. Vervolgens is op 26 september 2011 [betrokkene 18] als commissaris van RdK aangesteld. Vanaf dat moment bestond de RvC van RdK uit [betrokkene 18], [betrokkene 1], [betrokkene 15], [betrokkene 23] en [betrokkene 20].
2.81. Op 21 september 2011 hebben de RvC van Aqualectra en die van RdK brieven gericht aan [betrokkene 31] als voorzitter van de algemene vergadering van aandeelhouders (hierna: AvA) van die rechtspersonen. De brief van de RvC van Aqualectra is ondertekend door [betrokkene 4] en die van de RvC van RdK is ondertekend door [betrokkene 15]. Beide brieven vermelden:
"Met de overname van de aandelen (49%) in Curaçao Utility Company Holding NV (...) door Refineria di Korsou NV (hierna 'RdK') van Integrated Utility Holding NV (hierna 'Aqualectra') is ook een van de betalingen uit de IUH Agreement feitelijk bij RdK terecht gekomen. (...) In dit kader verzoeken wij u akkoord te gaan met het overhevelen van deze maandelijkse betaling (Nafl. 693,458) met ingang van september 2011 naar RdK en aangezien de overdracht van de aandelen reeds in januari 2011 heeft plaatsgevonden tevens akkoord te gaan met de achterstallige betaling van de voorafgaande 8 maanden zijnde een bedrag van Nafl. 5.547.667."
2.82. Bij brief van 30 september 2011 heeft de RvC van Aqualectra de AvA van de vennootschap aanbevolen het bestuur van Aqualectra, bestaande uit [betrokkene 9], [betrokkene 10], [betrokkene 11] en [betrokkene 12], te ontslaan.
2.83. Op 3 oktober 2011 is [betrokkene 12] aangesteld als acting CEO van Aqualectra. Per 4 oktober 2011 zijn [betrokkene 10], [betrokkene 11] en [betrokkene 9] als bestuurders van Aqualectra geschorst.
2.84. RdK heeft op 27 oktober 2011 Curaçao Refinery Utilities N.V. (CRU) opgericht. Het doel van deze vennootschap is de aanleg, het beheer, het onderhoud, de reparatie en de exploitatie van de BOO-centrale. RdK heeft CRU aangewezen als operator van de BOO-centrale. Bestuurder van CRU is RdK.
2.85. Op 31 oktober 2011 is [betrokkene 8] als commissaris van Aqualectra ontslagen.
2.86. Op 9 november 2011 zijn [betrokkene 10] en [betrokkene 11] ontslagen als bestuurders van Aqualectra. [betrokkene 9] is per 31 december 2011 als bestuurder van Aqualectra met pensioen gegaan.
2.87. Op 29 november 2011 hebben RdK en CEC een Sale and Purchase Agreement gesloten, op grond waarvan CEC de door haar gehouden aandelen in CUCH (de B-aandelen) voor USD 1,- aan RdK zal overdragen. Tevens zijn RdK en CEC overeengekomen het CUCH Shareholders' Agreement te beëindigen per 8 december 2011.
2.88. Op 7 december 2011 is naast [betrokkene 1], [betrokkene 2], [betrokkene 8], [betrokkene 4] en [betrokkene 5], die reeds commissaris van Aqualectra waren, [betrokkene 6] als commissaris van die vennootschap aangesteld.
2.89. Bij akte van 8 december 2011 heeft CEC de B-aandelen in CUCH aan RdK overgedragen.
2.90. Op 28 december 2011 is tussen RdK en CUC het Loan, Payment, Purchase, Relinquishment and Termination Agreement (RdK/CUC Termination Agreement) gesloten. Hierbij is overeengekomen dat:
(i) RdK aan CUC een direct opeisbare lening verstrekt van USD 20.250.000 tegen een rente van 7% (RdK Lening);

(ii) CUC afstand doet van het erfpachtrecht en het huurrecht en het Leased Property verkoopt (sells) aan RdK;
(iii) RdK als "fair market value" USD 20 miljoen aan CUC betaalt;
(iv) de betalingsverplichting van RdK uit dien hoofde wordt gecompenseerd met hetgeen RdK uit hoofde van de onder (i) genoemde leningsovereenkomst heeft te vorderen, zodat een vordering van RdK op CUC resteert ten bedrage van USD 250.000.
2.91. Bij brief van 28 december 2011, getekend door president-commissaris [betrokkene 1], heeft RdK zich jegens Aqualectra verplicht de verplichting van Aqualectra tot betaling van het Extension Element, uit hoofde van het IUH Agreement in samenhang met het Extension Agreement, over de eerste acht maanden van 2011 met terugwerkende kracht voor haar rekening te nemen. Daartoe was besloten door de RvC op 28 september 2011. Het daarmee gemoeide bedrag is vastgesteld op NAF 5.547.667. RdK heeft zich jegens Aqualectra voorts verplicht met ingang van september 2011 aan Aqualectra maandelijks NAF 693.458 voor het Extension Element te vergoeden.
2.92. Op 3 januari 2012 is [betrokkene 22] benoemd tot zesde commissaris van RdK.
2.93. In januari 2012 heeft Aqualectra de huur van twee aggreko's (stroomgeneratoren) beëindigd en deze aggreko's weer ter beschikking van de verhuurder gesteld. Hierdoor werd de capaciteit van Aqualectra om elektrische stroom te produceren verminderd met 22 Megawatt.
2.94. Op respectievelijk 15 en 30 januari 2012 zijn [betrokkene 15] en [betrokkene 17] ontslagen als commissaris van Curoil.
2.95. Op 8 februari 2012 is tussen CUC en RdK een Deed of Assignment tot stand gekomen, op grond waarvan RdK de rechten en verplichtingen van CUC jegens ISLA uit hoofde van de op 27 maart 1998 tussen CUC en ISLA gesloten Utilities Service Agreement (de USA; houdende de voorwaarden voor het leveren van "utilities" door CUC aan ISLA) heeft overgenomen per 1 maart 2012. De Deed of Assignment bepaalt dat de verplichtingen van CUC jegens ISLA uit hoofde van de USA tot 1 maart 2012 voor rekening en risico van CUC blijven. RdK heeft bij brief van 8 februari 2012 aan ISLA meegedeeld dat een contractovername heeft plaatsgevonden.
2.96. FTI heeft op 2 april 2012 een advies uitgebracht over de door CUC op 3 december 2008 met een derde gesloten Seven Seas Water Sales Agreement, op grond waarvan deze derde water tegen bepaalde, vaste tarieven aan CUC zou leveren.
2.97. Per 1 juni 2012 is [betrokkene 15] benoemd tot bestuurder van Curoil. [betrokkene 13] en [betrokkene 14] hebben hun sinds 13 april 2011 uitgevoerde feitelijke bestuur van Curoil per 4 juni 2012 beëindigd.
2.98. Op 26 juni 2012 is door Aqualectra een Memorandum of Understanding (hierna: het MoU) gesloten met de Spaanse onderneming Assyce Fotovaltaica S.L. voor de levering van zonnepanelen. Het MoU is mede door de minister-president [betrokkene 31] als getuige ondertekend.
2.99. [betrokkene 13] is per 1 juli 2012 ontslagen als president-commissaris van Curoil.
2.100. Bij brief van 16 juli 2012 heeft de aandeelhouder van Aqualectra het bestuur van Aqualectra in kennis gesteld van een voorgenomen besluit dat onder meer inhoudt:
"3. Het bestuur draagt er (...) zorg voor dat de productiemiddelen van of ten behoeve van IUH ten behoeve van opwekking van elektriciteit per uiterlijk 1 juli 2016 ten minste bestaat uit de productiemix zoals weergegeven in het schema toegevoegd aan het onderhavige besluit (...)
4. Het bestuur draagt zorg voor integratie van het vorenstaande in het financieel-economische beleid bij alle relevante dochtervennootschappen van IUH (...)."
Blijkens het in het voorgenomen besluit bedoelde schema zou in het als scenario B aangeduide scenario in 2015 40% van de elektriciteit moeten worden geproduceerd door zonne-energie.
2.101. Op 24 juli 2012 is [betrokkene 14] als bestuurder van RdK ontslagen.
Met ingang van die datum zijn de commissarissen van RdK [betrokkene 20] en [betrokkene 22] tijdelijk als "gedelegeerd bestuurder" van de vennootschap aangesteld, en wel tot 19 november 2012.
2.102. [betrokkene 31] heeft op 28 september 2012 aan [betrokkene 15], als bestuurder van Curoil, een brief gestuurd die onder meer inhoudt:
"De Raad van Ministers heeft op 20 juni 2012 besloten tot oprichting van een Sociale, Sport en Recreatiefonds ter bevordering van sociale cohesie te Curaçao (hierna: Speciale Fonds). De middelen voor dit Speciale Fonds worden gegenereerd middels een extra toeslag van NAF 0.05 per liter

op Mogas 95 en op Gasolie LSD. Het Speciale Fonds wordt ingesteld voor een periode van 5 jaar en staat onder beheer van de Minister van Algemene Zaken. De gegenereerde middelen worden door Curoil geadministreerd en maandelijks gestort op een door de Minister van Algemene Zaken aangewezen bankrekening."
2.103. Per 29 september 2012 is het kabinet-[betrokkene 31] gevallen. Opvolgend vertegenwoordiger van het Land als aandeelhouder van de vennootschappen was [betrokkene 41], minister van Financiën in het interim-kabinet [betrokkene 42].
2.104. In oktober 2012 heeft [betrokkene 41] opdracht aan SOAB gegeven tot het uitvoeren van quick scans naar de financiële situatie van (onder meer) Aqualectra, RdK en Curoil. SOAB heeft op 12 oktober 2012 rapporten uitgebracht over Aqualectra en RdK en op 16 oktober 2012 over Curoil.
Blijkens het rapport over RdK heeft RdK in haar conceptjaarrekening over 2011 de van Aqualectra verkregen aandelen in het kapitaal van CUCH opgenomen als een transactiewinst voor een bedrag van NAf 56.478.390,-.
2.105. Eveneens in oktober 2012 hebben [betrokkene 20] en [betrokkene 22] in hun hoedanigheid van gedelegeerd bestuurder van RdK een "assignment proposal" getekend van een bedrijf met de naam EDJT Quality Consulting, op basis waarvan dit bedrijf IT-diensten aan RdK zou verlenen voor een bedrag van NAf 26.250,- per maand. In dezelfde periode heeft RdK een overeenkomst gesloten met een bedrijf met de naam ACS Curaçao voor het leveren van producten en diensten op het gebied van IT. In de maanden oktober 2012 en november 2012 heeft ACS Curaçao zes facturen voor in totaal NAf 165.224,28 bij RdK ingediend.
2.106. Op 3 november 2012 heeft [betrokkene 15] zijn ontslag als commissaris van RdK ingediend.
2.107. Op 6 december 2012 heeft [betrokkene 29] zijn werkzaamheden als bestuurder van RdK hervat.
2.108. Op 6 december 2012 zijn [betrokkene 20] en [betrokkene 22] als commissaris van RdK geschorst. Op 14 december 2012 zijn zij als zodanig ontslagen.
2.109. Op 27 december 2012 is [betrokkene 1] ontslagen als president-commissaris van de RvC van Aqualectra en als president-commissaris van de RvC van RdK.
2.110. Na 27 december 2012 zijn [betrokkene 25] als president-commissaris en [betrokkene 26], [betrokkene 27] en [betrokkene 28] als commissaris van RdK aangesteld.
2.111. [betrokkene 2] is per 8 februari 2013 ontslagen als commissaris van Aqualectra.
2.112. In opdracht van de aandeelhouder van Aqualectra heeft SOAB in vervolg op haar rapport van 12 oktober 2012 een rapport van 8 februari 2013 opgesteld. SOAB heeft in dit rapport, mede op basis van de op 12 september 2011 van een goedkeurende controleverklaring voorziene jaarrekening over 2010 van CUCH, de waarde van het 49%-pakket van de aandelen in CUCH per de overdrachtsdatum 19 januari 2011 bepaald op NAf 53,8 miljoen.
2.113. Per 30 mei 2013 is [betrokkene 30] belast met het dagelijks bestuur van RdK.
2.114. De jaarrekening van RdK over 2011 is op 19 maart 2015 voorzien van een goedkeurende verklaring van het accountantskantoor Deloitte Dutch Carribean. In die verklaring wordt opgemerkt dat de balans en de winst- en verliesrekening van CUCH met inbegrip van CUC apart worden gepresenteerd en niet zijn geconsolideerd in de jaarrekening van RdK.
2.115. De jaarrekening over 2011 van CUCH is eveneens voorzien van een goedkeurende accountantsverklaring van Deloitte Dutch Carribean van 19 maart 2015. In deze jaarrekening is de BOO-centrale afgewaardeerd tot nihil ultimo 2011.
2.116. Bij rapport van 19 februari 2015, met als opschrift "Support impairment test BOO", heeft het accountantskantoor KPMG Corporate Finance in de persoon van Henk de Zeeuw, managing director, aan het bestuur van RdK bericht:
"RDK acquired the IUH shares (49% of the BOO shares) without payment, whilst IUH recorded its participation in the BOO in its books for an amount of ANG 62.1 million. At that time, KPMG, Deloitte and SOAB concluded that the carrying value of ANG 62.1 million at IUH was appropriate.
The difference between the ANG 62.1 million (or USD 34.5 million) and the now determined value of nil (zero) can be explained by the difference in the assumptions that were used by management of IUH and CUC/CUCH at the moment of the valuation (May 2011), compared to investment in the BOO (USD 42 million versus USD 100 million) and the thereto related maintenance expen-

ses. It is important to realize that at the time of the calculation in 2011, there were only estimates available pertaining to the required investment program and final decisions were not yet made by Management of CUC/CUCH. In 2014, these investments were no longer an estimate but for the most part actually paid out."
2.117. De jaarrekening over 2012 van RdK is voorzien van een goedkeurende accountantsverklaring van Deloitte Dutch Carribean van 11 december 2015.
De onderzoeker heeft bericht dat hij heeft begrepen dat de jaarrekeningen 2010 tot en met 2012 ten tijde van het verslag van 5 juli 2016 nog niet door de aandeelhouder waren vastgesteld.
2.118. Ten tijde van het verslag van 5 juli 2016 was de jaarrekening 2010 van Aqualectra niet vastgesteld of goedgekeurd.
2.119. Ten tijde van het verslag van 5 juli 2016 waren de jaarrekeningen 2008-2011 van Curoil niet goedgekeurd door de AvA.

3. Het onderzoeksverslag
3.1. In zijn verslag concludeert de onderzoeker met betrekking tot Aqualectra als volgt:
"(p. 62 e.v.)
1. Algemeen
(...)
1. Kort na het aantreden van de nieuwe regering per 10 oktober 2010 heeft een wijziging plaats gevonden van de personen die de vennootschappelijke organen bezetten. De minister-president, [betrokkene 31], is door de regering aangewezen als de representant van de aandeelhouder. [betrokkene 1] is benoemd tot president-commissaris, [betrokkene 2] tot commissaris. De andere leden van de raad van commissarissen zijn vervolgens allen gedefungeerd onderscheidenlijk vervangen. De RvC, met name in de persoon van [betrokkene 1], en de aandeelhouder zijn zich aanstonds intensief en rechtsreeks gaan bemoeien met het beleid en de gang van zaken van Aqualectra. Die intensieve bemoeizucht is kenmerkend geworden voor de verdere gang van zaken binnen Aqualectra. De besluiten over onderwerpen die in de bezwaren aan de orde worden gesteld, zijn te beschouwen als specifieke uitingen daarvan.
(...)
4. Bij het aantreden van [betrokkene 1] als president-commissaris van Aqualectra eind 2010, heeft hij al aanstonds, zonder een of ander voorooverleg met het bestuur, directe opdrachten gegeven aangaande de uitvoering van beleid binnen de vennootschap. Deze opdrachten werden via e-mail gestuurd aan het bestuur (...). Vergaderingen van de RvC vonden niet plaats. (...) Gedurende die ene (door de onderzoeker vastgestelde; Hof) RvC-vergadering heeft [betrokkene 1] één A4 document voorgelegd aan de vergadering waarin het voorgestane beleid van Aqualectra uit de doeken was gedaan. Met andere woorden, hierbij is de mogelijkheid van het bestuur om beleid te initiëren ontnomen. (...) De RvC bestond toen uit: [betrokkene 1], [betrokkene 4], [betrokkene 2], [betrokkene 5] en [betrokkene 7]. Snel hierna heeft [betrokkene 7] ontslag genomen uit de RvC. Aan het bestuur werden rechten ontnomen. Gedurende 2011 heeft de minister-president dan wel de RvC stelselmatig de bevoegdheden van het bestuur beperkt, veelal gebruik makend van allerlei insinuaties en verdachtmakingen van zaken die eigenlijk volledig uit de context zijn gehaald. Zo is het bestuur rechten ontnomen voor de volgende zaken:
– De lening tussen de centrale bank en Aqualectra;
– De huurovereenkomsten voor te realiseren nieuwbouw projecten;
– De onderhandelingen met NU-capital voor de windmolen parken te Playa Canoa en Tera Kora.
Voor deze beperkingen van bevoegdheden kreeg het bestuur veelal brieven onderscheidenlijk besluiten van de RvC onderscheidenlijk de minister-president, ondersteund door besluiten van de algemene vergadering (getekend door de minister-president). Het bestuur is bij deze besluitvormingen nimmer aangehoord. Tegelijkertijd werden in die AvA besluiten telkens [betrokkene 1] en [betrokkene 4] aangewezen als de vertegenwoordigers in en buiten rechte voor de aangelegenheden van de vennootschap. In deze gevallen zijn de diverse ondertekende contracten (conform statutaire bepalingen in het verleden vastgesteld en gerealiseerd) wederom onderhandeld door de beide heren en teruggedraaid, dit met vergaande negatieve financiële gevolgen voor de vennootschap. De aangegane huurovereenkomsten voor de te realiseren nieuwbouw projecten op onder meer het Amstelterrein (...) zijn door de RvC geannuleerd en uit onderhandeld met de pensioenfondsen, waarbij Aqualectra een schuld heeft overgehouden aan de pensioenfondsen (...) Onderhandelingen met derden voor de onderneming geschiedden tevens door de RvC-leden. (...) Sinds

het bestaan van Land Curaçao na oktober 2010, is het een praktijk van de overheid geworden dat alleen de betreffende minister verantwoordelijk is voor de beslissingen van de AvA. In het geval van Aqualectra is dit de minister-president geweest (...) De zeer noodzakelijke 'checks and balances' [zijn] niet meer voorhanden bij dit besluitvormingsproces, met als gevolg dat de besluiten zeer willekeurig en discutabel plaats hebben gevonden. Hoewel beleidsvorming (...) toch wel deugdelijk moet plaatsvinden, waarbij rekening wordt gehouden met alle van belang zijnde uitgangspunten, is het gebleken dat de beslissingen van de minister-president niet gebaseerd waren op een deugdelijke beleidsvoorbereiding door het bestuur van de vennootschap, dit met alle negatieve gevolgen van dien. (...) Bijeenkomsten met de RvC vonden vrijwel uitsluitend plaats zonder agenda, zonder secretaresse of secretaris, zonder notulen en zonder vastlegging van wat werd besloten. De RvC-leden vergaderden 'op hun manier'. De directie wilde de zaak van de tarieven graag voorleggen aan de rechter, maar werd daarin geblokkeerd door de RvC. Ingevolge de statuten behoefde de directie de toestemming van de RvC, maar die werd ondanks aandringen niet gegeven.
(p. 86 e.v.)

3. Het verlies van het aandeelhouderschap in CUCH

(...)

3. In de balans van Aqualectra over het jaar 2009 werd haar toenmalige aandelenpakket gewaardeerd op rond NAF 66 miljoen. In de conceptjaarrekening van Aqualectra over 2010 is het pakket gewaardeerd op NAF 62.068.000. Na discussie tussen de op 10 oktober 2010 aangetreden Raad van Commissarissen en het bestuur van Aqualectra zijn de aandelen 'ten titel van reorganisatie' bij akte van 19 januari 2011 overgedragen aan RdK. RdK heeft later dat aandelenbezit in haar conceptjaarrekening over 2011 opgenomen als een transactiewinst voor een bedrag van NAF 56.478.390. Mede ten gevolge van die transactie heeft Aqualectra in 2010 een verlies geleden van NAF 62 miljoen.

4. De kernelementen van het dispuut over deze transactie betreffen de vragen of de directie van Aqualectra vrijwillig heeft ingestemd met de transactie zowel als met de waardering van het aandelenpakket op nihil. Verder is het de vraag of in het kader van de transactie (voldoende) aandacht is besteed aan – mogelijke – juridische en financiële consequenties van de transactie, dat mede tegen de achtergrond van de in de vorige paragraaf beschreven structuur. In de ogen van de Onderzoeker dienen deze vragen alle zonder voorbehoud ontkennend te worden beantwoord, met de nuance dat de directie van Aqualectra zich wellicht kon vinden in de overdracht van de aandelen indien daarvoor een in haar ogen reële prijs zou worden betaald en de diverse eraan verbonden gevolgen in verband met de juridische en financiële structuur rondom de BOO-centrale onder ogen zouden zijn gezien en naar behoren waren geregeld. Het standpunt van de directie dat het een noch het ander is geschied, komt de Onderzoeker juist voor.

5. Er kan van worden uitgegaan dat vanwege het ontbreken van voldoende financiële onderscheidenlijk technische investeringen in de BOO-centrale, het onderhoud van de BOO-centrale te wensen overliet en dat regelmatige uitval van de productie daarvan het gevolg was. Aan te nemen valt dat daarvan in ieder geval in 2010 sprake was. Aan te nemen valt verder dat van (...) [de] zijde [van] (CEC) geen bereidheid meer bestond in de BOO-centrale verder te investeren. Aantekening verdient in dit verband dat van die zijde de BOO-centrale ook niet meer was dan een investering, die vanuit investeerdersperspectief bovendien onvoldoende rendeerde. Dat was uiteraard anders voor Aqualectra en RdK: zij hadden beide gezien haar ondernemingsactiviteiten en hun positie in de energievoorziening in Curaçao ook een ondernemersbelang bij een goed functionerende BOO-centrale. Tegen die achtergrond is te begrijpen dat in 2010 met CEC werd gesproken over het overdragen van haar 51% aandelenbelang aan RdK, waartoe CEC bereid was. (...)

7. Anders dan wel wordt gesuggereerd door degenen die na 10 oktober 2010 de zeggenschap binnen Aqualectra en RdK overnamen, werden van de zijde van RdK zowel als van de zijde van Aqualectra ook bedragen voor investeringen in de BOO-centrale gebudgetteerd. Daaraan doet niet af dat Aqualectra zelf met de nodige financiële problemen kampte, (...), waarbij overigens aanstonds zij aangetekend dat – de directie van – Aqualectra daarvan nauwelijks een verwijt valt te maken, gelet met name op het beleid van de overheid, weliswaar ook al vóór, maar vooral na 10 oktober 2010 inzake de door haar in rekening te

brengen tarieven voor de door haar geleverde elektriciteit (...)
8. Na 10 oktober 2010 werden de lopende processen abrupt gestopt en werd ander beleid ingezet, dat heeft geleid tot uitvoerige disputen tussen met name de directie van Aqualectra aan de ene en haar Raad van Commissarissen en haar aandeelhouder aan de andere kant. (...)
22. Ondanks al het vorenstaande en ondanks alle bedenkingen van de zijde van Aqualectra tegen de overdracht zoals die van de zijde van de aandeelhouder en de RvC is doorgezet, heeft deze op 19 januari 2011 plaatsgevonden, en wel om niet, althans tegen betaling van NAF 1, blijkens de overdrachtsakte 'ten titel van reorganisatie' en zonder dat op enige wijze aandacht is besteed aan alle vraagstukken en mogelijke juridische en andere gevolgen, waarvoor de directie van Aqualectra in de eerder genoemde correspondentie bij herhaling en uitvoerig aandacht voor heeft gevraagd. (...)
25. Wat betreft het besluit tot goedkeuring van de overdracht door de RvC geldt dat ingevolge artikel 8 lid 11 van de statuten van Aqualectra zoals die toen golden, voor het nemen van een zodanig besluit een meerderheid van ten minste vier commissarissen nodig was. Bovendien hebben de vijf andere commissarissen die toen nog in functie waren, aan de besluitvorming niet deelgenomen. Naar aan te nemen valt in een poging de (in de ogen van de Onderzoeker: notoire) nietigheid van het besluit van de RvC te helen, heeft de Minister van Algemene Zaken, [betrokkene 31], bij wijze van aandeelhoudersbesluit op 13 januari 2011 met ingang van die datum ontslag verleend aan [betrokkene 35], [betrokkene 24] en [betrokkene 19] als leden van de RvC van Aqualectra. In het besluit staat te lezen dat [betrokkene 31] zich daarbij baseerde op artikel 8 lid 3 van de statuten van Aqualectra waarin staat te lezen dat commissarissen te allen tijde kunnen worden ontslagen. (...)
27. Naar het oordeel van de Onderzoeker (...) moet zonder meer als vaststaand worden aangenomen dat het goedkeuringsbesluit nietig is, zodat goedkeuring aan de overdracht niet is gegeven, weshalve die overdracht zelf vennootschapsrechtelijk eveneens zonder meer als nietig valt aan te merken. Niet is gebleken dat op enig later moment getracht is – daargelaten of een poging daartoe effect gehad zou kunnen hebben – alsnog tot een geldig goedkeuringsbesluit van de RvC te komen. (...)
29. (...) De technische perikelen bij de BOO-centrale werden echt een probleem in 2010, toen de uitval van de BOO-centrale leidde tot langdurige stilstand van de raffinaderij. Het turn around-plan dat toen was ontworpen en geplande investeringen werden abrupt afgebroken door de nieuwe RvC onder leiding van [betrokkene 1] en [betrokkene 2], begin 2011. Zij wilden, met [betrokkene 31], dat de BOO-centrale werd overgedragen aan RdK om niet. Er ontstond een discussie hierover tussen de directie van Aqualectra en de RvC, met diverse dreigementen aan het adres van de directie, welke uiteindelijk leidden tot de overdracht van BOO-centrale aan RdK tegen een waarde van nihil. Dit laatste heeft een fors verlies veroorzaakt in de boeken van Aqualectra (opgevoerde boekwaarde moest worden afgeboekt). Frappant is wel dat de BOO-centrale in de boeken van RdK is opgevoerd met een forse waarde.
(...)
53. Samenvattend moet worden vastgesteld dat na het aantreden van de RvC per 10 oktober 2010 het proces om tot overdracht te komen aan Aqualectra of aan RdK van de 51% B-aandelen van CEC in CUCH – welke aandelen ultimo 2015 in ieder geval van rechtswege ingevolge de Shareholders Agreement zouden toevallen aan Aqualectra zonder dat daar een – additionele – vergoeding tegenover zou staan –, tot staan is gebracht en de 49% A-aandelen in CUCH om niet (NAF 1 kan niet een tegenprestatie worden genoemd) zijn overgedragen, dat alles zonder dat enig financieel, technisch en juridisch due diligence onderzoek heeft plaatsgevonden en zonder dat aandacht is besteed aan de betekenis van de verschillende en vaak complexe – juridische – structuren rond de BOO-centrale. De Onderzoeker merkt op dat op geen enkele wijze naar voren is gebracht in de procedure of in interviews onderscheidenlijk van argumenten voorziene opmerkingen zijn gemaakt van de strekking dat de hiervoor genoemde bedenkingen, bezwaren, risico's en schadelijke gevolgen van de 49%-transactie geen – goede – grond zouden hebben. Die bedenkingen, bezwaren, risico's en schadelijke gevolgen komen ook los daarvan de Onderzoeker gegrond voor. (...)
54. Dat, anders dan wel is verklaard door sommigen, inderdaad aan de betekenis van de verschillende contracten met betrekking tot de BOO-cen-

trale voorafgaand aan of bij gelegenheid van de overdracht van het 49%-pakket van Aqualectra in CUCH geen aandacht is besteed onderscheidenlijk dat niet onder ogen is gezien welke mogelijke, ook mogelijk risicovolle gevolgen voor de bij de contracten betrokken partijen aan die overdracht verbonden zouden kunnen zijn, moet niet alleen als vaststaand worden aangenomen nu nergens uit is gebleken dat dat wel het geval zou zijn geweest, het volgt ook met zoveel woorden uit een brief van 21 september 2011 van de RvC van Aqualectra onderscheidenlijk RdK, getekend door [betrokkene 4] onderscheidenlijk [betrokkene 15], aan [betrokkene 31] in zijn hoedanigheid van voorzitter van de Algemene Vergadering van Aandeelhouders van Aqualectra en RdK, (...) blijkbaar [is] eerst ruim na de genoemde overdracht bij de toen verantwoordelijke bestuurders en commissarissen van Aqualectra en van RdK het besef doorgedrongen dat de overdracht onder meer consequenties had voor het (...) IUH-Agreement tussen Aqualectra en ISLA. Het behoeft geen toelichting dat dit een onverantwoorde wijze van handelen is, waaraan op zichzelf en zonder meer niet afdoet dat wellicht is vol te houden dat mogelijke nadelige gevolgen zich niet hebben geopenbaard en dat alsnog is bewerkstelligd dat een besluit is genomen waardoor uiteindelijk Aqualectra niet langer meer volledig is belast met verplichtingen die in verband met de overdracht van het meergenoemde aandelenpakket niet langer bij haar thuis hoorden. In hoeverre Aqualectra nog wel deels met die verplichtingen bleef geconfronteerd is overigens niet helder. Ook dat moet reeds op zichzelf als bedenkelijk worden gezien. (...)

56. In verband met het hier besproken thema is het ook nog van belang op te merken dat Aqualectra garant stond voor 49% van de schadevergoeding die CUC eventueel aan ISLA vanwege wanprestatie verschuldigd zou kunnen worden. Dat ook daaraan geen aandacht is besteed, moet als bedenkelijk worden gekwalificeerd. (...)

58. De nadelige financiële gevolgen van de transactie zijn voor Aqualectra jaren na dato voelbaar gebleven. Aqualectra werd onder meer geconfronteerd met afwijzing van financieringsverzoeken. Voor een efficiënte bedrijfsvoering en daarmee voor het realiseren van goedkopere nutsvoorzieningen voor de bevolking van Curaçao is dat een sta in de weg geweest. (...)

59. Een ander nadelig gevolg van de transactie is dat het lang heeft geduurd alvorens de jaarrekening van Aqualectra over 2010 kon worden afgerond, met als direct gevolg dat de jaarrekeningen van latere jaren ook niet kunnen worden vastgesteld en goedgekeurd. Dat leidde er toe dat Aqualectra problemen bleef ondervinden als het ging om financieringsbesprekingen. En uiteraard zijn blijvende hoge accountantskosten eveneens een gevolg daarvan.

60. Vermeld dient verder te worden dat de overdracht van het 49%-pakket leidde tot het niet langer voldoen aan de ingevolge de Bond Issue geldende solvabiliteitsratio's, waarvan onder meer eveneens het gevolg is dat geen financiering kan worden verkregen voor het vastgestelde investeringsprogramma van Aqualectra. (...)

62. Zoals (...) weergegeven hebben [betrokkene 1] [en] [betrokkene 31] (...) in de gesprekken met de Onderzoeker de transactie nog steeds verdedigd, meer in het bijzonder ook waar het gaat om de transactieprijs, of beter gezegd, de afwezigheid van een transactieprijs. De Onderzoeker volstaat met op te merken dat geen van hen op enig deugdelijk onderzoek gebaseerd argument op tafel heeft weten te brengen. (...)

64. Wat [betrokkene 31] betreft zij nog opgemerkt dat hij in de gesprekken met de Onderzoeker zijn destijdse rol bagatelliseert, zoals volgt uit onder meer zijn verklaring dat de algemene vergadering van aandeelhouders zich met de transactie niet heeft bemoeid, dat de vraag wie heeft beslist dat de transactie plaats vond zoals zij heeft plaatsgevonden zich heeft afgespeeld tussen de directies van de twee betrokken vennootschappen en dat hij geen idee heeft wie heeft beslist dat het gebeurde zoals het gebeurde. Uit de (...) brieven van januari 2011 van zijn hand aan de directie van Aqualectra blijkt dat [betrokkene 31] zich zeer intensief heeft bemoeid met hetgeen zou moeten gaan gebeuren en de directie min of meer heeft bevolen haar medewerking te verlenen aan de transactie zoals die door de RvC gewenst werd. Opmerkelijk is ten slotte dat [betrokkene 31] de Onderzoeker met stelligheid liet weten dat de 49%-transactie eerst aan de orde was nadat het 51%-belang van CEC in CUCH door RdK was verkregen. Dat dit niet het geval is geweest, behoeft geen toelichting, maar dat [betrokkene 31] dit voor ogen staat maakt te minder begrijpelijk op welke deugdelijke feitelijke grondslagen zijn genoemde brieven van januari 2011 aan de directie van Aqualectra van kort gezegd de strekking dat zij moest meewerken aan de plannen van de

RvC omdat dit in het belang van alle betrokkenen was en de directie dat maar niet wilde begrijpen, gebaseerd zijn geweest. (...)
66. De conclusie uit al hetgeen hiervoor is weergegeven kan in de ogen van de Onderzoeker slechts zijn dat de overdracht om niet van de door Aqualectra gehouden 49% van de aandelen in CUCH afgedwongen, ondoordacht, lichtzinnig, vanuit beginselen van verantwoord ondernemerschap volstrekt onverantwoord en rechtens zonder meer aanvechtbaar is geweest. Hoezeer dat niet gemakkelijk valt te kwalificeren, heeft zij Aqualectra grote schade van diverse soort toegebracht. In haar op 30 mei 2016 gedateerde reactie op het conceptverslag heeft Aqualectra de Onderzoeker intussen laten weten dat de opgelopen schade in de inmiddels volgens de mededeling van Aqualectra 'afgeronde en goedgekeurde' jaarrekeningen over 2010 tot en met 2014 is terug te vinden en weergegeven.
(p. 168 e.v.)
5. Elektriciteitstarieven
1. De tarieven die Aqualectra aan afnemers in rekening kan brengen voor elektriciteit en water worden door de overheid vastgesteld, aanvankelijk op basis van de Prijzenverordening. Artikel 2 lid 1a van de Prijzenverordening geeft het Land Curaçao de bevoegdheid om maximumprijzen, minimumprijzen of een vaste prijs vast te stellen. Volgens informatie van Aqualectra duidt de formulering van de door het Land gegeven beschikkingen voor de prijzen van elektriciteit en water op vaste prijzen die Aqualectra aan verbruikers in rekening moet brengen. (...) Het is met name de NAF 0,05 per KWh-verlaging van het elektriciteitstarief geweest die door regering [betrokkene 31] met steun van de BTP aan Aqualectra is opgelegd, juist in een periode dat Curoil de brandstoftarieven die zij moest doorberekenen aan Aqualectra substantieel verhoogde, die in 2011 heeft geleid tot hoge verliezen bij Aqualectra. Het ging om een verlies van Aqualectra in 2011 van meer dan NAF 89 miljoen. (...)
21. Met name gelet op de uitvoerige en gedetailleerde uiteenzettingen van de kant van de voormalige directie van Aqualectra en de in brieven aan de destijdse regering en de RvC uitvoerig uiteengezette bezwaren tegen de tariefsverlaging, is in de ogen van de Onderzoeker niet aannemelijk te achten dat Aqualectra zelf om verlaging heeft gevraagd, zulks te minder omdat de andersluidende verklaringen weinig gesubstantieerd zijn. En voorts is de Onderzoeker niet gebleken dat van de kant van de regering, de RvC of de BTP destijds enige opmerking jegens de directie van de strekking dat haar bezwaar tegen de tariefsverlaging merkwaardig zou zijn omdat zij daar zelf om zou hebben verzocht. Zo een opmerking zou wel voor de hand hebben gelegen als daarvan inderdaad sprake zou zijn geweest. (...) een tariefsverlaging voor Aqualectra [heeft] ernstige nadelige financiële gevolgen (...) gehad (...)
(p. 195 e.v.)
6. Het NAF 50 besluit van de Raad van Commissarissen
1. Bij besluit van 11 juli 2011 van de Raad van Commissarissen krachtens artikel 8 lid 1 onderscheidenlijk lid 14 van de statuten van IUH wordt onder meer (...) besloten:
1. Het bestuur van IUH wordt verzocht en voor zover nodig opgedragen voor een periode van 6 maanden, ingaande maandag 11 juli 2011, alle voor of namens IUH, of enige van haar dochterbedrijven te verrichten betalingen en aankopen (Purchase Orders) voor een bedrag NAf 50,= of meer, vooraf schriftelijk te laten goedkeuren door een lid van de Raad van Commissarissen. (...)
3. Naar het oordeel van de Onderzoeker bieden de genoemde artikelen in de statuten van Aqualectra zoals die toen golden, geen enkele grondslag voor het besluit. Dat besluit overschrijdt – zoals nota bene nog eens onmiskenbaar volgt uit de e-mail over dit besluit van commissaris Werner [betrokkene 4] aan de directie, met kopie aan [betrokkene 31] – verder bepaaldelijk de toezichthoudende taak van de RvC. De facto en de iure neemt de RvC daarmee immers de plaats van de bestuurder in, zulks in strijd met statuten, wet en corporate governance. (...)
5. Onmiskenbaar is het besluit dan ook in strijd met dwingend recht, en reeds om deze reden nietig. Het kan ook anders worden gezegd: het bestuur van Aqualectra is terzijde geschoven en gemaakt tot uitvoerend orgaan en de RvC heeft de bestuurstaak op zich genomen (overigens zonder dat in formele zin sprake was van ontstentenis van het bestuur); daarmee is het statutair voorgeschreven toezicht komen te ontbreken. Aldus heeft bij Aqualectra een met de statuten strijdig regime van corporate governance gefunctioneerd. (...)
6. Hoezeer een besluit als hier aan de orde buiten proportie is, blijkt ook uit de bepaling in de statuten van Aqualectra zoals die per 18 december

2011 luiden, waar het gaat om het onderwerpen van bestuursbesluiten aan voorafgaande goedkeuring van de RvC in verband met het financiële belang van het betreffende besluit. In artikel 13 lid 6 aanhef en onder i van die statuten is de grens waarboven die goedkeuring is vereist gesteld op NAF 1 miljoen.
Het lijkt aannemelijk dat de enige reden van de RvC voor het besluit was dat het de RvC mogelijk maakte de facto de leiding over de onderneming over te nemen en de zittende directie monddood te maken.
(p. 201 e.v.)
8. Aangaan van contracten door de RvC
1. De RvC heeft in de onderzoeksperiode diverse malen contracten aangegaan met een contractswaarde van vele miljoenen NAF met externe consultants. In algemene zin had de RvC al bij besluit van 11 april 2011 besloten daartoe bevoegd te zijn. Naar de opvatting van de Verzoeker, het Openbaar Ministerie, golden terzake aanbestedingsprocedures bij Aqualectra die door de RvC niet in acht werden genomen. Het gaat onder meer om het besluit van de RvC van 19 april 2011 met betrekking tot FTI Consultancy Inc. tot het aangaan van een overeenkomst en het besluit van 29 juli 2011 tot akkoordbevinding van de offerte van FTI. (...)
6. De werkzaamheden van FTI zouden in twee fases plaatsvinden. Volgens bijlage 1 bij het contract is met fase 1 een bedrag van $ 167.300 gemoeid. Het contract is aangegaan blijkens ondertekening door uitsluitend [betrokkene 1] in zijn hoedanigheid van president-commissaris. Dat is in strijd met de statuten van Aqualectra. Los daarvan is volstrekt onhelder gebleven waarom dat contract moest worden aangegaan en welke werkzaamheden nu wel precies zouden verricht worden. Volgens informatie van [betrokkene 1] zou het gaan om een fraudeonderzoek, maar welke gebleken of aannemelijke feiten en omstandigheden zo een onderzoek zouden rechtvaardigen, is op geen enkele wijze duidelijk gemaakt. Evenmin is duidelijk tot welke eindrapportage het onderzoek van FTI uiteindelijk heeft geleid. Voor zover, zoals hierna nog aan de orde zal komen, de uitkomsten van dat onderzoek achteraf alsnog de gegrondheid van vermoedens van fraude zouden kunnen bevestigen en het onderzoek dus terecht heeft plaatsgevonden, blijkt uit hetgeen dienaangaande is opgemerkt in de beoordeling van het voorgenomen ontslag van [betrokkene 10] en [betrokkene 11], dat daarvan volstrekt geen sprake is. De conclusie kan slechts zijn dat het aangaan van het contract als doelloos en verspilling van geld is aan te merken. Voorts moet worden vastgesteld dat op geen enkele wijze is gebleken van enige adequate aanbestedingsprocdure, hetgeen ten aanzien van het aangaan van contracten als het onderhavige zonder meer vereist is.
7. In reactie op het conceptverslag (...) heeft [betrokkene 10] de Onderzoeker nog een aantal documenten doen toekomen, met een daarbij behorende conclusie. (...)
8. De door [betrokkene 10] gezonden documenten met toelichting bevestigen dat het aangaan van de overeenkomst in alle opzichten niet goed valt te verantwoorden. Immers, (i) het is zeer de vraag of sprake is van rechtsgeldige besluitvorming, (ii) er is geen rationale te vinden voor het aangaan ervan, (iii) een behoorlijke aanbesteding heeft niet plaatsgevonden en (iv) dat het aangaan ervan heeft geleid tot voor Aqualectra zinvolle uitkomsten op basis van een onderzoek dat aan maatstaven van deugdelijkheid, professionaliteit en kwaliteit voldoet is niet gebleken.
9. De vermelde gebreken zijn des te pijnlijker gelet op het volgende. Op het door FTI uitgebrachte conceptverslag is, zoals eerder vermeld, door de toenmalige directie van Aqualectra gereageerd. De inhoud van die reactie is opgenomen in de brief van de directie van 8 augustus 2011 aan de RvC ter attentie van [betrokkene 1]. In die brief worden, zoals hiervoor is vermeld, de analyses in het conceptverslag gegroepeerd onder de hoofden 'commentaren en opmerkingen' (totaal 21), 'bevindingen en analyses' (totaal 19), en 'conclusies en aanbevelingen' (totaal 13). In een overzicht heeft de directie haar reactie op de 53 analyses kort samengevat weergegeven. De 21 'commentaren en opmerkingen' en de 19 'bevindingen en analyses' zijn door de directie alle gekwalificeerd als 'niet acceptabel'. Van de 13 'conclusies en aanbevelingen' heeft zij er 10 gekwalificeerd als 'niet acceptabel' en 3 als 'acceptabel'. Haar opvattingen heeft directie voorts uitvoerig van grondslag voorzien in een 97 dichtbedrukte pagina's tellend document, getiteld 'REACTION(V7a)'.
10. Het gaat te ver en het is in de ogen van de Onderzoeker ook niet nodig die reactie en haar motivering in detail te bespreken. Kennisneming van die reactie leidt echter onmiskenbaar tot de conclusie dat het commentaar van de directie op het conceptrapport van FTI deugdelijke grondslag

heeft en dat in ieder geval aan het eindrapport van FTI iedere betekenis zou moeten worden ontzegd indien daarin aan dat commentaar geen aandacht zou worden geschonken. Naar de Onderzoeker is meegedeeld – en er is geen reden om aan te nemen dat die mededeling niet juist zou zijn – is in dat eindrapport met dat commentaar echter geen rekening gehouden en is daarin daaraan geen aandacht besteed. Niet alleen diskwalificeert dat reeds op zichzelf de kwaliteit van dat eindrapport, het niet in aanmerking nemen van het commentaar van de directie is schrijnend, in aanmerking genomen de – hierna te bespreken – relatie met het onderzoek van BOOZ & Co. en de – verderop in dit verslag te bespreken – functie van dat rapport als grondslag voor het ontslag van de directie van Aqualectra. In verband met dat laatste zij nog eens in herinnering gebracht dat de 'titel' voor [betrokkene 1]/de RvC om FTI een onderzoek te laten doen het door de RvC aangenomen frauduleus gedrag van de directie was.

11. Op 17 augustus 2011 heeft de commissaris [betrokkene 4] een contract gesloten met Uptodate B.V. (...)

8. Ook ten aanzien van dit contract is volstrekt onduidelijk gebleven waarom dat moest worden gesloten en evenmin zijn adequate aanbestedingsregels gevolgd.

9. Bij brief van 26 juli 2011 heeft BOOZ & Co. aan [betrokkene 1] in zijn hoedanigheid van voorzitter van de Raad van Commissarissen een offerte uitgebracht betreffende 'Turnaround Support and Strategy for Aqualectra and Integrated Utility Holding N.V.' (...)

10. Op 1 en 2 augustus 2011 is de voltallige Raad van Commissarissen akkoord gegaan met het verlenen van een opdracht aan BOOZ & Co. conform haar voorstel van 26 juli 2011. (...)

12. Met dat contract – dat is voorafgegaan door eindeloze power point presentaties – is een grote som geld gemoeid geweest, voor zover de Onderzoeker heeft kunnen vaststellen een bedrag van $ 1,2 miljoen voor een periode van acht weken. Lezing van het contract lijkt er op te duiden dat BOOZ is opgedragen de bedrijfsvoering van Aqualectra aan een volledig onderzoek te onderwerpen. De Raad van Commissarissen heeft gemeend zijn bevoegdheid daartoe te ontlenen aan de algemene formulering van artikel 8 lid 1 van de statuten van Aqualectra, waarin de algemene toezichtstaak van de RvC is verwoord. In de eerste plaats valt op te merken dat dat artikel daartoe volstrekt geen grondslag biedt. In de tweede plaats is ook hier geen enkele sprake van enige behoorlijke aanbesteding. In de derde plaats is geen enkele analyse voorhanden waarom dat onderzoek zou moeten plaatsvinden – de enkele ongemotiveerde opvatting van met name [betrokkene 1] dat de directie van Aqualectra het bedrijf inefficient leidde is daartoe volstrekt onvoldoende redengevend – en voorts betekent het aangaan van zo een overeenkomst zonder meer feitelijk het terzijde schuiven van de directie van een onderneming. Dat is reeds in zijn algemeenheid uit het oogpunt van corporate governance onaanvaardbaar, dat is het temeer omdat niet valt in te zien op welke gronden de RvC zo kort na zijn aantreden een zo vergaand besluit kon nemen. De wijze waarop voorts kennelijk wordt volstaan – zoals is af te leiden uit de formulering in de hiervoor geciteerde e-mail – met het de directie slechts informeren van het door de RvC genomen besluit, is alleszeggend over de vraag in welke opzicht de RvC vennootschapsrechtelijke bevoegdheidsverdeling – en afgezien daarvan: een normale wijze van omgaan door een raad van commissarissen met een directie – respecteerde. Vermeld zij nog dat het aangaan van het contract zoals is geschied in strijd was met de 'general conditions concerning work and deliveries to be executed under the management of Aqualectra Production'.

13. Evenmin is duidelijk of en zo [ja] in welk opzicht de werkzaamheden van BOOZ & Co. enig nut hebben gehad voor Aqualectra, terwijl ook afgezien daarvan sprake lijkt van een weinig efficiënt en reeds op zichzelf onnodig kostbaar onderzoek door BOOZ & Co. vanwege het niet samenwerken met de directie van Aqualectra en vanwege het verbod van de RvC van Aqualectra dat BOOZ & Co. kennis nam van het commentaar van de directie van Aqualectra op het conceptrapport van FTI terwijl BOOZ & Co. wel mede van dat conceptrapport uitging.

(...)

15. Behalve de opmerkingen die al zijn gemaakt over het aangaan van contracten door de RvC, welke opmerkingen hier mutatis mutandis van toepassing zijn, valt – ook – bij deze opdracht op a) dat kennelijk zelfs geen overleg met de directie van Aqualectra heeft plaatsgevonden en dat deze slechts wordt geïnformeerd, b) dat onduidelijk is hoe de met deze opdracht zonder twijfel gepaard gaande financiële verplichting is te rijmen met het uitgesproken oordeel van de RvC dat bij Aqualec-

tra sprake is van verspilling en c) de gedetailleerdheid van de bemoeienis van de RvC met de operationele gang van zaken. En verder verdient aandacht dat uit de omstandigheid dat de geciteerde e-mail eveneens is verstuurd aan [betrokkene 31] een nauwe betrokkenheid van deze bij die gang van zaken zou kunnen worden afgeleid.
(p. 215 e.v.)
9. ICT-projecten
(...)
4. Zoals blijkt uit de hiervoor geciteerde brief van mr. De Bres is de beslissing tot investering in ICT genomen door 'het nieuwe bestuur'. Naar uit de context blijkt kan daar slechts bedoeld mee zijn de Raad van Commissarissen. Daargelaten dat een beslissing zoals hier aan de orde tot het domein van het bestuur behoort, heeft de Onderzoeker van de zijde van de Raad van Commissarissen geen informatie ontvangen die tot de conclusie zou kunnen leiden dat de beslissing tot het doen van grote investeringen in ICT-systemen goede grond zou hebben.
(p. 229 e.v.)
14. Memorandum of Understanding
1. Op 26 juni 2012 is een Memorandum of Understanding (MOU) gesloten met de Spaanse onderneming Assyce Fotovaltaica S.L. voor de levering van zonnepanelen. Een due diligence omtrent die onderneming heeft niet plaatsgevonden en een procedure inzake offertes is niet gevolgd. (...)
7. Wat het MOU betreft meent de Onderzoeker tot de volgende conclusies te moeten komen. Onhelder is gebleven wie het initiatief heeft genomen tot het opstellen en aangaan van het MOU. De Onderzoeker heeft dat niet kunnen achterhalen. De door de directie van Aqualectra gesuggereerde gedachte dat sprake was van een dictaat van de kant van hetzij de RvC, hetzij de aandeelhouder, is zeker niet uit te sluiten. Hoe dat ook zij, niet valt vol te houden dat het alleen zou zijn gegaan om een haalbaarheidsonderzoek. Het MOU beschrijft in detail een aantal concrete en serieuze verplichtingen. Het is uit te sluiten dat binnen de termijn die daarvoor in het MOU is opgenomen aan de voorwaarden waaronder het MOU is aangegaan zou kunnen worden voldaan. Tegen die achtergrond valt het aangaan van het MOU wezenlijk ook niet goed te begrijpen. De verklaring van de directie van Aqualectra houdt in dat zij met succes heeft bewerkstelligd dat zodanige voorwaarden in het MOU werden opgenomen dat van stond af aan duidelijk was dat ontbinding zou kunnen worden ingeroepen, maar dat dat juist de bedoeling was omdat zij meende dat het aangaan van de verplichtingen zoals in het MOU opgenomen onverantwoord was, terwijl bovendien was uit te sluiten dat het met het MOU beoogde resultaat, namelijk het overgaan in belangrijke mate in een vrij korte tijd op zonne-energie technisch volstrekt onmogelijk was. Ook hier moet overigens worden opgemerkt dat van enige adequate aanbestedingsprocedure met betrekking tot het gaan bouwen van een plant voor zonne-energie geen sprake is geweest. En verder moet worden opgemerkt dat het Spaanse bedrijf dat de werkzaamheden zou gaan verrichten voor niemand [van de] door de Onderzoeker gehoorde personen bekend was. Het is dan ook onhelder gebleven hoe het MOU tot stand is gekomen. De door de directie van Aqualectra gesuggereerde gedachte dat sprake was van dictaat van de kant van hetzij de RvC, hetzij de aandeelhouder, is zeker niet uit te sluiten. Dat de minister-president het MOU mede heeft getekend (als witness) zou daarop kunnen duiden. [betrokkene 31] heeft daaromtrent verklaard dat hij met het aangaan van het MOU geen bemoeienis heeft gehad en dat zijn medetekenen alleen moet worden gezien als blijkgeven van instemming in zijn algemeenheid met een beleid dat gericht was op niet-fossiele energievoorziening. Ook die verklaring valt niet uit te sluiten. Maar hoe dat ook zij, het kan niet als behoorlijk beleid worden gezien indien een contract als het MOU wordt aangegaan zonder dat helder is wie daarvoor verantwoordelijk is geweest.
(p. 237 e.v.)
16. Personeel en uitzendkrachten
(...)
4. De Onderzoeker heeft geen twijfel aan de juistheid van de door mevrouw Ballentina-[betrokkene 24] verstrekte informatie, in die zin dat kan worden vastgesteld dat bij Aqualectra een adequaat en sociaal verantwoord personeelsbeleid werd gevoerd.
5. Het is overigens de vraag of het aan Aqualectra gemaakte verwijt dat ten onrechte de uitzendkrachten in vaste dienst werden genomen, op zichzelf, juist is, maar vastgesteld moet worden dat indien dat al het geval zou zijn – hierna wordt nog vermeld op welke wijze de directie hier tegen aankijkt – de verantwoordelijkheid daarvoor rustte bij de politiek.
(...)

8. Zoals van de zijde van Aqualectra bij herhaling naar voren is gebracht, zowel door de directie als door onder anderen de Human Resources Manager [betrokkene 43], en zoals hiervoor diverse malen aan de orde is geweest, is de bemoeienis van de RvC met de dagelijkse gang van zaken zo intensief geweest dat de RvC in feite de directievoering heeft overgenomen. Dat geldt ook voor het hier besproken personeelsbeleid. Bij dit verslag is een aantal van de Human Resources Manager ontvangen e-mails gevoegd, waaruit dat genoegzaam blijkt.
(p. 248 e.v.)
18. Ontslag directie Aqualectra
(...)
6. In de vorige paragrafen is een groot aantal voorbeelden genoemd van aan de directie gemaakte verwijten door de Raad van Commissarissen onderscheidenlijk de (representant van de) aandeelhouder/Minister-President, die volstrekt geen grond hadden en die als niet anders kunnen worden gekwalificeerd dan als met de haren erbij te zijn gesleept om een schijn van rechtvaardiging te geven aan het beleid dat er van het begin af aan op gericht was zich van de zittende directie te ontdoen. En zich de macht en de zeggenschap over Aqualectra en haar onderneming te doen toe-eigenen. Tot een zelfde conclusie zijn, blijkens hetgeen hiervoor in deze paragraaf is vermeld, SOAB en de door haar ingeroepen juridische adviseur gekomen. Desondanks is besloten – formeel en materieel door de aandeelhouder, maar materieel ook door de Raad van Commissarissen – tot eerst schorsing en vervolgens ontslag van de directie. Die beslissing, die mede als rechtstreeks gevolg had dat een bestuur verdween waarvan de competentie tot besturen overigens door niemand in twijfel werd getroffen en dat de directievoering in feite in handen kwam van de Raad van Commissarissen en dus ook dat van scheiding van bestuur en toezicht niet langer meer kon worden gesproken, kan niet anders dan als volstrekt onverantwoord worden aangemerkt.
7. Afgezien daarvan is de wijze waarop de RvC heeft gepoogd aan zijn besluit tot ontslag van de directie een schijn van rechtvaardiging te verlenen door het inschakelen van een extern onderzoeksbureau in strijd met de meest elementaire regels van behoorlijk bestuur en behoorlijke besluitvorming. Hiervoor is in paragraaf 8 van dit hoofdstuk de opdracht aan FTI aan de orde gekomen. Die opdracht vond, zoals besproken, zijn grond in de – door niets gestaafde – opvatting van de RvC dat de directie zich aan fraude zou schuldig maken. Zoals eveneens eerder besproken is in het eindrapport van FTI het commentaar van de directie op het conceptrapport van FTI niet aan de orde gekomen. Eerder is ook al melding gemaakt van het feit dat een ander extern bureau, BOOZ & Co., evenmin kennis mocht nemen van het commentaar van de directie op het conceptrapport van FTI, zoals terwijl BOOZ & Co, wel over dat conceptrapport beschikte. (...)
8. Vermeld dient nog te worden dat de onverantwoorde beslissing van de RvC de directie te ontslaan heeft geleid, afgezien van de 'onthoofding' van de vennootschap door de terzijdestelling van de – naar de Onderzoeker meent zonder twijfel zeer capabele – directie, tot aanzienlijke schade doordat, naar de Onderzoeker is meegedeeld en zonder meer geloofwaardig voorkomt, de door de directie tegen het ontslag aanhangig gemaakte procedures hebben geleid tot omvangrijke financiële vergoedingen aan de directie."
3.2. Met betrekking tot Curoil concludeert de onderzoeker in zijn verslag als volgt:
"(p. 262 e.v.)
1. Jaarrekeningen
1. In Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek is een aantal bepalingen aan te treffen inzake het opmaken, vaststellen en goedkeuren van de jaarrekeningen en het jaarverslag. Artikel 2:120 BW dient de jaarrekening binnen acht maanden na verstrijken van het boekjaar te worden gepubliceerd. Het jaarverslag dient te zijn voorzien van een accountantsverklaring en door de algemene vergadering te zijn vastgesteld. De jaarrekeningen over 210 en 2011 zijn nog niet gepubliceerd. Artikel 2:16 leden 1 en 2 BW bepalen dat het niet voldoen aan genoemde verplichting een vermoeden van onbehoorlijk bestuur en twijfel aan een juist beleid oplevert.
2. Ingevolge artikel 2:122 lid 1 BW dienen de jaarverslagen te zijn voorzien van een accountantsverklaring. Is de jaarrekening niet binnen twee maanden na afloop van de al of niet verlengde termijn van zes maanden voor het opmaken daarvan goedgekeurd, dan wordt de opgemaakte maar niet goedgekeurde jaarrekening ten kantore van de vennootschap neergelegd ter inzage voor belanghebbenden (artikel 2:122 lid 2 BW). Van de ter inzage legging moet melding worden gemaakt aan het handelsregister met kennisgeving, wanneer van toepassing, van het feit dat het om niet

goedgekeurde stukken gaat (artikel 2:122 lid 3 BW). De jaarverslagen over 2010 en 2011 zijn niet goedgekeurd, en ook niet neergelegd ter inzage en van dat laatste feit is geen melding gemaakt bij het handelsregister. (...)
6. Naar de opvatting van de Onderzoeker volgt uit het vorenstaande genoegzaam dat bestuur en RvC van Curoil hebben gehandeld met betrekking tot het opstellen van de jaarrekeningen over de jaren waarover het gaat in overeenstemming met de desbetreffende wettelijke voorschriften. Het verwijt dat de jaarrekeningen niet zijn goedgekeurd door de Algemene vergadering van Aandeelhouders en vervolgens ter inzage zijn gelegd is op zichzelf juist te achten. In zoverre is sprake van een tekortkoming van de vennootschap als zodanig. Maar tevens moet worden vastgesteld dat de verantwoordelijkheid daarvoor uitsluitend gelegd kan worden bij de aandeelhouder. Dat dienaangaande ook een verwijt zou zijn te maken aan bestuur en RvC komt de Onderzoeker als onhoudbaar voor.
(p. 266 e.v.)
2. Vordering op Aqualectra
1. Ten gevolge van de liquiditeitsproblemen bij Aqualectra waardoor zij haar schuld aan Curoil niet althans volledig, althans niet tijdig kon voldoen, is de vordering van Curoil op Aqualectra ter zake van levering van brandstof opgelopen tot meer dan NAF 100 miljoen. Dat had tot gevolg dat de schuld van Curoil aan PDVSA/ISLA is opgelopen tot ten minste datzelfde bedrag hetgeen de levering van brandstof door PDVSA/ISLA aan Curoil in gevaar heeft gebracht. (...)
(p. 269)
3. Oplopende schuld aan PDVSA/ISLA
(...)
7. Naar de opvatting van de Onderzoeker moet de conclusie met betrekking tot het oplopen van de vordering op Aqualectra en van de schuld aan PDVSA tot de volgende slotsom worden gekomen. Dat die vordering en die schuld zijn opgelopen staat zonder meer vast. Met name gelet op het buitengewoon hoge rentepercentage van 1,5% per maand dat van toepassing was op de schuld aan PDVSA, is sprake van substantiële negatieve gevolgen daarvan. Het is duidelijk dat Curoil geruime tijd moeite heeft gehad met het voldoen van de schuld aan PDVSA, maar evenzeer is duidelijk dat de reden daarvan inderdaad, zoals van de zijde van Curoil is benadrukt, voor een belangrijk deel is gelegen in het betalingsgedrag van Aqualectra. Die situatie werd voor Curoil nog verergerd door het van overheidswege gevoerde prijsbeleid, dat hierna nog nader aan de orde komt. Naar de opvatting van de Onderzoeker heeft Curoil mede gelet op de complexe relatie met ISLA als haar enige leverancier en met Aqualectra als haar belangrijkste afnemer, een beleid gevoerd dat de toets der kritiek kan doorstaan. De mededeling van Curoil dat ondanks de ontstane situatie de continuïteit van haar onderneming niet in het geding is gekomen, komt de Onderzoeker gegrond voor. Alles bijeengenomen lijkt het dat Curoil in voor haar moeilijke omstandigheden adequaat heeft geacteerd.
(p. 272)
ICT-projecten
(...)
2. De Onderzoeker is niet gebleken dat Curoil substantieel zou hebben geïnvesteerd in ICT-projecten.
(p. 278 e.v.)
6. De financiële positie van Curoil en de tarievenkwestie
1. In het rapport van SOAB van 16 oktober 2012 is een uitvoerige analyse te vinden over de financiële positie van Curoil en de verschillende aspecten die in dat verband van belang zijn. In het rapport is onder meer het volgende te lezen: '(...) In de jaren 2010 en 2011 was het resultaat van Curoil negatief. Dit is deels veroorzaakt doordat de prijzen van Curoil vanaf april 2010 niet meer zijn aangepast, terwijl de olieprijzen wel bleven stijgen. Het feit dat de prijzen niet werden aangepast betekent dat Curoil de tariefverhogingen moest absorberen met het gevolg, dat de organisatie in een verlies situatie kwam te verkeren (...)'. (...)
7. Al het vorenstaande maakt duidelijk dat Curoil in de onderzochte periode werd geconfronteerd met problemen van verschillende aard. Behalve de hiervoor uitvoerig aan de orde gekomen zijnde kwestie inzake de vordering op Aqualectra en de schuld aan PDSVA heeft Curoil in het bijzonder problemen ondervonden als gevolg van het overheidsbeleid met betrekking tot de tarieven. Naar de opvatting van de Onderzoeker is Curoil niet nalatig gebleven in het pogen de overheid te bewegen een adequater tarievenbeleid te voeren, doch is dat gestuit op onwil van diezelfde overheid dan wel onvoldoende inzicht in het effect van tarievenbeslissingen op het financiële beleid van Curoil. Dat de directie dan wel de Raad van Com-

missarissen van Curoil terzake een verwijt valt te treffen valt evenwel niet goed in te zien.
(p. 289 e.v.)
7. Speciaal Fonds
1. De Minister President, [betrokkene 31] heeft op 28 september 2012 aan [betrokkene 15] een brief gestuurd, waarin mededeling wordt gedaan van een overheidsbesluit inzake een zogenaamd Speciaal fonds. In die brief is het volgende te lezen: 'De Raad van Ministers heeft op 20 juni 2012 besloten tot oprichting van een Sociale, Sport en Recreatiefonds ter bevordering van sociale cohesie te Curaçao (hierna Speciale Fonds). De middelen voor dit Speciale Fonds worden gegenereerd middels een extra toeslag van NAF 0.05 per liter op Mogas 95 en op Gasolie LSD. Het Speciale Fonds wordt ingesteld voor een periode van 5 jaar en staat onder beheer van de Minister van Algemene Zaken. De gegenereerde middelen worden door Curoil geadministreerd en maandelijks gestort op een door de Minister van Algemene Zaken aangewezen bankrekening.' (...)
5. Het vorenstaande maakt naar de opvatting van Onderzoeker duidelijk dat Curoil werd geconfronteerd met een overheidsbeleid waaraan zij zich niet heeft kunnen onttrekken. In het midden kan blijven of dat beleid gelegitimeerd was – dat lijkt overigens niet het geval te zijn –, in ieder geval valt op dit stuk Curoil geen enkel verwijt te maken. Evenmin is gebleken dat de wijze waarop Curoil op dat beleid heeft gereageerd voor haar relevante negatieve – financiële – gevolgen heeft gehad."
3.3. In zijn verslag concludeert de onderzoeker met betrekking tot RdK als volgt:
"(p. 307 e.v.)
2. Jaarrekeningen
(...)
3. Met name de voortdurende discussie rondom de verkrijging van de 49%-aandelen in CUCH van Aqualectra in 2011 heeft ertoe geleid dat het opmaken en goedkeuren van de jaarrekeningen lang is uitgebleven. (...)
6. De jaarrekening van 2010 is blijkens het daarin opgenomen verslag van de RvC aan de aandeelhouder op 23 september 2011 goedgekeurd door de toenmalige RvC. Zij is voorts voorzien van een accountantsverklaring, gedateerd 15 september 2011, van de hand van M.M. Quant (Deloitte Dutch Carribean). Het betreft een goedkeurende accountantsverklaring met een voorbehoud ten aanzien van de waardering van het preferente aandelenbezit in CUC, vanwege de bij CUC bestaande going concern issues.
7. De jaarrekening over 2010 van RdK is opgemaakt en gecontroleerd door Deloitte. Deloitte heeft een verklaring met beperkingen afgegeven ter zake van de jaarrekening. Dat voorbehoud is het gevolg van de discussie over de verkrijging van de 49% aandelen van Aqualectra in CUCH.
8. De jaarrekeningen over 2011 en 2012 van RdK zijn, naar de Onderzoeker op 27 mei 2016 door RdK is medegedeeld, inmiddels goedgekeurd door de RvC.
9. De jaarrekening 2011is voorzien van een goedkeurende accountantsverklaring van Deloitte Dutch Carribean gedateerd 19 maart 2015. In die verklaring wordt overigens opgemerkt dat de balans en de winst- en verliesrekening van CUCH met inbegrip van CUC apart worden gepresenteerd en niet zijn geconsolideerd in de jaarrekening van RdK. (...)
10. De jaarrekening over 2012 is voorzien van een goedkeurende accountantsverklaring van Deloitte Dutch Carribean van 11 december 2015. In de verklaring wordt aandacht gevraagd voor de omstandigheid dat RdK de kosten gemoeid met het onderhoudsprogramma voor de BOO-centrale voor haar rekening neemt.
11. Naar de Onderzoeker begrijpt zijn de opgemaakte jaarrekeningen van RdK wel aan de algemene vergadering overhandigd, maar door haar nog niet goedgekeurd.
12. De jaarrekening over 2011 van CUCH is eveneens voorzien van een goedkeurende accountantsverklaring van Deloitte Dutch Carribean van 19 maart 2015. In de verklaring wordt aandacht gevraagd voor de opmerking over de onzekerheid met betrekking tot de mogelijkheid van de vennootschap als going concern verder te gaan.
(p. 312 e.v.)
3. Interim dividend
1. Op 20 juni 2012 heeft de Raad van Ministers besloten met ingang van het schooljaar 2012/2013 gratis onderwijs aan te bieden. Daartoe zou de regering een lening moeten aangaan bij PSB Bank N.V. Bij besluit van 5 juli 2012 heeft de RvC (van wie toen ook J.A.W. [betrokkene 21] deel uitmaakte) van RdK besloten bij wijze van garantie voor die lening een bedrag van NAF 20 miljoen te deponeren bij PSB Bank N.V. tegen een gefixeerde rente van 2,75% per jaar.
2. Dat besluit is bij besluit van de RvC van 7 augustus 2012 ingetrokken en vervangen door het

besluit van de RvC dat RdK bij wijze van voorschot op een toekomstige dividenduitkering tot een maximum bedrag van NAF 17.258.610 gelden ten behoeve van kosteloos onderwijs ter beschikking stelt aan de schoolbesturen. De Onderzoeker merkt terzijde op dat het laatstgenoemde besluit niet mede is getekend door de commissarissen [betrokkene 22] en [betrokkene 20], zodat afgezien van wat overigens over dit besluit valt te zeggen het de vraag is of het besluit rechtsgeldig is genomen. (...)
4. Het behoeft weinig toelichting dat de RvC het besluit tot het ter beschikking stellen van het hiervoor genoemde bedrag aan de directeuren van de scholen niet had kunnen nemen. Niet blijkt dat het bevoegde vennootschappelijke orgaan, – naar RdK heeft laten weten het bestuur – een besluit heeft genomen. Hoewel dat werd aangekondigd, blijkt ook niet dat de algemene vergadering een besluit heeft genomen. Er is slechts sprake van een 'politieke' opdracht. In de tweede plaats is er geen sprake van een interim dividenduitkering aan een aandeelhouder of andere dividendgerechtigde, maar om een gift aan een derde. En hoewel een interim dividend niet uitgesloten kan worden geacht zonder dat sprake is van een vastgestelde jaarrekening, moet wel worden aangenomen dat ten minste een zodanige tussentijdse 'jaarrekening' wordt opgesteld dat kan blijken dat is voldaan aan statutaire voorwaarden voor dividenduitkering, zoals neergelegd in artikel 25 lid 3 van de statuten van RdK. De opmerking van de RvC in zijn besluit dat de uitkering geen afbreuk doet aan de liquiditeit en de solvabiliteit, kan daarvoor niet in de plaats komen, te minder waar het zeer de vraag is of die opmerking goede grond heeft. De RvC heeft zich bijvoorbeeld op het – niet toegelichte – standpunt gesteld dat een van de belangrijkste assets van RdK, de 100% deelneming in CUCH, niets tot vrijwel niets waard was, en voorts waren, zoals elders aan de orde is gekomen, omvangrijke middelen nodig voor het in de ogen van de RvC noodzakelijke turn around project met betrekking tot de BOO-centrale. Ten slotte valt nog te wijzen op de omstandigheid dat ten tijde van het besluit van de RvC sprake was van een aanwijzing van het College financieel toezicht op basis van de Rijkswet financieel toezicht Curaçao en Sint Maarten.
(p. 315 e.v.)

4. Externe consultants
1. In de brief van 12 oktober 2012 van Van Gestel en Faneyte van SOAB aan de Minister van Financiën, [betrokkene 41], is opgenomen:
Onder het kopje 4.4. 'Advies':
'Wij hebben geconstateerd dat RdK een contract heeft met onder andere de volgende adviesbureaus, maar wij hebben tot heden nog geen eindproduct ontvangen van deze adviseurs in de vorm van rapportages.
– FTI.
– Solomon.
– Gulf Americas.'
(...)
(p. 317 e.v.)
5. ICT-projecten
(...)
2. In oktober 2012 hebben [betrokkene 22] en [betrokkene 20] in hun hoedanigheid van gedelegeerd bestuurder een assignment proposal getekend met als aanbieder van diensten [betrokkene 44], die handelt onder de naam EDJT Quality Consulting en IT-diensten aanbiedt. Naar de stelling van FAS is [betrokkene 44] gehuwd met de dochter van [betrokkene 15], die destijds commissaris van RdK was. Ingevolge die overeenkomst ging [betrokkene 44] IT-diensten aan RdK verlenen, volgens artikel 6 van het contract voor een bedrag van NAF 26.250 per maand. Van enige aanbestedingsprocedure of van verschillende offertes is niet gebleken. Bij de stukken bevinden zich facturen van [betrokkene 44] alleen al over de maand oktober van NAF 63.030. Ingevolge artikel 31 van de General conditions and regulations on the performance of work van RdK is het aangaan van overeenkomsten van opdrachten zoals de onderhavige niet toegestaan.
3. Behalve met [betrokkene 44] is in dezelfde periode ook een overeenkomst gesloten met ACS Curaçao voor het leveren van IT-materialen en het verrichten van IT-werkzaamheden. ACS Curaçao heeft alleen al in de maanden oktober en november 2012 zes facturen voor een bedrag van NAF 165.224,28 ingediend. Ook hier is niet gebleken van verschillende offertes of van een adequate aanbestedingsprocedure.
4. Waarom deze overeenkomsten moesten worden gesloten is niet aanstonds helder, te minder daar door RdK in de procedure naar voren is gebracht dat het ICT-systeem van RdK eenvoudig van aard was.
(p. 321 e.v.)

7. Reserveringen voor toekomstige investeringen
(...)
2. Dat in ieder geval de opbouw van het eigen vermogen van RdK mede tot doel had de toekomst van de energievoorziening van Curaçao veilig te stellen, (...)
3. In 2011 en 2012 heeft het zogenaamde turnaround-project met betrekking tot de BOO-centrale gelopen. In dat verband zijn namens RdK door de RvC diverse financieel omvangrijke contracten gesloten met leveranciers en contractors zonder dat aanbesteding plaatsvond en zonder dat offertes zijn gevraagd.
(...)
(p. 324 e.v.)
8. Verwerving aandelen in CUCH
In de conceptjaarrekening van 2011 is blijkens het rapport van SOAB van 12 oktober 2012 het 49% aandelenbelang in CUCH, zoals verkregen van Aqualectra, verantwoord als winst ten bedrage van NAF 65.478.390. De hele centrale is in die jaarrekening gewaardeerd op NAF 258.155.673. Van enige besluitvorming ter zake van de verkrijging van die aandelen door de RvC onderscheidenlijk bestuur van RdK is niet gebleken.
2. Evenmin is op enige wijze gebleken dat binnen RdK aandacht is besteed aan de vraag welke de gevolgen zouden zijn voor RdK van de diverse overeenkomsten die in verband met de BOO-centrale waren gesloten en de rechten en verplichtingen die voor Aqualectra uit dien hoofde golden.
(...)
3. Op 8 december 2011 heeft RdK het 51% aandelenbelang in CUCH van CEC (Marubeni/Mitsubishi) verkregen. Niet is gebleken of de vraag onderzocht is of die verkrijging contractuele consequenties had met betrekking tot verschillende contracten rondom CUC. Evenmin is duidelijk of ISLA een vordering had uit hoofde van liquidated damages en fuel claims. Verder bestaat onzekerheid over de vraag of er sprake was van break up costs of penalties en/of vrijwaringen zijn verstrekt.
(p. 325 e.v.)
9. Loan, Payment, Purchase, Relinquishment and Termination Agreement
(...)
14. (...) Wel is de Onderzoeker van mening dat, nu de transactie op basis van een fair market value van de te verwerven activa die nog niet aan RdK toebehoorden plaats vond – en naar zijn opvatting trouwens ook had behoren plaats te vinden –, het niet goed is te aanvaarden dat op geen enkel manier onderzocht is of de door RdK aan die activa toegekende waarde inderdaad de fair market value was. Het aangedragen argument dat een objectieve waardevaststelling niet nodig was omdat het om een inter company transactie ging, overtuigt niet, nu immers ook voor dat soort transacties geldt dat zij geen oneigenlijke vermogensverschuivingen tot gevolg mogen hebben.
15. Ten slotte bestaat ook onduidelijkheid over de vraag of nog sprake is van vorderingen op CUC, waar in het kader van de transactie geen aandacht aan is besteed, hoewel dat vanuit een oogpunt van verantwoorde besluitvorming wel had gemoeten.
(...)
(p. 336 e.v.)
10. De BOO Centrale, het turnaround project en de financiële positie van RdK
(...)
4. Zoals hierna nader wordt toegelicht, moet met betrekking tot het turn around project worden gesproken van een donkere periode van RdK, die heeft geduurd tot in ieder geval ultimo 2012. Het effect daarvan is dat vrijwel niet valt na te gaan wat zich bij RdK heeft afgespeeld, in het bijzonder niet wat betreft de uitgaven in verband met de – investeringen in de – BOO-centrale.
5. Een troebele bedrijfsvoering is alleen maar mogelijk als de corporate governance niet op orde is. Het lijkt niet voor betwisting vatbaar dat dit laatste bij RdK in 2011 en 2012 het geval was. In de eerste plaats moet worden vastgesteld dat niet behoorlijk is voorzien in het bestuur en het toezicht van RdK. Samengevat komt het erop neer dat het bestuur de facto buiten het project werd gehouden en dat [betrokkene 1] het bestuur en de zeggenschap over dat project feitelijk naar zich toe heeft getrokken. (...) Los van het feit dat dit uit een oogpunt van good governance onaanvaardbaar is te achten, heeft de eventuele veronderstelling dat hij daartoe de bekwaamheden zou bezitten geen grond. In de gesprekken die de Onderzoeker met [betrokkene 1] heeft gehad – al aangenomen dat de ontmoetingen die kwalificatie kan worden toegekend – is uit geen enkel antwoord op welke vraag dan ook af te leiden geweest dat [betrokkene 1] verstand van zaken had.
6. Ten minste zo erg, zo niet erger is dat de financiële verantwoording van het project volstrekt onmogelijk is. Op enig moment in 2012 is binnen RdK zelfs de situatie gecreëerd dat een uit drie personen bestaand management team in het le-

ven is geroepen. Het ging om [betrokkene 46], [betrokkene 45] en [betrokkene 47]. Het team rapporteerde rechtstreeks aan de commissarissen [betrokkene 1] en [betrokkene 22] en de financiële administratie van het project werd apart en buiten de algemene financiële administratie gehouden. Anderen, onder wie niet alleen degenen die in de financiële administratie werkzaam waren maar ook de bestuurder [betrokkene 14], dan leden van het management team hadden dan ook geen zicht op wat er financieel in het project omging.
7. Het besluit van de raad van commissarissen tot het in het leven roepen van het hiervoor genoemde managementteam is neergelegd in een memorandum van 16 mei 2012 van [betrokkene 1] in zijn hoedanigheid van president-commissaris en ondertekend door [betrokkene 1] en [betrokkene 22] aan alle werknemers van CRU, alle werknemers van RdK die werkzaam waren bij de BOO-centrale, alle leden van het managementteam en alle derden met wie overeenkomsten werden gesloten (vendors and contractors) in verband met de BOO-centrale: (...)
8. Nadat [betrokkene 1] en het management team van het toneel waren verdwenen, bleek de gehele administratie rond de BOO-centrale te zijn verdwenen. Een enkele geïnterviewde heeft de Onderzoeker laten weten dat de ordners waarin die administratie was te vinden zou zijn meegenomen uit de kamer waarin [betrokkene 1] werkzaam was. Verder moet de vaststelling zijn dat de digitale versie van de (financiële) administratie niet was opgeslagen in het digitale systeem van RdK, maar zich bevond op de laptop van de financiële manager en op een USB-stick. Die stick zou zijn verdwenen of gecrasht en de laptop zou eveneens zijn gecrasht.
9. Het na het vertrek van [betrokkene 1] en de zijnen aangetreden nieuwe bestuur van RdK heeft een forensisch onderzoek doen plaatsvinden naar de verdwenen (financiële) administratie en mogelijke onregelmatigheden in verband met het turn around project. Het onderzoek, dat ook persoonsgericht was, is uitgevoerd door Forensic Services Caribbean N.V. (B. van Leeuwen en R.G. Hamers) en heeft geresulteerd in een tweetal rapporten. Dat onderzoek heeft naar het oordeel van de Onderzoeker geen bruikbare resultaten opgeleverd en heeft er in ieder geval niet toe geleid dat licht in de hiervoor genoemde financiële duisternis is ontstaan. Wel wordt opgemerkt dat [betrokkene 1] een sterk sturende rol heeft vervuld – hij tekende als enige diverse memo's –, dat [betrokkene 14] van zijn verantwoordelijkheid werd ontheven en dat [betrokkene 45] en [betrokkene 46] rechtstreeks rapporteerden aan [betrokkene 22].
10. Het na het vertrek van [betrokkene 1] en de zijnen aangetreden nieuwe bestuur van RdK heeft voorts PwC (Gerald Stacie RA) opgedragen een onderzoek te doen naar bestellingen en de financiële verantwoording daarvan in het kader van het turn around project. De Onderzoeker heeft slechts zeer kort geleden, namelijk bij e-mail van 24 februari 2016, de beschikking gekregen over een omvangrijk excel bestand dat door PwC is vervaardigd. Dat bestand betreft een onderzoek naar 231 'purchase orders'. Hierna wordt daarop teruggekomen, maar de conclusie uit dat bestand is in ieder geval dat de (financiële) administratie een chaos is en dat de rechtmatigheid en doelmatigheid van de uitgaven in een zeer groot aantal gevallen niet is vast te stellen. RdK heeft de Onderzoeker toegezegd hem een kopie te sturen van het eindrapport van PwC. Dat eindrapport is nog niet ontvangen.
(...)
15. (...) Uit het vorenstaande volgt dat niet goed is vast te stellen of inderdaad sprake is van onregelmatigheden, maar in ieder geval is aannemelijk dat van dubieuze bestellingen en betalingen sprake is geweest. En het moet RdK, die immers een boekhoudplicht heeft, die als zeer zwaarwegend heeft te gelden (naar Nederlands recht levert het verzaken van de boekhoudplicht voor bestuurders en commissarissen in ieder geval aansprakelijkheid op), worden verweten dat het nodige inzicht niet valt te verkrijgen. Mede om die reden worden die voorbeelden hierna vermeld. De genoemde oncontroleerbaarheid betekent overigens ook dat niet steeds valt vast te stellen of het gaat om aangelegenheden betreffende het turn around project of ook betreffende de gewone bedrijfsvoering.
16. Overigens kan wel worden vastgesteld dat op geen enkele manier is gebleken dat aankopen werden voorafgegaan door aanbestedingsprocedures of het opvragen van diverse offertes van verschillende leveranciers. (...)
20. Zoals is vermeld in het rapport van SOAB van 12 oktober 2012, is in 2012 NAF 128.130,25 betaald voor advieswerk. Niet is evenwel gebleken dat werk is verricht of dat enig advies is uitgebracht.

21. Naar de stellingen van FAS zou RdK contracten voor het aanleggen van kabels (Installation and termination of the Fiber Optic Cable from CRU to SWD-7) hebben gesloten met een vennootschap waarvan de commissaris [betrokkene 22] aandeelhouder onderscheidenlijk bestuurder was. Het zou gaan om Quality and Quantity Systems (QQS) N.V., dat werd opgevolgd door Allcur communications N.V., handelende onder de naam Opticopper, nadat bekend werd dat [betrokkene 22] bestuurder-aandeelhouder was van de eerstgenoemde vennootschap, maar waarvan hij ook de aandeelhouder is.
22. Hiervoor is aan de orde gekomen dat PwC in het kader van een onderzoek naar de orders en opdrachten in het kader van het turn around project onderzoek gedaan, waarvan de uitkomsten zijn neergelegd in een zeer omvangrijk excel-bestand. (...) Het onderzoek heeft betrekking op 231 opdrachten/bestellingen uit de jaren 2011 en 2012. Heel grof geteld is daar NAF 16 miljoen mee gemoeid. Daarnaast is wat het bedrag van de opdracht/bestelling betreft in 36 gevallen vermeld dat dit niet bekend is (unavailable). Er is vrijwel geen opdracht/bestelling die volledig traceerbaar of controleerbaar is. Het woord unavailable komt in vrijwel alle gevallen (enige honderden malen) in een of meer (sub)kolommen voor. Hierna wordt volstaan met in alfabetische volgorde de vermelding van de laatste kolom, de kolom Comment en de vermelding van de soort en het aantal opmerkingen dat in die kolom is aan te treffen. (...)
23. De conclusie uit dat alles kan niet anders zijn dan dat de (financiële) verantwoording van de opdrachten en bestellingen op een ondeugdelijke en onverantwoordelijke manier heeft plaats gevonden. Dit moet worden gekwalificeerd als een zeer ernstige tekortkoming van de toenmalige leiding van RdK van een ongekende soort.
24. Geheel ten overvloede en ter bevestiging van de zojuist vermelde conclusie wijst de Onderzoeker nog op hetgeen terzake is gerelateerd door SOAB. In de brief van 12 oktober 2012 van Van Gestel en Faneyte van SOAB aan de Minister van Financiën, [betrokkene 41], is opgenomen: Onder het kopje 4.8. 'Veilig stellen van informatie bij RdK en CRU': 'Op schriftelijk verzoek van de Minister van Financiën d.d. 5 oktober jl. heeft de SOAB dezelfde middag nog het digitale materiaal (administratie, e-mails, bestanden) van RDK veilig gesteld. Hierbij is SOAB door de advocaat van RdK erop gewezen dat een dergelijk verzoek van de aandeelhouder niet kan worden gehonoreerd, omdat deze bestanden ook persoonlijke, vertrouwelijke en/of bedrijfskritische informatie zouden kunnen bevatten. Met de directie van RdK is, na ruggespraak met de advocaat, overeengekomen een backup te maken van alle digitale bestanden. Deze backup is, samen met een volledige backup van de digitale informatie per vrijdag 28 september 2012, gedeponeerd in de kluis van Notaris Alexander aan de Gaitoweg te Curaçao. Hierbij heeft de notaris de instructie gekregen deze informatie alleen ter beschikking te stellen in aanwezigheid van 2 specifiek benoemde functionarissen van RdK en SOAB. Deze informatie is alleen na instemming van de Directie van RdK beschikbaar voor medewerkers van SOAB. Op maandag 8 oktober heeft de SOAB het digitale materiaal van CRU veilig willen stellen. Eerder was helaas niet mogelijk omdat gedurende het weekend geen toegang werd verleend tot het terrein van de raffinaderij. Doel was de beschikking te krijgen over een backup van alle digitale informatie van vrijdag 28 september 2012 waarop eventuele nadien verwijderde informatie nog aanwezig zou zijn. Uit een analyse van de IT coördinator van CRU en de systeembeheerder bleek echter dat de meest recente backup van het financiële systeem dateerde van 1 september jl. Een recente backup van de fileserver (o.a. Word, Excel en PDF bestanden) was niet terug te vinden. Tenslotte dateerde de meest recente backup van de exchange server (e-mails) van april 2011. De backup van het financiële systeem d.d. 1 september 2012 alsmede een actuele kopie van de hoofddirectory 'Accounting' zijn nog dezelfde dag gedeponeerd in de kluis van Notaris Alexander. De volgende dag is daar de backup van de Exchange server (e-mails) aan toegevoegd. Deze backup kon niet ter plaatse worden gefabriceerd omdat dit zou betekenen dat gedurende 2 uur geen e-mail verkeer mogelijk zou zijn. Derhalve is deze backup in de nacht van maandag 8 op dinsdag 9 oktober gemaakt. Aan de notaris zijn dezelfde instructies gegeven als voor de gegevensdragers van RdK. Gezien het ontbreken van actuele backups bij CRU alsmede het feit dat pas na het weekend toegang kon worden verkregen tot het digitale materiaal van CRU kan; geen zekerheid worden gegeven over de volledigheid van de bij CRU veiliggestelde informatie.'

25. Inmiddels moet met betrekking tot de BOO-centrale nog het volgende onder de aandacht worden gebracht. (...)
31. Het effect van de afwaardering tot nihil is geweest dat in het boekjaar 2011 door RdK een verlies is geleden van NAF 124.918.000, goeddeels veroorzaakt door loss on acquisition and restructuring of CUC Holdings N.V. (...)
33. De conclusie lijkt zich dus op te dringen dat de manier waarop bij RdK in de jaren 2011 en 2012 is omgegaan met de BOO, bij RdK behalve tot ondoorzichtige uitgaven tot gigantische verliezen heeft geleid. Vastgesteld moet immers worden dat niet alleen de totale waarde van de BOO zoals die in 2012 nog door SOAB werd gewaardeerd op afgerond NAF 258 miljoen, geheel is verdampt maar dat ook alle uitgaven in die periode als gevolg van het turn-around-project verloren zijn gegaan. Bij de bespreking van dat project is al gebleken dat er overigens geen zicht is op de vraag hoeveel geld met project gemoeid is geweest en waaraan onderscheidenlijk aan wie dat geld is besteed. Daarmee is het zeer de vraag geworden of RdK en daarmee Curaçao in staat is om de exploitatie van de raffinaderij na 2019 zelfstandig ter hand te nemen indien dat zou moeten gebeuren omdat het contract met PDVSA niet wordt verlengd. Waar eerder het de bedoeling was dat voor dat geval RdK over voldoende financiële middelen zou beschikken om dat mogelijk te maken, moet nu worden vastgesteld dat daaromtrent ernstige twijfel bestaat. (...)
(p. 372 e.v.)
11. De never ending story van de BOO-centrale
(...)
(p. 394 e.v.)
3. (...) Als het om de BOO-centrale gaat, dan is het verwijt in essentie en samengevat dat RdK ultimo 2010/begin 2011 het 49%-pakket van Aqualectra in CUCH ten onrechte om niet heeft verkregen, dat bij gelegenheid van die verkrijging geen aandacht is geschonken aan de ingewikkelde juridische structuur rondom de BOO-centrale, dat Aqualectra van dat een en ander grote schade heeft ondervonden en ondervindt, dat de herstructurering rond CUC ultimo 2011 met veel vraagtekens is omgeven en dat het turn around project van de BOO-centrale in 2011 en 2012 financieel volstrekt ondoorzichtig en oncontroleerbaar is. Dat een en ander heeft toen alleen maar kunnen plaatsvinden omdat in de genoemde jaren de corporate governance beginselen met voeten zijn getreden. Uiteengezet is op welke gronden en op basis van welke verkregen feitelijke informatie die bevindingen zijn gebaseerd.
4. Naar de opvatting van de Onderzoeker is de hiervoor in nummer 2 gegeven uiteenzetting van RdK een herhaling van in de procedure en in de interviews door de toenmalige representant van de aandeelhouder en de toenmalige RvC van Aqualectra en van RdK ingenomen standpunten en ontbreken de feitelijke gegevens die kunnen leiden tot de vaststelling dat die standpunten in de feiten steun vinden. De Onderzoeker hecht eraan op te merken dat hij de toenmalige representant van de aandeelhouder en de toenmalige RvC van Aqualectra en RdK bij herhaling heeft gevraagd om specifieke gegevens waaruit zou kunnen blijken dat de door hen gegeven voorstelling van zaken steun vindt in de feiten. Met name [betrokkene 1] heeft beklemtoond dat alles wat naar voren werd gebracht terug te lezen was in uitvoerige documentatie. [betrokkene 1] heeft bij gelegenheid van het eerste interview de Onderzoeker kasten vol met ordners laten zien, gezegd dat alles wat zich vanaf ultimo 2010 tot ultimo 2012 had voorgedaan daarin tot in het grootste detail was terug te vinden en dat hij de Onderzoeker zou voorzien van alle van belang zijnde stukken. Dat laatste heeft hij herhaald bij gelegenheid van het tweede interview. Wat daarvan is geworden, is eerder vermeld.
5. Het is dan ook de opvatting van de Onderzoeker dat 'tot op tegenbewijs' de eerder door hem in dit verslag verwoorde bevindingen overeind staan. Wellicht dat nader onderzoek alsnog handen en voeten zou kunnen geven aan de hiervoor weergegeven uiteenzetting van RdK, maar om eerder in dit verslag weergegeven redenen is de Onderzoeker in de tijd die hem restte daar niet meer aan kunnen toekomen."

4. De beoordeling

In de drie zaken

De ontvankelijkheid
4.1.1. Door verweerders en belanghebbenden is op een aantal gronden betoogd dat één of meer van de verzoekers niet-ontvankelijk moeten worden verklaard. In de hierna volgende overwegingen 4.1.2 tot en met 4.1.8 gaat het Hof op deze gronden in. Als algemene overweging laat het Hof daaraan voorafgaan dat voor niet-ontvankelijk-

verklaring slechts plaats is in gevallen waarin de rechter op processuele gronden niet toekomt aan een behandeling van de zaak ten principale.
4.1.2. Het is voor verweerders en belanghebbenden goed kenbaar waartegen zij zich hebben te verweren in het kader van de verzoeken van FAS, namelijk tegen hetzelfde als waartegen zij zich hebben te verweren in het kader van de verzoeken van het OM. De omstandigheid dat FAS geen eigen argumenten heeft aangedragen en slechts heeft verwezen naar de verzoeken van het OM, maakt niet dat zij niet-ontvankelijk zou moeten worden verklaard in haar verzoeken.
4.1.3. Uit het als zodanig in de verweerschriften van [betrokkene 1] c.s. aangeduide "primaat van de politiek" kan geen processuele grond worden afgeleid die aan behandeling van de zaak ten principale in de weg staat. Aan de ontvankelijkheid staat in elk geval niet in de weg dat de verzoeken mede verband houden met politieke beraadslagingen en besluitvorming. Zoals in rov. 5.1.1-5.1.3 van de beschikking van 15 juli 2013 reeds is overwogen, kunnen de publiekrechtelijke verantwoordelijkheden en interne besluitvorming van (de organen, vertegenwoordigers en/of diensten van) het Land (en de daarbij betrokken politici, ambtenaren en andere personen) de verantwoordelijkheid van het Land als enig aandeelhouder van verweerders, zoals deze mede wordt bepaald door art. 2:7 BW, niet aantasten. Zoals verder in rov. 5.1.3 van de beschikking van 15 juli 2013 is overwogen, kan de wijze waarop het Land aan deze verantwoordelijkheid invulling geeft, mede bijdrage tot het oordeel dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen. De wijze waarop het Land aan deze verantwoordelijkheid invulling geeft, kan tevens bijdragen tot het oordeel dat er sprake is van wanbeleid. Dit kan in een civiele enquêteprocedure worden onderzocht. Het "primaat van de politiek" maakt dus niet dat bij een naamloze vennootschap waarvan alle aandelen door het Land worden gehouden, geen sprake kan zijn van wanbeleid. Het maakt ook niet dat politieke ambtsdragers niet kunnen worden aangewezen als daarvoor verantwoordelijke personen.
4.1.4. Ook het verweer dat het OM en Aqualectra niet-ontvankelijk moeten worden verklaard in hun verzoeken omdat een onderbouwing van de verzoeken en een specificatie van de verantwoordelijkheid ontbreekt, treft geen doel. Op zichzelf is juist dat het Hof zich dient te onthouden van een oordeel dat sprake is van wanbeleid indien een voldoende duidelijke omschrijving van het verzoek en de gronden waarop het berust ontbreken (HR 8 april 2005, («JOR» 2005/119, m.nt. Brink; *red.*), ECLI:NL:HR:2005:AS5010 (Laurus)). In dit geval volgt uit de in de verzoeken betrokken stellingen en de daarop (met name door Aqualectra) tijdens de behandeling gegeven toelichting echter in voldoende mate welke omstandigheden volgens verzoekers tot de conclusie wanbeleid moeten leiden en waarom. Ook kan niet worden gezegd dat verweerster en belanghebbenden in dit verband tekort zijn gedaan in hun recht zich tegen de verzoeken te verdedigen.
4.1.5. Het betoog dat het OM niet-ontvankelijk moet worden verklaard omdat het met het indienen van het onderhavige verzoek zijn taak en bevoegdheden heeft miskend, faalt eveneens. Het OM is krachtens art. 2:282 lid 1 BW bevoegd het Hof te verzoeken wanbeleid vast te stellen. De overige taken van het OM doen daar niet aan af.
4.1.6. Ook de eventuele onvolkomenheden in de wijze van totstandkoming, de inhoud en/of de onderbouwing van het onderzoeksverslag, de daartoe behorende stukken, in de omschrijving van de verwijten van het OM in het verzoekschrift van 29 augustus 2016 en/of in de wijze waarop het verzoekschrift aansluiting zoekt bij het onderzoeksverslag, leveren geen processuele gronden op waardoor het Hof niet zou kunnen toekomen aan een behandeling van de zaak ten principale. Zij kunnen dus niet leiden tot niet-ontvankelijkverklaring van het OM.
4.1.7. Zoals het Hof eerder heeft overwogen (Hof 29 juni 2012, ECLI:NL:OGHACMB:2012:BX0420, rov. 3.1 en 3.2, Hof 5 maart 2013, ECLI:NL:OGHACMB:2013:BZ4843, rov. 3.1 en Hof 15 juli 2013, ECLI:NL:OGHACMB:2013:3, rov. 5.3), geldt voor de enquêteregeling het overgangsrechtelijke regime van de onmiddellijke werking. De onmiddellijke werking van art. 2:271 BW brengt mee dat het Hof bij de inwerkingtreding van die bepaling onmiddellijk de daarin omschreven bevoegdheid heeft verkregen een onderzoek te bevelen. De bepaling houdt geen beperking in met betrekking tot de periode waarin de feiten zich moeten hebben voorgedaan om te kunnen worden onderzocht. Daarom kunnen feiten die zich hebben voorgedaan vóór de invoering van de enquêteregeling in beginsel (mede) ten grondslag worden gelegd aan de beslissing om een dergelijk onderzoek te bevelen en kan het

onderzoek zich in beginsel (mede) uitstrekken tot de periode vóór de invoering van de enquêteregeling. Ook art. 2:282 lid 1 BW heeft onmiddellijke werking. Dit brengt mee dat het Hof bij de inwerkingtreding van die bepaling onmiddellijk de daarin omschreven bevoegdheid heeft verkregen vast te stellen dat uit een onderzoeksverslag blijkt dat sprake is geweest van wanbeleid. Ook deze bepaling houdt geen beperking in met betrekking tot de periode waarin de feiten zich moeten hebben voorgedaan om aanleiding te kunnen geven tot de vaststelling wanbeleid. Het Hof kan dus ook wanbeleid vaststellen op grond van feiten die zich vóór 1 januari 2012 hebben voorgedaan. Dit is niet in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel en verschaft aan de wet ook geen terugwerkende kracht.

4.1.8. Indien het Hof wanbeleid vaststelt op grond van feiten die zich vóór 1 januari 2012 hebben voorgedaan en personen aanwijst die daarvoor verantwoordelijk zijn, kan het Hof in de enquêteprocedure echter niet op grond van uitsluitend die feiten ten nadele van die personen voorzieningen treffen als bedoeld in art. 282 lid 3 jo. 283 BW. Dat zou niet zozeer in strijd zijn met het rechtszekerheidsbeginsel als wel met een enquêterechtelijke variant van het in het strafrecht bekende legaliteitsbeginsel, dat meebrengt dat het treffen van dergelijke voorzieningen ten nadele van personen slechts mogelijk is uit kracht van een aan de feiten die tot de voorzieningen hebben geleid voorafgegane wettelijke grondslag. Het Hof ziet, zoals hierna zal blijken, in de onderhavige zaken overigens geen aanleiding om voorzieningen te treffen als bedoeld in art. 282 lid 3 jo. 283 BW.

Verdere voorafgaande opmerkingen

4.1.9. In het midden kan blijven of verweerders als groepsvennootschappen met elkaar in een groep zijn verbonden in overeenkomstige zin als omschreven in art. 2:24b BW-NL. In dat geval geldt voor verweerders het concernbelang weliswaar als een relevant extern belang waarmee hun organen bij hun taakvervulling rekening hebben te houden, maar dit concernbelang kan in dit geval gelijk worden gesteld met het algemeen belang – het belang van de Curaçaose samenleving als geheel. Ook indien verweerders niet als groepsvennootschappen in voornoemde zin kunnen worden beschouwd, geldt dat verweerders en hun organen rekening hebben te houden met het algemeen belang. De omstandigheden dat het Land als publiekrechtelijke rechtspersoon alle aandelen van verweerders houdt en dat verweerders alle drie een openbare nutsfunctie hebben (op het gebied van energievoorziening voor het Land), brengen dat mee. Het wordt nog eens bevestigd door de omstandigheid dat (sinds eind 2011) in de modelstatuten voor overheids-NV's en in de statuten van elk van verweerders is bepaald dat de vennootschap bij het bereiken van haar doel het algemeen belang en een deugdelijke sociaaleconomische ontwikkeling van Curaçao in acht dient te nemen. Het algemeen belang en de ontwikkeling van Curaçao kunnen echter niet doorslaggevend zijn in die zin dat zij zonder meer prevaleren boven de andere bij de onderscheiden vennootschappen betrokken belangen. Zie voor het overige rov. 5.1.1-5.1.3 van de beschikking van 15 juli 2013.

4.1.10. Bij de beoordeling van de vraag of van wanbeleid sprake is geweest moet voorop worden gesteld dat Aqualectra een naamloze vennootschap naar het recht van Curaçao is en als zodanig is onderworpen aan de voor naamloze vennootschappen geldende regels van Boek 2 BW. Dat de aandelen in Aqualectra (al dan niet rechtstreeks of door tussenkomst van een derde (StIP)) door het Land worden gehouden, doet daar niet aan af. De toepasselijkheid van de bepalingen van Boek 2 BW brengt mee dat bij de uitoefening van de aan de afzonderlijke organen toegekende bevoegdheden de in verband daarmee in Boek 2 opgenomen, daarop gebaseerde of daaraan ten grondslag liggende regels in acht moeten worden genomen. Nu het gaat om vennootschappen waarvan de aandelen in handen zijn van het Land, spelen hierbij ook een rol de Eilandsverordening Corporate Governance van 12 oktober 2009 (AB 2009, 92) en het daarop gebaseerde Eilandsbesluit Code Corporate Governance Curaçao van 28 oktober 2009 (AB 2009, 96).

4.1.11. De onderzoeker heeft op p. 36-38 van zijn verslag verantwoord waarom hij geen nader onderzoek heeft gedaan naar besprekingen binnen de Raad van Ministers over de aangelegenheden die in zijn verslag aan de orde komen. In de eerste plaats had hij de indruk dat [betrokkene 31] dat niet op prijs stelde, in de tweede plaats meende hij dat dit onderzoek niet nodig is om in het perspectief van het enquêterecht het gedrag van de aandeelhouder te kunnen beoordelen en in de derde plaats betwijfelde hij of dergelijk onderzoek zinvol zou zijn, omdat aangenomen moet worden dat

een deel van de onderwerpen waarnaar het onderzoek zich richtte, niet in de Raad van Ministers ter sprake is geweest.
Het Hof acht nader onderzoek naar besprekingen binnen de Raad van Ministers niet nodig om het Hof in staat te stellen tot de oordelen te komen die hierna worden gegeven. Zijdens [betrokkene 31] is aangevoerd dat de wijze waarop hij de aandeelhouder heeft vertegenwoordigd en anderszins de belangen van de aandeelhouder heeft behartigd, steeds in overeenstemming is geweest met de wijze waarop de aandeelhouder vertegenwoordigd wenste te worden of zijn belangen behartigd wenste te zien. Voor het tegendeel zijn geen aanwijzingen.

Het onderzoeksverslag
4.1.12. [betrokkene 1] c.s. hebben aangevoerd dat het onderzoeksverslag niet aan het oordeel wanbeleid ten grondslag kan worden gelegd, omdat de onderzoeker geen hoor en wederhoor heeft toegepast en er om die reden geen sprake is van een eerlijk proces als bedoeld in art. 6 EVRM.
4.1.13. Met betrekking tot [betrokkene 1] blijkt uit het onderzoeksverslag de volgende gang van zaken. De onderzoeker heeft op 12 september 2013 en 10 maart 2014 met [betrokkene 1] gesproken. Hij heeft ter gelegenheid van het tweede gesprek een lijst met vragen aan [betrokkene 1] voorgelegd. Voorts heeft de onderzoeker (waarschijnlijk per e-mailbericht van 23 juli 2015) conceptverslagen van zijn gesprekken met [betrokkene 1] aan hem doen toekomen. Vervolgens ontving de onderzoeker een brief van [betrokkene 1] van 15 september 2015, die melding maakt van de vragenlijst en de beide concept gespreksverslagen. Op 31 maart 2016 heeft de onderzoeker een concept onderzoeksverslag gestuurd naar de advocaat-generaal en de advocaten van de in de procedure betrokken partijen (p. 7 van het onderzoeksverslag). Aangezien [betrokkene 1] in de eerste fase van de procedure bij het Hof werd bijgestaan door mrs. D.D. Zahavi en L.A.E. Timmer, moet worden aangenomen dat de onderzoeker het concept onderzoeksverslag naar hen heeft toegestuurd. Naar het oordeel van het Hof mocht de onderzoeker aannemen dat het concept onderzoeksverslag via die weg [betrokkene 1] zou bereiken, aangezien deze advocaten zich niet aan de zaak hadden onttrokken. De onderzoeker heeft [betrokkene 1] derhalve voldoende gelegenheid tot wederhoor geboden.
4.1.14. Ten overvloede overweegt het Hof als volgt. De onderzoeker mocht de brief van [betrokkene 1] van 15 september 2015 redelijkerwijs aldus opvatten dat [betrokkene 1] verdere medewerking aan het onderzoek weigerde, ook al is de brief daar niet geheel ondubbelzinnig over. Niettemin lag het op de weg van de onderzoeker om, alvorens de definitieve versie van het onderzoeksverslag vast te stellen, ook aan (de advocaten van) [betrokkene 1] een concept onderzoeksverslag toe te zenden, aangezien in het conceptverslag belangrijke feiten ten aanzien van [betrokkene 1] werden vastgesteld, zoals de onderzoeker ook heeft gedaan. Indien het conceptverslag om welke reden dan ook [betrokkene 1] niet heeft bereikt, kan dat echter zonder gevolgen blijven, aangezien [betrokkene 1] in de tweede fase van de procedure voor het Hof in de gelegenheid is geweest alles over het verslag op te merken wat hem dienstig voorkwam. Dit is voldoende. Het Hof merkt nog op dat de onderzoeksfase niet strekt tot het vaststellen van burgerlijke rechten of verplichtingen als bedoeld in artikel 6 EVRM (EHRM 19 maart 2002, ARO 2002/49 (Text Lite)).
4.1.15. Voor de overige belanghebbenden geldt dat de onderzoeker conceptverslagen van zijn gesprekken met de desbetreffende persoon aan hem of haar heeft doen toekomen en dat hij het conceptverslag heeft doen toekomen aan de advocaten die zich voor de zaak hadden gesteld. Indien één van de overige belanghebbenden meent dat hij of zij daardoor onvoldoende gelegenheid heeft gehad opmerkingen te maken tegen de onderzoeker en verzoeken te doen aan de onderzoeker, is die mening onvoldoende onderbouwd om als verweer te kunnen slagen.
4.1.16. [betrokkene 31] heeft bij verweerschrift aangevoerd dat de onderzoeker ook het Land had moeten horen. Volgens hem had het Land op instigatie van de onderzoeker een persoon of dienst moeten aanwijzen om de onderzoeker te woord te staan en eventueel inzage te geven in notulen van beraadslagingen van de Raad van Ministers, besluiten van de Raad van Ministers en aan die besluiten ten grondslag liggende bescheiden. Anders dan hij in zijn verweerschrift heeft aangevoerd, heeft [betrokkene 31] daar tijdens zijn gesprekken met de onderzoeker blijkens de verslagen daarvan niet op aangedrongen, maar heeft hij zich toen juist beroepen op een geheimhoudingsplicht. Ook heeft [betrokkene 31] zich toen op het standpunt gesteld dat beraadslagingen en besluiten van

de Raad van Ministers zich niet lenen voor onderzoek in een civielrechtelijke enquête (p. 32 van de bijlagen van het onderzoeksverslag in foliovorm). Hoe dit ook zij, de enkele omstandigheid dat de onderzoeker niet de thans bij verweerschrift door [betrokkene 31] aangewezen weg heeft gevolgd, heeft geen gevolgen voor de bruikbaarheid van het onderzoeksverslag voor de hierna te geven beoordeling van de verzoeken van het OM, FAS en Aqualectra in de tweede fase; zie rov. 4.1.11 hiervoor.
4.1.17. [betrokkene 1] c.s. en [betrokkene 31] hebben voorts aangevoerd dat het onderzoeksverslag niet aan het oordeel wanbeleid ten grondslag kan worden gelegd, omdat het niet deugdelijk is onderbouwd met stukken. Ook dit verweer faalt. De onderzoeker is steeds, op basis van gesprekken met diverse betrokkenen en andere in zijn verslag genoemde informatie, tot conclusies gekomen ten aanzien van het door de vennootschappen gevoerde beleid. De gespreksverslagen zijn als bijlagen bij het verslag gevoegd. Weliswaar is de documentatie voor het overige niet of op een weinig toegankelijke wijze ter beschikking gesteld, maar niettemin is de inhoud van het verslag niet van zodanige aard dat van een onzorgvuldig of onevenwichtig verslag moet worden gesproken. Ook is verweer tegen het verslag goed mogelijk. Indien en voor zover verweersters en belanghebbenden menen dat de onderzoeker van onjuiste dan wel onvolledige feiten is uitgegaan, lag het op hun weg die feiten in hun verweerschriften en tijdens de mondelinge behandeling te bestrijden en/of de volgens hen van belang zijnde, maar niet door de onderzoeker in zijn onderzoek betrokken, feiten te stellen. Voor zover partijen dat behoorlijk gemotiveerd hebben gedaan en de bestreden of gestelde feiten van belang zijn voor de beslissing van het Hof, zal het Hof hierna daarop ingaan.
4.1.18. Voor zover [betrokkene 31] en [betrokkene 1] c.s. hebben gesteld dat de onderzoeker vooringenomen is, geldt dat het Hof geen omstandigheden zijn gebleken op grond waarvan het tot een dergelijk oordeel zou kunnen komen. Het Hof acht de bevindingen van de onderzoeker ten aanzien van de gedragingen die naar het oordeel van het Hof wanbeleid opleveren, ook voldoende onderbouwd. Voorts geldt dat voor zover [betrokkene 1] erover klaagt dat het onderzoek onvolledig is geweest, hij zelf, anders dan waartoe hij verplicht was, niet naar behoren aan dit onderzoek heeft meegewerkt. In het onderzoeksverslag heeft de onderzoeker (op p. 22) beschreven dat [betrokkene 1] ondanks toezeggingen heeft nagelaten verzochte informatie te verstrekken en antwoorden op gestelde vragen te geven.
4.1.19. Voor zover [betrokkene 31] en [betrokkene 1] c.s. menen dat de onderzoeker onvoldoende expertise bezit om het onderzoek deugdelijk te kunnen uitvoeren, geldt evenzeer dat dit nergens uit blijkt. Voor zover de onderzoeker iets verkeerd begrepen mocht hebben, stond het [betrokkene 31] en [betrokkene 1] c.s. vrij om hem dat tijdens het onderzoek duidelijk te maken en om het Hof hierop te wijzen in de tweede fase van de procedure. Voor zover zij dat voldoende gemotiveerd hebben gedaan en het van belang is voor de beslissing van het Hof, zal het Hof ook daarop ingaan.

In de zaak tegen Aqualectra
4.2.1. Verzoekers stellen zich op het standpunt dat uit het verslag blijkt van wanbeleid van Aqualectra in de onderzochte periode. Aan deze stelling hebben zij, kort gezegd, de volgende gronden ten grondslag gelegd: (i) het wijzigen van de samenstelling van de raad van commissarissen en het op oneigenlijke gronden ontslaan van de verschillende bestuurders, (ii) het op de stoel gaan zitten en monddood maken van het bestuur, (iii) het buitenspel zetten van StIP, (iv) de levering van de aandelen in CUCH om niet aan RdK, (v) de belangenvermenging van de betrokken commissaris bij deze levering, (vi) het aangaan van een Memorandum of Understanding inzake de bouw van een park met zonnepanelen, (vii) het bestellen van nieuwe ICT-systemen en het sluiten van overeenkomsten met consultants, (viii) de tariefsverlaging die aan haar werd opgelegd, (ix) het zonder zakelijke reden aannemen van grote aantallen uitzendkrachten en (x) het annuleren van de nieuwbouw met grote schadevergoedingsverplichtingen en kosten als gevolg. Verzoekers achten het treffen van voorzieningen als door hen verzocht geboden.

(i) De wijziging van de samenstelling van de RvC en het ontslag van het bestuur
4.2.2. Uit het verslag en de hiervoor weergegeven feiten komt naar voren dat kort na het aantreden van de nieuwe regering van Curaçao op 10 oktober 2010, met [betrokkene 31] als minister-president, de president van de RvC, [betrokkene 34], is ontslagen en [betrokkene 1] door de vertegen-

woordiger van de aandeelhouder, [betrokkene 31], als president van de RvC is aangesteld. Kort nadien is commissaris [betrokkene 19] vervangen door [betrokkene 2] en nog geen twee maanden later zijn de overige drie commissarissen ontslagen. Hoewel de volledige vervanging van de RvC in korte tijd kritische vragen oproept die in dit geval niet zijn beantwoord, kan deze gang van zaken op zichzelf nog niet zo ernstig worden geacht dat reeds om die reden geoordeeld zou moeten worden dat sprake is van wanbeleid. Tot op zekere hoogte kan het aantreden van een regering met een andere politieke signatuur dan de vorige ertoe leiden dat de overheid een ander beleid ten aanzien van nutsvoorzieningen gaat voeren, en dat kan meebrengen dat één of meer commissarissen in een RvC van een overheids-NV als Aqualectra worden vervangen (vergelijk artikel 2:19 lid 7 derde volzin BW).

4.2.3. Ten aanzien van het ontslag van de bestuurders van Aqualectra overweegt het Hof het volgende. Uit het verslag komt naar voren dat de RvC en de (representant van de) aandeelhouder het bestuur van Aqualectra een groot aantal verwijten maakten en dat die verwijten geen grond hadden. De onderzoeker heeft geconcludeerd dat die verwijten met de haren erbij zijn gesleept om een schijn van rechtvaardiging te geven aan het beleid dat er van het begin af aan op gericht was zich van de zittende directie te ontdoen (zie rov. 3.1, onder "18. Ontslag directie Aqualectra"). [betrokkene 1] c.s. hebben deze conclusie weersproken. Volgens hen was de (financiële) situatie van Aqualectra bij het aantreden van [betrokkene 1] als commissaris bijzonder zorgwekkend, stond het bestuur niet open voor kritiek op het beleid van Aqualectra en slaagde het bestuur er niet in verbeteringen door te voeren. Ondanks een intensivering van het toezicht van de RvC kwamen er geen noodzakelijke verbeteringen en daarom zag de RvC zich gedwongen de AVA aan te bevelen het bestuur van Aqualectra te ontslaan, aldus [betrokkene 1] c.s. Het Hof verwerpt dit betoog. Uit het verslag van de onderzoeker en de hiervoor weergegeven feiten blijkt dat het bestuur tegen een aantal plannen en besluiten van de RvC en aandeelhouder met het oog op de belangen van de vennootschap en de aan haar verbonden onderneming bezwaar heeft gemaakt, omdat deze plannen en besluiten naar de mening van het bestuur niet in het belang van de vennootschap waren. Hiervan kan het bestuur geen verwijt worden gemaakt, integendeel. Van het negeren van adviezen en aanbevelingen van de RvC dan wel van handelen van het bestuur dat de schorsing of het ontslag van het voltallig bestuur rechtvaardigt, is noch uit het onderzoeksverslag noch uit de ter adstructie van hun verweer door [betrokkene 1] c.s. overgelegde (hiervoor in 2.60 en 2.79 weergegeven) brieven van de RvC aan het bestuur gebleken. Bovendien is niet gebleken dat de RvC heeft voorzien in een adequate vervanging van de geschorste en later ontslagen leden van het bestuur. Mede gelet hierop dient het ontslag van het bestuur als wanbeleid te worden gekwalificeerd. Voor dit wanbeleid zijn de RvC en de AvA verantwoordelijk.

(ii) Het monddood maken van het bestuur

4.2.4. Verzoekers hebben ter onderbouwing van hun stelling dat het bestuur monddood werd gemaakt, aangevoerd dat de RvC zich dagelijks actief met het beleid van de vennootschap is gaan bemoeien, daarbij op de stoel van het bestuur is gaan zitten en de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur aan banden heeft gelegd door te beslissen dat voor elke transactie boven NAf 50,- toestemming van de RvC was vereist en dat elke factuur eerst door de RvC moest worden goedgekeurd voordat deze kon worden betaald.

4.2.5. Krachtens de statuten van Aqualectra wordt de vennootschap bestuurd door een bestuur, onder toezicht van een raad van commissarissen. Tevens bepalen de statuten dat iedere bestuurder zich dient te gedragen naar de door de AvA te geven aanwijzingen betreffende de algemene richtlijnen van het te volgen financiële, sociale en economische beleid en van het personeelsbeleid en dat het bestuur verantwoordelijk is voor het initiëren van het beleid, met inachtneming van de door de AvA gestelde randvoorwaarden. De RvC heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de gang van zaken in de onderneming van de vennootschap. De RvC staat het bestuur met raad en daad ter zijde. Voorts behoeft het bestuur krachtens het bepaalde in lid twee van art. 7 van de statuten de goedkeuring van de RvC voor de in dat artikellid genoemde besluiten. Tevens zijn krachtens art. 13 lid 6 van de statuten aan de goedkeuring van de RvC onderworpen besluiten van het bestuur omtrent het aangaan van rechtshandelingen waarmee voor de vennootschap een belang is gemoeid van meer dan NAf 1 miljoen.

4.2.6. In het licht van voormelde statutaire bepalingen en de wettelijke taak die aan zowel het bestuur van een vennootschap als de raad van commissarissen is opgedragen, past het niet dat de RvC, zoals de onderzoeker in zijn verslag concludeert, zich intensief bemoeit met het dagelijks beleid en de dagelijkse gang van zaken van de vennootschap (zoals onder meer met het personeelsbeleid (zie hierna in 4.2.31) en het heronderhandelen over reeds aangegane overeenkomsten (zie hierna in 4.2.24)). Ditzelfde geldt voor de wijze waarop de RvC aan het bestuur opdrachten geeft, zoals bijvoorbeeld blijkt uit de hiervoor in 2.58 weergegeven besluit van de RvC van 15 april 2011. Uit dit besluit en ook overigens uit het verslag volgt dat de RvC, althans de commissarissen, directe opdrachten aan het bestuur heeft (hebben) gegeven aangaande de uitvoering van het beleid binnen de vennootschap, het bestuur heeft ontzegd zich nog langer met bepaalde aangelegenheden van de vennootschap bezig te houden en dat de RvC diverse onderhandelingen heeft gevoerd en overeenkomsten is aangegaan met derden (zoals leveranciers), terwijl het bestuur over deze opdrachten en besluiten nooit is gehoord. Aldus heeft de RvC het dagelijks bestuur van de vennootschap overgenomen en is hij op de stoel van het bestuur gaan zitten. Dit geldt te meer nu de RvC, zo blijkt uit het verslag, op 11 juli 2011 heeft besloten dat het bestuur voor een periode van 6 maanden voor alle transacties van boven NAf 50,- goedkeuring diende te verkrijgen van de RvC. Niet alleen is een dergelijk besluit in strijd met de statuten (krachtens het bepaalde in art. 13 lid 6 aanhef en onder i van de statuten is de grens waarboven goedkeuring van de RvC is vereist gesteld op NAf 1 miljoen), ook overschrijdt het besluit de toezichthoudende en adviserende taak van de RvC en wordt het bestuur aldus zijn zelfstandige bestuursbevoegdheid ontnomen. Dat een dringende noodzaak bestond voor een zodanig ingrijpende maatregel en dat door de RvC niet op andere wijze kon worden gereageerd, is niet gebleken.

4.2.7. Een gang van zaken zoals hiervoor omschreven, kwalificeert naar het oordeel van het Hof als wanbeleid. Voor dit wanbeleid zijn de AvA en de RvC verantwoordelijk. Daarnaast geldt dat ook het bestuur er tot op zekere hoogte verantwoordelijk voor is dat het zich terzijde heeft laten stellen. Geen van de organen van een vennootschap mag een zo vergaande scheefgroei van de taakverdeling binnen een vennootschap laten gebeuren als hier aan de orde.

(iii) Het buitenspel zetten van StIP

4.2.8. Het OM en FAS hebben gesteld dat sprake is van wanbeleid omdat StIP eind 2010, begin 2011 door de aandeelhouder buiten spel is gezet teneinde meer macht in de vennootschap te verkrijgen. De vaststellingen van de onderzoeker vermelden zulks niet. Voorts geldt dat [betrokkene 31] heeft dit betwist en in dat verband heeft gesteld dat reeds in 2003 werd voorzien dat de aandelen weer rechtstreeks door het Land zouden moeten worden gehouden. Tegenover deze betwisting zijn geen feiten of omstandigheden gesteld die het Hof tot het oordeel brengen dat in dit opzicht van wanbeleid sprake is.

(iv) De levering om niet van de aandelen in CUCH aan RdK

4.2.9. Uit het onderzoeksverslag en de hierboven onder 2.38, 2.40 en 2.49 genoemde feiten blijkt dat, hoewel de door Aqualectra gehouden aandelen in CUCH in haar jaarrekening 2009 tegen een boekwaarde van NAf 65.500.000,- waren opgenomen en in de concept-jaarrekening 2010 tegen een boekwaarde van NAf 62.068.000,-, Aqualectra de aandelen op 19 januari 2011 om niet, althans tegen betaling van NAf 1,-, heeft overgedragen aan RdK.

4.2.10. Alleen al de boekwaarde van de aandelen in 2009 en 2010 doet vermoeden dat de overdacht om niet in 2011 vanuit beginselen van verantwoord ondernemerschap niet verantwoord is geweest. De belanghebbenden hebben weliswaar aangevoerd dat het belang van Aqualectra in CUCH waardeloos was vanwege de slechte staat van de BOO-centrale, de achterstallige investeringsverplichtingen en de schulden van CUCH, maar tegenover dit betoog staat dat in mei 2011 naar aanleiding van een financieel onderzoek door KPMG Corporate Finance is geoordeeld dat geen noodzaak bestond voor een impairment door Aqualectra van de waarde van de aandelen vóór de datum van de overdracht (zie hiervoor in 2.64) en dat ook RdK aanvankelijk in haar concept jaarrekening over 2011 de aandelen tegen een positieve waarde van NAf 56.478.390,- had opgevoerd (zie hiervoor in 2.104). Voorts blijkt uit het onderzoeksverslag dat geen gegevens aan de onderzoeker zijn verstrekt waaruit volgt dat de prijs voor de aandelen begin 2011 op objectief

deugdelijke gronden is bepaald en derhalve kan gelden als redelijk en (min of meer) marktconform, en daarmee zakelijk verantwoord. Ook thans zijn dergelijke gegevens niet overgelegd. Het verweer van belanghebbenden kan dan ook niet slagen. Aangenomen moet worden dat de werkelijke waarde van de aandelen in CUCH zo veel hoger dan nihil was, dat de levering om niet (of voor NAf 1,-) moet worden aangemerkt als wanbeleid.

4.2.11. Maar ook indien zou moeten worden aangenomen dat de aandelen een (veel) lagere of geen waarde hadden dan voor de overdracht door Aqualectra bepaald, doet dat er niet aan af dat het aangaan van de transactie als wanbeleid moet worden aangemerkt. Hieromtrent geldt het volgende.

4.2.12. Nadat StIP Aqualectra op 9 december 2010 had verzocht met RdK overeenstemming te bereiken over een oplossing voor de problematiek rond de BOO-centrale, heeft het bestuur van Aqualectra zich op het standpunt gesteld mee te willen werken aan een overdracht van de aandelen aan RdK, maar dat – in het belang van haar solvabiliteitspositie – een overdrachtsprijs moest worden overeengekomen (zie hiervoor in 2.37 en 2.38). In reactie op de aan hem door het bestuur geuite bezwaren, heeft [betrokkene 31], als vertegenwoordiger van de aandeelhouder, het bestuur bericht dat deze door het bestuur gestelde voorwaarde ten onrechte wordt gesteld en dat niet aan die voorwaarde zal worden voldaan (rov. 2.46). Tevens heeft [betrokkene 31] bericht dat de overdracht uiterlijk op 19 januari 2011 moest zijn afgerond, hetgeen vervolgens is gebeurd.

4.2.13. Uit deze gang van zaken blijkt dat bij het besluit tot overdracht van de aandelen geen rekening is gehouden met de gerechtvaardigde belangen van Aqualectra zoals deze door het bestuur waren geformuleerd, en zelfs dat deze belangen op generlei wijze bij de besluitvorming zijn betrokken. Weliswaar dient het algemeen belang (dat volgens belanghebbenden met deze overdracht van de aandelen werd gediend) een niet onbelangrijke factor in de besluitvorming van het bestuur en de uitoefening van de taak van de RvC te vormen, maar aan dit belang dient, zoals hiervoor is overwogen, niet zonder meer een doorslaggevend gewicht te worden toegekend. Het maatschappelijk belang rechtvaardigt derhalve niet dat de "eigen" belangen van Aqualectra zelfs niet bij de besluitvorming worden betrokken. In dit verband zij gewezen op het bepaalde in artikel 2:19, lid 7, tweede volzin BW, waaraan niet afdoet het bepaalde in de derde volzin van die bepaling.

4.2.14. Ook overigens is naar het oordeel van het Hof bij de overdracht van de aandelen volstrekt onvoldoende zorg betracht. Op grond van het onderzoeksverslag moet worden aangenomen dat (de organen van) Aqualectra zich niet of volstrekt onvoldoende heeft (hebben) doen inlichten over de waarde van de aandelen in CUCH en over de mogelijke financiële en juridische consequenties van de overdracht. Gelet op de complexe structuur van de aan het aandelenbezit verbonden (financiële) verplichtingen en rechten, had het eens te meer op de weg van Aqualectra gelegen ervoor zorg te dragen dat serieuze, objectieve (waarderings-)rapporten zouden worden opgemaakt waarin de directe en toekomstige consequenties van de overdracht in kaart waren gebracht. Dergelijke rapporten ontbreken.

4.2.15. [betrokkene 1] c.s. hebben het verweer gevoerd dat de aandelenoverdracht een besluit van het bestuur betreft en dat de RvC mocht menen dat dit besluit van het bestuur, vanwege de problematiek rond de BOO-centrale, in het belang van de vennootschap was en op goede gronden was genomen. Dit verweer treft geen doel. In de eerste plaats geldt dat de RvC reeds op 5 januari 2011 tot goedkeuring van de overdracht had besloten, terwijl het bestuur daarvoor en daarna, zoals ook voor de RvC kenbaar was of moet zijn geweest, steeds bezwaren tegen de overdracht om niet naar voren heeft gebracht. De RvC had derhalve geen enkele reden om aan te nemen dat het bestuur de overdracht om niet in het belang van de vennootschap achtte. In de tweede plaats geldt dat de RvC een eigen verantwoordelijkheid heeft om van het bestuur en, zeker in het geval als het onderhavige, de (externe) accountant alle informatie te verlangen die de RvC behoeft om zijn taak als toezichthoudend orgaan naar behoren te kunnen uitoefenen. Aangenomen moet worden dat de RvC zich niet van dergelijke informatie heeft voorzien.

4.2.16. Andersom geldt dat het goedkeuringsbesluit van de RvC en de opdracht van [betrokkene 31] als vertegenwoordiger van de aandeelhouder, het bestuur niet ontheft van zijn verantwoordelijkheid in dit kader. Ook van het bestuur mocht worden verwacht dat het, hoe sterk de op het bestuur uitgeoefende druk om tot de aandelenoverdracht over te gaan ook was, zorg had gedragen

voor deugdelijke rapportages als vorenbedoeld en zo nodig de overdracht had uitgesteld of zich van de medewerking daaraan had onthouden.
4.2.17. Ook de AvA draagt er verantwoordelijkheid voor dat deze overdracht om niet heeft plaatsgehad zonder gedegen onderzoek naar de vraag in hoeverre dit in het belang van Aqualectra was. [betrokkene 31] heeft immers krachtig bevorderd dat dit zou gebeuren. Hij trad naar eigen zeggen op als vertegenwoordiger van het Land als enige aandeelhouder van Aqualectra door het namens het Land verrichten van aandeelhoudershandelingen (zie verweerschrift [betrokkene 31] onder punt 30), zodat de bemoeienis van [betrokkene 31] in dit verband op een lijn is te stellen met bemoeienis van de aandeelhouder en (daarmee) met de besluitvorming van de AvA. Voor dit oordeel is van belang dat [betrokkene 31], zoals hij heeft gesteld, niet buiten de besluitvorming van de AvA is getreden (verweerschrift [betrokkene 31], punt 34) en dat niet is gesteld of gebleken dat de Raad van Ministers zich van de handelwijze van [betrokkene 31] heeft gedistantieerd. Daarentegen heeft de Raad [betrokkene 31] later bij het (hiervoor in 2.51 aangehaalde) Landsbesluit van 1 februari 2011 gemachtigd het Land als aandeelhouder van (onder meer) Aqualectra te vertegenwoordigen en daarbij het stemrecht uit te oefenen overeenkomstig de besluiten van de Raad van Ministers.
4.2.18. Voorts geldt dat niet alleen niet is gebleken van een formeel aandeelhoudersbesluit aangaande de instemming met de overdracht, maar ook dat het goedkeuringsbesluit van de RvC voor de overdracht van de aandelen niet aan de formele vereisten voldoet. Krachtens het bepaalde in art. 8 van de statuten van Aqualectra kan de RvC geen geldige handelingen verrichten tenzij een quorum van tenminste vier commissarissen aanwezig is of wordt vertegenwoordigd. Ten tijde van het goedkeuringsbesluit op 5 januari 2011 bestond de RvC uit vijf leden, terwijl het besluit door slechts twee commissarissen, te weten [betrokkene 1] en [betrokkene 2], is ondertekend. Blijkens het verslag van de onderzoeker hebben de overige commissarissen niet aan de besluitvorming deelgenomen. Aldus is niet aan het quorumvereiste voldaan en is geen rechtsgeldig besluit tot stand gekomen. Zie artikel 2:21 lid 2 BW. Dat op enig moment alsnog een geldig goedkeuringsbesluit is genomen, is niet gebleken. Verder geldt dat [betrokkene 1] als president-commissaris van Aqualectra goedkeuring aan de overdracht van de aandelen aan RdK heeft verleend, terwijl hij aan de andere zijde van de transactie namens de koper RdK als president-commissaris de overdrachtsakte heeft ondertekend (grond (v)). Een dergelijke belangenvermenging is in strijd met de regels van een goede corporate governance. [betrokkene 1] had als president-commissaris van zowel Aqualectra als RdK tegenstrijdige belangen bij deze transactie te behartigen. Om die reden had hij elke schijn van belangenvermenging moeten vermijden en aan de besluitvorming en uitvoering van de aandelenoverdracht geen deel moeten nemen.
4.2.19. Gelet op al het voorgaande is, zoals ook de onderzoeker in zijn verslag concludeert, de overdracht om niet van de door Aqualectra gehouden aandelen in CUCH vanuit beginselen van verantwoord ondernemerschap volstrekt onverantwoord geweest. Het niet in acht nemen door Aqualectra van elementaire beginselen van zorgvuldigheid in het kader van de aandelenoverdracht moet haar des te zwaarder worden aangerekend nu in elk geval één van haar commissarissen daarbij ook een belang behartigde dat tegenstrijdig was aan het belang van Aqualectra.
4.2.20. Naar het oordeel van het Hof valt de overdracht om niet van de door Aqualectra gehouden aandelen in CUCH aan RdK en de wijze waarop dit heeft plaatsgevonden aan te merken als wanbeleid. Voor dit wanbeleid zijn de AvA, de RvC en het bestuur verantwoordelijk.

(v) De belangenvermenging van de betrokken commissaris bij de levering van de aandelen in CUCH aan RdK
4.2.21. Deze grond heeft het Hof hiervoor onder (iv) reeds besproken.

(vi) Het aangaan van het MoU
4.2.22. Het onderzoeksverslag houdt in dat het MoU met de onderneming Assyce Fotovaltaica S.L. is aangegaan voor de levering van zonnepanelen. Een due diligence omtrent die onderneming heeft niet plaatsgevonden en van een adequate aanbestedingsprocedure met betrekking tot de bouw van een plant voor zonne-energie is geen sprake geweest. Ook is niet duidelijk op wiens initiatief het MoU is aangegaan. Het MoU beschrijft in detail een aantal concrete en zware verplichtingen voor de vennootschap en het is uit te sluiten dat binnen de overeengekomen termijn aan de voorwaarden zou kunnen worden voldaan.

Gelet op deze omstandigheden is voor wat betreft het aangaan van het MoU naar het oordeel van het Hof sprake van wanbeleid. Ook indien juist is dat het bestuur, zoals door belanghebbende [betrokkene 12] is aangevoerd, bezwaren tegen het aangaan van een MoU heeft gemaakt en heeft weten te bewerkstelligen dat slechts het MoU werd aangegaan in plaats van een overeenkomst, doet dat aan dat oordeel niet af.
4.2.23. Voor het geconstateerde wanbeleid is het bestuur van Aqualectra verantwoordelijk, nu het bestuur de MoU namens Aqualectra is aangegaan. Verantwoordelijkheid van de andere organen is, gelet op hetgeen de onderzoeker daarover in zijn verslag opmerkt en hetgeen overigens is aangevoerd, niet gebleken.

(vii) Het bestellen van nieuwe ICT-systemen en het sluiten van overeenkomsten met consultants
4.2.24. Uit het verslag komt naar voren dat Aqualectra nieuwe ICT-systemen heeft besteld, dat dit besluit door de RvC is genomen en dat geen gegevens aan de onderzoeker zijn verstrekt op grond waarvan kan worden geconcludeerd dat de beslissing tot het doen van grote investeringen in ICT-systemen goede grond zou hebben. [betrokkene 1] c.s. hebben dienaangaande aangevoerd dat het besluit tot het aangaan van de overeenkomst door de bestuurder [betrokkene 12] is ondertekend en dat de accountant van de vennootschap jarenlang op de fundamentele tekortkomingen in de bestaande ICT-systemen heeft gewezen. [betrokkene 12] heeft hiertegen ingebracht dat de RvC het besluit had genomen, alsmede dat een investering in het ICT-systeem broodnodig was. Gelet op de verschillende standpunten van partijen en bij gebreke aan een schriftelijk stuk waaruit het besluit tot aanschaf van een nieuw ICT-systeem blijkt, kan niet worden vastgesteld door wie het besluit is genomen. Ook het onderzoeksverslag biedt daarover geen duidelijkheid. Gelet hierop kan niet worden vastgesteld dat het besluit in strijd met de taakverdeling tussen bestuur en RvC, door de RvC is genomen. Voorts geldt dat de onderzoeker weliswaar heeft vastgesteld geen informatie te hebben ontvangen die tot de conclusie zou kunnen leiden dat de investeringsbeslissing goede grond zou hebben, maar dat van het tegendeel, gelet op het verweer van belanghebbenden, ook niet is gebleken. Met betrekking tot het sluiten van de ICT-overeenkomst kan het Hof dan ook niet tot de conclusie komen dat van wanbeleid is gebleken.
4.2.25. Dit ligt anders met betrekking tot het sluiten van de diverse overeenkomsten met verschillende consultants en leveranciers. Blijkens het onderzoeksverslag is de RvC in de onderzoeksperiode tegen zeer hoge bedragen diverse overeenkomsten aangegaan met externe consultants, waaronder met FTI Consultancy Inc. op 19 april 2011, met Uptodate B.V. op 17 augustus 2011 en met BOOZ & Co. begin augustus 2011. Uit het onderzoeksverslag blijkt dat ter zake van deze overeenkomsten de aanbestedingsprocedures niet in acht werden genomen, dat de overeenkomsten in strijd met de statutaire vertegenwoordigingsregels zijn aangegaan en dat met betrekking tot het aangaan van de overeenkomsten geen enkel overleg met het bestuur heeft plaatsgehad.
4.2.26. Met betrekking tot de overeenkomst met BOOZ & Co concludeert de onderzoeker dat geen enkele analyse heeft plaatsgevonden van de vraag of het onderzoek nodig was en dat onduidelijk is waarom de overeenkomst is gesloten, dat niet is gebleken dat de werkzaamheden enig nut voor Aqualectra hadden en dat met de overeenkomst een bedrag van USD 1,2 miljoen was gemoeid voor een periode van acht weken. Ook met betrekking tot de overeenkomst met FTI concludeert de onderzoeker dat onduidelijk is waarom de overeenkomst is aangegaan en welke werkzaamheden precies zijn verricht, alsmede dat ook hier sprake was van hoge kosten. De eerste fase van het te verrichten onderzoek kostte USD 167.300,-. Ten aanzien van de overeenkomst met Uptodate B.V. tot slot stelt de onderzoeker eveneens vast dat niet is gebleken waarom deze overeenkomst moest worden aangegaan.
4.2.27. Blijkens het onderzoeksverslag ziet de overeenkomst met BOOZ & Co op een onderzoek naar de bedrijfsvoering van Aqualectra. Ook FTI zou zich, blijkens de stellingen van [betrokkene 1] c.s., bezig houden met een onderzoek naar de gang van zaken van Aqualectra en ter zake aanbevelingen doen. Uit het onderzoeksverslag blijkt voorts dat Uptodate B.V. eveneens ter zake van diverse onderdelen van de bedrijfsvoering van Aqualectra aanbevelingen zou doen. Hieruit volgt dat van goeddeels elkaar overlappende werkzaamheden sprake was, die daarenboven in nagenoeg dezelfde periode plaats hebben gevonden. Zonder een nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien dat deze werkzaamheden daadwer-

kelijk in het belang van de vennootschap waren. Dit klemt te meer nu met de overeenkomsten zeer hoge kosten waren gemoeid, terwijl Aqualectra, zoals ook [betrokkene 1] c.s. hebben benadrukt, eind 2010 in een kritieke financiële situatie verkeerde. Door bij een slechte financiële situatie het zonder kenbaar nut grote bedragen aan Aqualectra onttrekken, is in ernstige mate in strijd met de belangen van de vennootschap gehandeld. [betrokkene 1] c.s. hebben weliswaar aangevoerd dat de onderzoeker zijn conclusies ten aanzien van (het nut van) de overeenkomsten enkel heeft gebaseerd op gesprekken met en een e-mail van het bestuur van de vennootschap en dat deze daarom niet betrouwbaar zijn, maar noch aan de onderzoeker naar aanleiding van het conceptverslag, noch in het kader van deze procedure is inzichtelijk gemaakt waaruit de noodzaak tot het uitvoeren van deze kostbare onderzoeken bestond en dat deze werkzaamheden in het belang van Aqualectra waren.

4.2.28. Naar het oordeel van het Hof is bij het aangaan van genoemde overeenkomsten onder de omstandigheden als vorenvermeld, zozeer de vereiste zorgvuldigheid veronachtzaamd dat van wanbeleid sprake is. Dit geldt zowel wat betreft het ontbreken van een deugdelijke voorbereiding van het besluit om de overeenkomsten aan te gaan, als wat betreft de omstandigheid dat de RvC deze taak tot de zijne heeft gerekend. De RvC is hiervoor verantwoordelijk.

(viii) De verlaging van de tarieven

4.2.29. Gedurende de onderzoeksperiode heeft het Land besloten de elektriciteitstarieven te verlagen met NAf 0,05. Dit overheidsingrijpen betekende een bedrag van NAf 30 miljoen minder inkomsten per jaar voor Aqualectra en had daarom ernstige nadelige financiële gevolgen voor de vennootschap. Het bestuur van Aqualectra wenste dat een procedure tegen het Land zou worden aangespannen, maar verkreeg daarvoor, zo stelt Aqualectra als verzoekster, de daarvoor vereiste toestemming van de RvC niet. Nu evenwel Aqualectra, het OM en de FAS hun stellingen dat dienaangaande van wanbeleid sprake is niet nader met concrete feiten en/of omstandigheden hebben onderbouwd, zal het Hof aan deze stellingen voorbij gaan.

(ix) Het aannemen van uitzendkrachten

4.2.30. Naar het oordeel van het Hof volgt uit het onderzoeksverslag niet dat ten aanzien van het aannemen van grote aantallen uitzendkrachten door Aqualectra sprake is geweest van wanbeleid. De onderzoeker heeft niet vastgesteld dat het door verzoekers aan Aqualectra gemaakte verwijt dat zij ten onrechte uitzendkrachten in vaste dienst heeft genomen, juist is. Naar het oordeel van het Hof is ten aanzien van dit verwijt van wanbeleid niet gebleken.

4.2.31. Wel is ook hier blijkens het onderzoeksverslag sprake van een invulling van de rol van de RvC die de wettelijke en statutaire bevoegdheden en taakstelling ver te buiten gaat en het bestuur van de vennootschap de mogelijkheid tot het feitelijk besturen van de vennootschap ontzegd. Zoals hiervoor onder (ii) reeds is overwogen, leidt dit handelen tot het oordeel wanbeleid.

(x) Het annuleren van de nieuwbouw

4.2.32. Het verslag houdt over dit onderwerp onder meer het volgende in. Door de AvA zijn twee van de commissarissen, [betrokkene 1] en [betrokkene 4], aangewezen als vertegenwoordigers voor de aangelegenheden van de vennootschap. Aldus is het bestuur buiten spel gezet. Door de commissarissen is heronderhandeld over de eerder door het bestuur van Aqualectra aangegane huurovereenkomst met de pensioenfondsen voor een nog te realiseren nieuwbouwproject. Zij hebben deze overeenkomst teruggedraaid. Hierdoor is de vennootschap met een schuld aan de pensioenfondsen geconfronteerd, aldus de onderzoeker.

4.2.33. [betrokkene 1] c.s. hebben hiertegen het verweer gevoerd dat de RvC in redelijkheid heeft kunnen oordelen dat de voorgenomen nieuwbouw niet in het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming was. Volgens [betrokkene 1] c.s. was sprake van een tegenstrijdig belang van [betrokkene 10] als bestuurder van Aqualectra en als bestuurder van de toekomstige verhuurder en waren de kosten die met de nieuwbouw waren gemoeid vanwege de kritieke financiële positie van Aqualectra veel te hoog. In het licht van dit betoog, waarvan de onjuistheid niet is gesteld of gebleken, biedt het onderzoeksverslag onvoldoende steun voor het oordeel dat in dit verband van wanbeleid sprake was.

4.2.34. Wel is ook hier sprake van wanbeleid doordat de rol van de RvC is ingevuld op een ma-

nier die de wettelijke en statutaire bevoegdheden en taakstelling ver te buiten gaat (zie hiervoor onder (ii)).

Conclusie

4.2.35. Op grond van al het vorenoverwogene, in onderling verband en samenhang bezien, komt het Hof tot de slotsom dat sprake is geweest van wanbeleid van de vennootschap in de onderzochte periode en wel met betrekking tot de hiervoor onder (i), (ii), (iv), (v), (vi) en (vii) genoemde verwijten. De gevraagde verklaring voor recht dat uit het verslag van het onderzoek van wanbeleid is gebleken, is derhalve toewijsbaar.

De verzoeken strekken er ook toe dat het Hof vaststelt bij wie de verantwoordelijkheid berust voor het gebleken wanbeleid. Bij die vaststelling is in de eerste plaats te denken aan de verantwoordelijkheid van de onderscheiden organen van de rechtspersoon (HR 4 juni 1997, («JOR» 1997/82, m.nt. Van den Ingh; *red.*), ECLI:NL:HR:1997:AG7240, NJ 1997/671 (Text Lite)). Het Hof heeft hiervoor bij de beoordeling van de diverse verwijten reeds aandacht besteed aan de vraag welke organen van de rechtspersonen verantwoordelijk zijn voor het wanbeleid. Het Hof verwijst daarnaar.

4.2.36. Zoals overwogen in rov. 1.6 onder 2, heeft Aqualectra verzocht voor zover mogelijk de personen te benoemen die voor het wanbeleid verantwoordelijk zijn. Juist is dat de beoordeling van de verantwoordelijkheid van een orgaan van de rechtspersoon niet altijd los kan worden gezien van de individuele verantwoordelijkheid van de personen die het orgaan uitmaken. Een enquête kan zich daarom ook uitstrekken tot een onderzoek naar het functioneren van de personen die de rechtspersoon doen optreden (HR 4 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7240, NJ 1997/671 (Text Lite)). In dit geval heeft de onderzoeker daar ook onderzoek naar gedaan, zoals blijkt uit zijn verslag. Het Hof ziet echter geen aanleiding voor het geven van een oordeel over de individuele verantwoordelijkheid van personen, nu daarmee in dit geval – gelet op de aard van hetgeen in dit onderzoek aan de orde was en de overige omstandigheden van het geval – geen van de doelstellingen van het enquêterecht wordt gediend (zie ook hierna in rov. 4.2.38). Tevens wijst het Hof erop dat het buiten de bevoegdheid van het Hof in een enquêteprocedure valt om te oordelen over de persoonlijke aansprakelijkheid van een natuurlijke persoon voor de gevolgen van het geconstateerde wanbeleid.

4.2.37. Verzoekers hebben voorts verzocht de hiervoor in 1.3 onder b en 1.6 onder 3 weergegeven voorzieningen te treffen, die er naar de kern genomen op neerkomen dat een (rechts)persoon wordt benoemd die de door Aqualectra ten gevolge van het wanbeleid geleden schade dient te inventariseren en op de daarvoor aansprakelijken dient te verhalen. Naar het oordeel van het Hof bestaat voor het treffen van deze voorzieningen geen grond. Daartoe is het volgende redengevend.

4.2.38. Na ommekomst van de onderzochte periode is niet alleen een nieuw bestuur en een nieuwe raad van commissarissen aangetreden, ook is er (vanwege diverse regeringswisselingen) herhaaldelijk sprake geweest van een andere vertegenwoordiger van de aandeelhouder. Uit niets is het Hof gebleken dat de vennootschap niet desgewenst kan trachten de gestelde schade te verhalen zonder dat daartoe voorzieningen als verzocht worden getroffen. Indien en voor zover de vennootschap daartoe niet bereid is, mede gelet op de daaraan verbonden nadelen en risico's, is dat een beleidsafweging die de vennootschap als autonome deelnemer aan het rechtsverkeer in vrijheid kan maken. De beslissing om daartoe niet over te gaan, behoeft niet in strijd met het belang van de vennootschap te zijn. Het Hof is niet gebleken van impasses bij het interne besluitvormingsproces van de vennootschap hierover. De verzochte voorzieningen dienen in elk geval niet het doel aan het wanbeleid een einde te maken. Voor zover zij het doel dienen de uit het wanbeleid voortvloeiende gevolgen ongedaan te maken, geldt dat zij, gelet op het voorgaande, een inmenging in de autonomie van de vennootschap zouden opleveren, waarvan de noodzaak niet is gebleken. De verzochte voorzieningen zullen worden afgewezen.

4.2.39. Het Hof ziet in de omstandigheden van het geval voor een proceskostenveroordeling geen aanleiding.

In de zaak tegen Curoil

4.3.1. Het OM en FAS stellen zich op het standpunt dat uit het verslag blijkt van wanbeleid van Curoil in de onderzochte periode. Het Hof begrijpt het verzoekschrift aldus dat volgens het OM en de FAS het wanbeleid bestaat uit het lijden van grote verliezen in de onderzochte periode en de instelling van het zogenaamd "Speciaal Fonds".

4.3.2. Curoil heeft weersproken dat van wanbeleid sprake is. Volgens haar geven de stellingen van het OM en de FAS geen aanleiding voor de conclusie dat bij haar sprake zou zijn geweest van wanbeleid en rusten die stellingen bovendien niet op enige vaststelling in het onderzoeksverslag.
4.3.3. Nu het OM en de FAS hebben nagelaten hun standpunt nader te onderbouwen, is het Hof met Curoil van oordeel dat de verzoeken van het OM en de FAS geen door het onderzoeksverslag gesteunde stellingen ten aanzien van Curoil bevatten die tot het oordeel wanbeleid kunnen leiden. De verzoeken dienen daarom te worden afgewezen.
4.3.4. Het Hof ziet geen aanleiding voor een proceskostenveroordeling zoals door Curoil verzocht.

In de zaak tegen RdK
4.4.1. Het OM en FAS stellen zich op het standpunt dat uit het verslag blijkt van wanbeleid van RdK in de onderzochte periode. Aan deze stelling hebben zij, kort gezegd, de volgende gronden ten grondslag gelegd: (i) het wijzigen van de samenstelling van de raad van commissarissen en het op oneigenlijke gronden ontslaan van de verschillende bestuurders, (ii) het op de stoel gaan zitten en monddood maken van het bestuur, (iii) het buitenspel zetten van StIP, (iv) het ter beschikking stellen van ruim NAf 17 miljoen voor "gratis onderwijs", (v) het terzijde stellen van financiële controlemechanismen waardoor grote bedragen zijn uitgegeven zijn zonder deugdelijke administratie, (vi) betalingen aan Gulf Americas, Quality and Quantity Systems NV en Allcur Communications NV, (vii) het aangaan van onnodige ICT-projecten, (viii) de verkrijging van de aandelen in CUCH van Aqualectra en (ix) het turn around-project van de BOO-centrale.

(i) Het wijzigen van de samenstelling van de raad van commissarissen en het op oneigenlijke gronden ontslaan van de verschillende bestuurders
4.4.2. Uit het verslag en de hiervoor weergegeven feiten komt naar voren dat kort na het aantreden van de nieuwe regering op 10 oktober 2010, met [betrokkene 31] als minister-president, [betrokkene 1] door de vertegenwoordiger van de aandeelhouder, [betrokkene 31], als president van de RvC is aangesteld. Nog geen twee maanden later zijn de vier zittende commissarissen ontslagen en twee andere commissarissen aangesteld. Op overeenkomstige gronden als bij Aqualectra overwogen, moet ook hier worden geoordeeld dat de volledige vervanging van de RvC in korte tijd kritische vragen oproept die niet zijn beantwoord, maar dat deze gang van zaken op zichzelf nog niet zo ernstig kan worden geacht dat reeds om die reden geoordeeld zou moeten worden dat sprake is van wanbeleid.
4.4.3. Ten aanzien van het (tijdelijke) vertrek van [betrokkene 29] als bestuurder van RdK heeft de onderzoeker niets vastgesteld wat als wanbeleid zou kunnen worden aangemerkt. Ook overigens is niet van wanbeleid gebleken wat betreft de ontslagen van bestuurders van RdK.

(ii) Het op de stoel gaan zitten en monddood maken van het bestuur
4.4.4. Het OM en FAS hebben ter onderbouwing van hun stelling dat het bestuur monddood werd gemaakt, aangevoerd dat de RvC zich dagelijks actief met het beleid van de vennootschap is gaan bemoeien en op de stoel van het bestuur is gaan zitten.
4.4.5. In het licht van de statutaire bepalingen van RdK en de wettelijke taakverdeling tussen de organen van een vennootschap, past het niet dat de RvC, zoals de onderzoeker in zijn verslag ook ten aanzien van RdK concludeert, zich intensief bemoeit met het dagelijks beleid en de dagelijkse gang van zaken van de vennootschap. Zoals de onderzoeker op p. 337 heeft geconcludeerd, werd in 2011 en 2012 bij RdK het bestuur de facto buiten het (hierna onder (ix) nader te bespreken) turn around-project gehouden en heeft [betrokkene 1] het bestuur en de zeggenschap over dat project feitelijk naar zich toegetrokken. Dit kwalificeert naar het oordeel van het Hof als wanbeleid. Indien en voor zover, zoals [betrokkene 1] c.s. hebben betoogd, met betrekking tot dit project ingrijpen door de RvC nodig was, dan geldt dat daarmee nog niet is weerlegd dat [betrokkene 1] het feitelijk bestuur naar zich had toegetrokken en aldus de wettelijke taakverdeling tussen bestuur en RvC heeft genegeerd en gefrustreerd.
4.4.6. Voor dit wanbeleid is de RvC verantwoordelijk en – tot op zekere hoogte – ook het bestuur, nu ook dat orgaan de wettelijke en statutaire taakverdeling binnen de vennootschap dient te waarborgen.

(iii) Het buitenspel zetten van StIP
4.4.7. Op de gronden als bij Aqualectra overwogen, kan in dit opzicht niet tot wanbeleid worden geconcludeerd.

(iv) Het ter beschikking stellen van ruim NAf 17 miljoen voor "gratis onderwijs"
4.4.8. Uit het onderzoeksverslag blijkt dat de RvC heeft besloten bij wijze van voorschot op een dividenduitkering door RdK ruim NAf 17 miljoen ter beschikking te stellen aan schoolbesturen ten behoeve van gratis onderwijs.
4.4.9. Hier geldt ten eerste dat het nemen van een dergelijk besluit buiten de grenzen van de taak en bevoegdheden van de RvC valt en ten tweede dat, indien de betaling al, zoals door de RvC gedaan, als interim-dividend zou kunnen worden aangemerkt, niet blijkt dat is onderzocht of de financiële positie van RdK die toeliet. Een dergelijk onderzoek had te meer in de rede gelegen nu RdK, zoals uit onder meer haar stellingen volgt, vanwege het turn around-project met omvangrijke door haar te verrichten investeringen werd geconfronteerd. Indien het algemeen belang en de ontwikkeling van Curaçao gediend zijn met gratis onderwijs (hetgeen een politieke vraag is), kan dat belang niet zonder meer prevaleren boven de (andere) bij RdK betrokken belangen (zie rov. 4.1.9). In dit opzicht is sprake van wanbeleid, waarvoor de RvC verantwoordelijk is.

(v) Het terzijde stellen van financiële controlemechanismen waardoor grote bedragen zijn uitgegeven zonder zijn deugdelijke administratie
4.4.10. Uit het onderzoeksverslag blijkt dat de RvC een managementteam van drie personen in het leven heeft geroepen, dat rechtstreeks rapporteerde aan de commissarissen [betrokkene 1] en [betrokkene 22] en de financiële administratie van het turn around-project apart hield, zodanig dat degenen die in de financiële administratie werkzaam waren en ook bestuurder [betrokkene 14] er geen zicht op hadden. Deze apart gehouden administratie heeft de onderzoeker niet teruggevonden, noch op papier, noch in elektronische vorm. Uit een door PwC vervaardigd excel bestand leidt de onderzoeker af dat de wel aangetroffen financiële administratie een chaos was, dat de (financiële) verantwoording van de opdrachten en bestellingen in het kader van het project op een ondeugdelijke en onverantwoordelijke manier heeft plaatsgevonden en dat de rechtmatigheid en doelmatigheid van de uitgaven in een zeer groot aantal gevallen niet is vast te stellen (zie rov. 3.3, onder "10. De BOO Centrale, het turnaround project en de financiële positie van RdK"). Hij acht aannemelijk dat van dubieuze bestellingen en betalingen sprake is geweest.
4.4.11. RdK heeft in dit verband het verweer gevoerd dat voor het turn around-project advies is gevraagd van Jacobs en dat de kosten binnen de marges van het door Jacobs uitgebrachte rapport zijn gebleven. Dat weerlegt het hiervoor weergegeven verwijt echter niet.
4.4.12. Verder zijn er volgens RdK geen gelden verdwenen. Weliswaar zijn er administratie achterstanden ontstaan, maar die zijn ingelopen en inmiddels beschikt RdK over goedgekeurde jaarrekeningen, aldus RdK. Hiermee heeft de RdK de gedetailleerde beschrijving door de onderzoeker van de financiële wanordelijkheden naar het oordeel van het Hof onvoldoende weerlegd.
4.4.13. [betrokkene 1] heeft aangevoerd dat hij na zijn vertrek als commissaris een deugdelijke administratie heeft achtergelaten. Deze stelling is op geen enkele wijze concreet onderbouwd en laat zich ook niet rijmen met zijn tegenover de onderzoeker gedane uitlating dat hij over kasten vol met ordners beschikt die zijn stellingen kunnen staven (p. 394 van het onderzoeksverslag). Deze stelling wordt daarom gepasseerd.
4.4.14. De door de onderzoeker vastgestelde gang van zaken levert – nu RdK noch belanghebbenden feiten hebben aangevoerd die tot een tegengesteld oordeel leiden – wanbeleid op. Niet alleen is de boekhoudplicht van de vennootschap geschonden, ook is gebleken dat financiële controlemechanismen terzijde zijn gesteld. Dit is te meer ernstig, omdat nu de stelling dat grote bedragen op onrechtmatige en/of ondoelmatige wijze zijn uitgegeven, niet valt te weerleggen. De RvC is hiervoor verantwoordelijk. Ditzelfde geldt – tot op zekere hoogte – voor het bestuur, dat dit heeft laten gebeuren.

(vi) Betalingen aan Gulf Americas, Quality and Quantity Systems en Allcur Communications
4.4.15. De enkele vaststelling dat er een betaling aan Gulf Americas is gedaan en dat niet is gebleken dat daar enige tegenprestatie voor is verricht, levert, zonder nadere gegevens, die ontbreken, geen voldoende basis op voor het oordeel wanbeleid op.

FAS heeft gesteld dat Quality and Quantity Systems en Allcur gelieerd zijn aan [betrokkene 22], en dat de betalingen van RdK aan die bedrijven wijzen op de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang. De onderzoeker heeft die stelling wel in zijn verslag genoemd, maar niet de juistheid ervan vastgesteld. Ook overigens is de juistheid daarvan niet gebleken. Dit levert daarom evenmin een voldoende basis voor het oordeel wanbeleid op.

(vii) Het aangaan van onnodige ICT-projecten

4.4.16. De onderzoeker heeft vastgesteld dat RdK ICT-werkzaamheden heeft opgedragen aan EDJT Quality Consulting en aan ACS Curaçao. Van een aanbestedingsprocedure of van verschillende offertes is niet gebleken. Waarom deze opdrachten nodig waren, is niet helder, aldus de onderzoeker. Hoewel deze gang van zaken vragen oproept, zijn door verzoekers ten aanzien van RdK onvoldoende feiten en/of omstandigheden aangedragen op grond waarvan kan worden gezegd dat uit het verslag is gebleken van wanbeleid in dit opzicht.

(viii) De verkrijging van de aandelen in CUCH van Aqualectra

4.4.17. De onderzoeker heeft gerapporteerd dat RdK in het boekjaar 2011 een verlies heeft geleden van bijna NAf 125 miljoen, goeddeels veroorzaakt door loss on acquisition and restructuring of CUC Holdings N.V. Niet duidelijk is geworden of en zo ja, in hoeverre, dit verlies is veroorzaakt door de verkrijging van de aandelen in CUCH. Evenmin is duidelijk in hoeverre meer geld aan het turn around-project is uitgegeven dan verantwoord was (zie hierna onder (ix)). Daarom kan niet zonder meer worden geconcludeerd dat verkrijging van de aandelen tegen een prijs van NAf 1,- als zodanig wanbeleid oplevert.

4.4.18. Beoordeeld dient te worden of, zoals bij Aqualectra, ook bij RdK van wanbeleid sprake is op de grond dat bij de besluitvorming over deze aandelenoverdracht het algemeen belang, zoals dat door de regering-[betrokkene 31] werd gezien, als zonder meer doorslaggevend werd beschouwd ten koste van belangen van RdK, en/of op de grond dat RdK zich niet of volstrekt onvoldoende heeft doen inlichten over de waarde van de aandelen in CUCH en over de mogelijke financiële en juridische consequenties van de overdracht.

4.4.19. In dit verband heeft RdK het verweer gevoerd dat de problemen met de BOO-centrale reeds lang vóór de verkiezingen in 2010 bekend waren, dat de centrale een negatieve waarde had, dat een zeer kostbare herstructurering onvermijdelijk was en dat alleen RdK daartoe bereid was. In dat licht gezien was de verkrijging van de aandelen in CUCH tegen een symbolisch bedrag verantwoord, aldus RdK.

4.4.20. Dit verweer wordt verworpen. De rapporten van Hernandez en Jacobs geven steun aan de opvatting dat het naar redelijke verwachting onvermijdelijk was dat er forse investeringen in de BOO-centrale zouden moeten worden gedaan om deze in staat te stellen met een voldoende mate van betrouwbaarheid en met een voldoende capaciteit de technische functies te vervullen waarvoor deze centrale is opgezet. De onderzoeker heeft evenwel geconcludeerd dat het rapport van Hernandez kan worden bekritiseerd en dat dit rapport het beleid van RdK niet kan rechtvaardigen (voetnoot 35 op p. 88 van het onderzoeksverslag). Ook het latere rapport van SOAB (zie rov. 2.112 hiervoor) wijst erop dat de situatie bij de BOO-centrale minder ongunstig was dan de rapporten van Hernandez en Jacobs doen veronderstellen. Maar ook indien van de juistheid van deze rapporten zou moeten worden uitgegaan, geldt dat daarmee de uit het verslag te trekken conclusie dat bij de overdracht van de aandelen is gehandeld in strijd met de beginselen van verantwoord ondernemerschap, nog niet is ontkracht. De rapporten van Hernandez en Jacobs gaan niet in op de complexe structuur van de aan het aandelenbezit verbonden (financiële) verplichtingen en rechten en ook overigens is niet gebleken dat het bestuur en de RvC van RdK zich hebben doen inlichten over de precieze waarde van de aandelen in CUCH en over de (mogelijke) financiële en juridische consequenties van de overdracht. Dit had wel op hun weg gelegen. RdK heeft weliswaar gesteld dat zij zich hierover heeft laten informeren door het advocatenkantoor HBN Law, maar die enkele, niet nader toegelichte of onderbouwde stelling is onvoldoende om de conclusie te ontkrachten dat het besluit tot verwerving van de aandelen niet deugdelijk is voorbereid. RdK heeft er verder nog op gewezen dat zij in mei 2011 Ernst & Young opdracht heeft gegeven een analyse te maken van haar betalingsverplichtingen, maar dit kan niet bijdragen aan succesvol verweer tegen het oordeel dat de aandelenoverdracht niet

deugdelijk is voorbereid. Deze opdracht is immers verstrekt nadat in januari 2011 tot de aandelenoverdracht was besloten en deze was gerealiseerd.
4.4.21. De opvatting dat investeringen in de BOO-centrale noodzakelijk waren en dat niemand anders bereid was die investeringen te doen, is bovendien geen toereikende uitleg voor de beslissing dat de aandelen aan RdK moesten worden overgedragen. Het gevolg hiervan was immers dat de investeringen door RdK moesten worden opgebracht. In de hiervoor in rov. 2.34 genoemde brief van [betrokkene 29] worden daarover zorgen geuit. Indien het een politieke keuze was dat RdK met deze investeringen werd belast, diende die politieke afweging niet zonder meer beslissend te zijn voor de organen die het belang van RdK hadden te behartigen. Dat de belangen van RdK bij de besluitvorming zijn betrokken en daarmee zijn gediend, is niet, althans onvoldoende gebleken.
4.4.22. De onderzoeker heeft voorts geconcludeerd dat de voortdurende discussie rondom de verkrijging van de aandelen in CUCH ertoe heeft ertoe geleid dat het opmaken en goedkeuren van de jaarrekeningen lang is uitgebleven. Hierdoor heeft RdK niet tijdig aan de in dit kader op haar rustende verplichtingen voldaan.
4.4.23. Verder ontbreekt een bestuursbesluit van RdK met betrekking tot deze aandelenoverdracht. Het verweer van RdK dat [betrokkene 29] niet meer in functie was en zijn opvolger [betrokkene 14] nog niet was aangetreden, disculpeert RdK niet, nu onduidelijk is gebleven dat dit besluit juist zou moeten worden genomen in de korte periode (van 21 tot 24 januari 2011) dat er geen bestuurder functioneerde, wat er van de omstandigheid dat er zo een periode is geweest verder ook zij.
4.4.24. Voormelde gang van zaken levert wanbeleid op. Op dezelfde gronden als bij de beoordeling van dit verwijt aan Aqualectra nader is uitgewerkt, zijn zowel de RvC als het bestuur verantwoordelijk voor dit wanbeleid van RdK.

(ix) Het turn around-project van de BOO-centrale
4.4.25. Hiervoor onder (ii) is reeds overwogen dat de RvC buiten zijn bevoegdheden is getreden met zijn intensieve bemoeienis met het turn around-project. Onder (v) is reeds overwogen dat de financiële administratie van dit project goeddeels niet is teruggevonden, dat de wel aangetroffen administratie een chaos was en dat de rechtmatigheid en doelmatigheid van de uitgaven in dit verband niet is vast te stellen. Onder (viii) is reeds overwogen dat de verwerving van de aandelen in CUCH, die de aanleiding was voor het turn around-project in diverse opzichten wanbeleid oplevert.
4.4.26. Over het project zelf heeft de onderzoeker nog gerapporteerd dat de manier waarop bij RdK in de jaren 2011 en 2012 is omgegaan met de BOO, bij RdK tot gigantische verliezen heeft geleid en dat alle uitgaven in die periode als gevolg van het turn around-project verloren zijn gegaan, met als gevolg dat het zeer de vraag is geworden of RdK in staat zal zijn de exploitatie van de raffinaderij na 2019 zelfstandig ter hand te nemen, mocht dat nodig zijn.
Zoals onder (ii), (v) en (viii) reeds is overwogen, levert deze gang van zaken wanbeleid op. De door de onderzoeker omschreven gevolgen maken dat nog eens duidelijk. Zowel het bestuur als de RvC is hier verantwoordelijk voor.

Conclusie
4.4.27. Op grond van al het vorenoverwogene, in onderling verband en samenhang bezien, komt het Hof tot de slotsom dat sprake is geweest van wanbeleid van de vennootschap in de onderzochte periode en wel met betrekking tot de hiervoor onder (ii), (iv), (v), (viii) en (ix) genoemde verwijten. De gevraagde verklaring voor recht dat uit het verslag van het onderzoek van wanbeleid is gebleken, is derhalve toewijsbaar.
4.4.28. Het Hof verwijst naar voorgaande overwegingen voor de vraag welke organen van de rechtspersonen verantwoordelijk zijn voor het wanbeleid. Het Hof zal geen oordeel uitspreken over de vraag of een of meer bepaalde natuurlijke personen verantwoordelijk zijn voor het vastgestelde wanbeleid. Het Hof zal de verzochte voorzieningen afwijzen en geen proceskostenveroordeling uitspreken. Al deze beslissingen neemt het Hof op overeenkomstige gronden als gegeven voor de dienovereenkomstige beslissingen met betrekking tot Aqualectra.

In de zaken tegen Aqualectra en RdK
4.5.1. Nu de uit te spreken dicta zich niet lenen voor tenuitvoerlegging, zal het Hof, anders dan verzocht, geen uitvoerbaarverklaring bij voorraad uitspreken.

Beslissing
Het Hof:
in de zaak tegen Aqualectra
stelt vast dat sprake is geweest van wanbeleid van Aqualectra in de periode van 10 oktober 2010 tot 29 september 2012, waarvoor (telkens) de onderscheiden organen van Aqualectra zoals hiervoor vermeld verantwoordelijk zijn;
in de zaak tegen RdK
stelt vast dat sprake is geweest van wanbeleid van RdK in de periode van 10 oktober 2010 tot 29 september 2012, waarvoor (telkens) de onderscheiden organen van RdK zoals hiervoor vermeld verantwoordelijk zijn;
in alle drie de zaken
wijst de overige verzoeken af.

NOOT

1. Deze beschikking is het vervolg op GHvJ 15 juli 2013, «JOR» 2013/270 (overheidsvennootschappen), m.nt. Van den Heuvel. De zaak gaat over kras wanbeleid bij diverse Curaçaose overheidsvennootschappen. Bij nutsbedrijf Aqualectra en bij RdK, de rechtspersoon die de raffinaderij drijft, is op verzoek van het Openbaar Ministerie wanbeleid vastgesteld over de periode 2010-2012, terwijl dat bij oliemaatschappij Curoil niet is vastgesteld. Voor een meer algemene toelichting op de zaak verwijzen wij naar de noot onder die eerdere beschikking. De overwegingen over het wanbeleid in de hierboven afgedrukte beschikking zijn lezenswaardig, maar krijgen in deze noot geen verdere toelichting. In deze noot beperken wij ons tot één onderwerp: de vraag of feiten en omstandigheden die hebben plaatsgevonden vóór de invoering van het enquêterecht kunnen leiden tot het gelasten van een enquête en het treffen van onmiddellijke (in de Curaçaose wetgeving genaamd: voorlopige) voorzieningen, of deze kunnen worden betrokken in een onderzoek en of deze kunnen leiden tot een wanbeleidsoordeel en/of het treffen van definitieve voorzieningen.
2. In 2004 is met de invoering van Boek 2 BW in de (toenmalige) Nederlandse Antillen de tot dan toe geldende regeling van het oude enquêterecht in het WvK, vergelijkbaar met de Nederlandse regeling van 1928, komen te vervallen. Het enquêterecht is in de huidige (met de Nederlandse regeling vergelijkbare) vorm op 1 januari 2012 ingevoerd in Curaçao en op 1 april 2014 in Sint Maarten; in de periode tussen 2004 en 2012/2014 bestond daar geen enquêterecht voor NV's en BV's. De BES-eilanden kennen (op dit moment) geen volwaardig enquêterecht. In Aruba geldt (uitsluitend voor NV's) nog steeds het WvK met daarin het (hiervoor al genoemde) oude enquêterecht. Datzelfde geldt voor Suriname. Het laatste voorstel voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek van Suriname voorziet in een vereenvoudigde versie van het huidige Nederlandse enquêterecht. Zie hierover R.P. Jager, *Het enquêterecht in rechtsvergelijkend perspectief. Nederland, Curaçao, Aruba, de BES-eilanden, Sint-Maarten en Suriname* (2014). Wij zullen ons beperken tot het Curaçaose recht, maar het volgende is ook relevant voor het enquêterecht van Sint Maarten en (mogelijke) toekomstige regelingen in Aruba, de BES-eilanden en Suriname.
3. Het Gemeenschappelijk Hof heeft zich over het hier te bespreken onderwerp een aantal keer uitgelaten, te weten in GHvJ 29 juni 2012, *ARO* 2012/102 (*ImageSat I*), r.o. 3.2, GHvJ 5 maart 2013, *ARO* 2013/58 (*ImageSat II*), r.o. 3.1, in de eerste beschikking inzake de overheidsvennootschappen (GHvJ 15 juli 2013, «JOR» 2013/270, m.nt. Van den Heuvel, r.o. 5.3) en, ten slotte, in de (hierboven afgedrukte) wanbeleidsbeschikking, in r.o. 4.1.7 en 4.1.8. Uit deze uitspraken blijkt dat het Hof gaandeweg een visie op de enquête naar zogenoemde "anterieure feiten" heeft ontwikkeld, die neerkomt op het volgende.
4. Op grond van art. 2 Landsverordening Overgangsbepalingen Nieuw BWNA ("Lvo BWNA") is de nieuwe wet van toepassing vanaf het moment van inwerkingtreding, tenzij uit de bepalingen van overgangsrecht anders voortvloeit. Deze algemene bepaling van de Lvo BWNA is ook van toepassing op Boek 2, waaronder het enquêterecht. Nu er uit de wet niets anders voortvloeit, heeft het enquêterecht onmiddellijke werking. Mede in aanmerking genomen dat er geen aanwijzingen zijn dat het de bedoeling van de wetgever is geweest de enquête te beperken tot de periode na invoering van het enquêterecht, leidt dit ertoe dat de wet van haar inwerkingtreding af een "andere rechtswaarde" verleent aan anterieure feiten. Daarom meent het Hof op basis van zulke feiten wél (i) een enquête (naar die feiten) te kunnen bevelen, (ii) voorlopige voorzieningen te treffen, (iii) wanbeleid vast te stellen en – zo lezen wij de laatste beschikking – (iv) daarvoor

verantwoordelijke personen aan te wijzen, maar alleen níet (v) definitieve voorzieningen ten nadele van (die) specifieke personen te treffen, dat laatste op grond van de "enquêterechtelijke variant van het (...) legaliteitsbeginsel, dat meebrengt dat het treffen van dergelijke voorzieningen ten nadele van personen slechts mogelijk is uit kracht van een aan de feiten die tot de voorzieningen hebben geleid voorafgegane wettelijke grondslag (...)." Het Hof overweegt dat een en ander niet in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel en aan de wet ook geen terugwerkende kracht verschaft.

5. Maar wat voor soort rechtsfiguur is die enquêterechtelijke variant van het legaliteitsbeginsel? Dat de grenzen die het Hof aanbrengt aan de bevoegdheid definitieve voorzieningen te treffen ten nadele van specifieke personen alles te maken hebben met legaliteit, het mogen koesteren van verwachtingen in overeenstemming met het geldende regelstelsel, is duidelijk. In het strafrecht (inclusief het iets ruimere begrip van "criminal charge" als bedoeld in art. 6 en art. 7 EVRM) is dat begrip vastomlijnd. In het civiele recht wordt de betekenis meer inductief gevonden. Zie bijvoorbeeld Vranken, die aan de hand van enkele voorbeelden schrijft: "Kern is dat eruit blijkt dat vertrouwen en rechtszekerheid bewerkstelligen dat er orde heerst, dat de maat van de regels wordt gevolgd en dat men daarop mag afgaan. Alle elementen die in de literatuur en rechtspraak bij vertrouwen en rechtszekerheid worden genoemd, liggen hierin besloten: duidelijkheid, voorspelbaarheid, berekenbaarheid, afdwingbaarheid, verbod van willekeur, eerbiedigen van verkregen rechten, honoreren van gewekte verwachtingen en systeemconsistentie, mét overgangsregels, bij verandering of aanvulling van recht en rechtspraak" (J.B.M. Vranken, *Vertrouwen en rechtszekerheid in het overeenkomstenrecht*. Preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het recht van België en Nederland, in: J.B.M. Vranken e.a. (red.), *Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in Nederland* (1997), p. 1828). Waar in het strafrecht het beginsel "geen straf(baar feit) zonder voorafgaande strafbepaling" geldt, is er in het civiele recht een veel genuanceerder systeem van overgangsrecht, dat van doorslaggevende betekenis is voor de beantwoording van de vraag hoe het nieuwe recht moet omgaan met anterieure feiten. Het antwoord op de vraag of anterieure feiten een rol kunnen spelen in het enquêterecht, moet dus worden afgeleid uit het daarvoor geldende overgangsrecht.

6. Voor het standpunt van het Hof als neergelegd in de hiervoor geciteerde beschikkingen valt behoorlijk wat te zeggen. Dat de enquête naar de overheidsvennootschappen maatschappelijk gezien zéér wenselijk was, is een understatement. Wel lijkt het erop dat het Hof in de loop der tijd, van ImageSat I tot het wanbeleidsoordeel inzake de overheidsvennootschappen, op dit punt enigszins is geschoven en met voortschrijdend inzicht heeft gezocht naar de oplossing voor het toch niet geheel ondenkbeeldige probleem van de toepassing van, in het kader van het enquêterecht, nieuw ingevoerde normen als "gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen" en "wanbeleid" op anterieure feiten. Feit is dat die "andere rechtswaarde" die sinds de inwerkingtreding van het enquêterecht aan anterieure gedragingen gegeven wordt, de betrokkenen kan verrassen. Het Hof heeft kennelijk gemeend op grond van het legaliteitsbeginsel de grens te moeten trekken bij definitieve voorzieningen ten nadele van specifieke personen. Dit lijkt een impliciete toepassing te zijn van art. 15 Lvo BWNA, dat luidt: "De in overgangsbepalingen vervatte verwijzing naar de regels van de wet of naar die van het tevoren geldende recht is in aan de rechter voorgelegde zaken niet van toepassing (...) indien de toepassing onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De rechter beslist de zaak alsdan op de wijze die naar zijn oordeel in de gegeven omstandigheden het meest passend en billijk is."

7. Of en in hoeverre anterieure feiten kunnen worden betrokken in een enquêteprocedure komt, zoals gezegd, naar onze mening uiteindelijk aan op de interpretatie van het overgangsrecht. In dit verband speelt ook het concordantiebeginsel een belangrijke rol. Het concordantiebeginsel (art. 39 Statuut voor het Koninkrijk) geldt immers ook voor het enquêterecht (vgl. conclusie A-G Timmerman onder 3.4 voor HR 11 november 2016, «JOR» 2014/2, m.nt. Spruitenburg (*Cordial*)) en het privaatrechtelijke overgangsrecht (vgl. onder meer HR 1 juni 2007, NJ 2007/310). Bovendien heeft het Nederlandse overgangsrecht uitdrukkelijk model gestaan voor het Antilliaanse: "Daar het oude én het nieuwe recht in deze gedeelten van het wetboek in hoge

mate gelijk zijn aan het ermee corresponderende Nederlandse recht, kan bij het ontwerpen van het overgangsrecht steun worden gevonden in de Nederlandse Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek (...)" (zie de memorie van toelichting bij de Lvo BWNA). Deze regelingen zien er in grote lijnen als volgt uit.

8. In 2001 zijn de nieuwe Boeken 1, 3, 5, 6, 7 en 8 van het Burgerlijk Wetboek van de Nederlandse Antillen ("BWNA") en de Lvo BWNA in werking getreden. Laatstgenoemde overgangsregeling is opgesteld ten behoeve van "de vervanging van het Eerste Boek en van het vermogensrechtelijk gedeelte van het Burgerlijk Wetboek (...) door de nieuwe Boeken 3 tot en met 8", aldus de memorie van toelichting. De algemene bepalingen van overgangsrecht in Titel 1 Lvo BWNA zijn oorspronkelijk niet geschreven met het oog op het pas in 2004 ingevoerde Boek 2. Bij de invoering van Boek 2 zijn in de nieuwe Titel 2A Lvo BWNA specifieke overgangsbepalingen opgenomen (art. XXIX Lvo Boek 2 BWNA). Het enquêterecht is, als gezegd, in Curaçao pas bij de herziening van Boek 2 in 2012 in werking getreden. Art. II van de betreffende Landsverordening herziening Boek 2 BW ("Lvo herz. Boek 2 BWC") voorziet in overgangsrecht voor enkele herziene of nieuwe bepalingen, maar niet voor het enquêterecht. In de memorie van toelichting (Pb. 2011/66) bij de Lvo herz. Boek 2 BWC valt te lezen: "De algemene regel is dat de nieuwe bepalingen vanaf de dag van invoering werking hebben (onmiddellijke werking). Aan deze regel kan in beginsel worden vastgehouden. Ten aanzien van de in artikel II genoemde bepalingen zou echter toepassing van deze regel tot problemen aanleiding kunnen geven. De voorgestelde regels van overgangsrecht zijn erop gericht deze problemen te voorkomen" (het overgangsrecht en de bijbehorende memorie van toelichting (Ab. 2014/11) bij de herziening van Boek 2 van Sint Maarten in 2014 zijn overigens praktisch gelijkluidend).

9. Waar het Hof in de tweede ImageSat-beschikking gelet op deze indeling uitdrukkelijk overweegt dat "ook de Algemene bepalingen van titel 1 van de Lvo Overgangsrecht NBW van toepassing [zijn] op Boek 2", zijn in de Nederlandse Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek ("Ovw BWNL") de (met Titel 1 Lvo BWNA vergelijkbare) algemene bepalingen van overgangsrecht juist ná de specifieke overgangsbepalingen van (Boek 1 en) Boek 2 opgenomen in Titel 3 ("Algemene overgangsbepalingen in verband met de Boeken 3-8") en gelden in Nederland, anders dan volgens het Hof in Curaçao, de algemene bepalingen van overgangsrecht níet voor Boek 2. Integendeel, voor het Nederlandse Boek 2 geldt de bijzondere bepaling van art. 29 Ovw BWNL, die luidt: "Ten aanzien van rechtspersonen die op het tijdstip van in werking treden van Boek 2 (...) bestaan, [is], voor zover niet anders is bepaald, dit boek (...) van toepassing op feiten die na dat tijdstip voorvallen." Dit sluit aan bij het overgangsrecht ter zake van het Nederlandse WvK van 1928, waarin onder meer het enquêterecht werd geïntroduceerd. Daarin is bepaald: "Op naamlooze vennootschappen, opgericht vóór de inwerkingtreding dezer wet, is deze wet mede van toepassing, doch alleen voor het vervolg. Handelingen en verzuimen, welke hebben plaats gehad vóór de inwerkingtreding dezer wet, worden beoordeeld naar het recht, geldende ten tijde van de handeling of het verzuim (...) voorzoover de volgende artikelen geene afwijkingen bevatten" (art. V Nader gewijzigd ontwerp van wet). Deze specifiek op het (Nederlandse) rechtspersonenrecht gerichte overgangsbepaling is wezenlijk anders dan het uitgangspunt in het (Nederlandse en Curaçaose) vermogensrechtelijke overgangsrecht, namelijk: "Van het tijdstip van haar in werking treden af is de wet van toepassing, indien op dat tijdstip is voldaan aan de door haar voor het intreden van een rechtsgevolg gestelde vereisten, tenzij uit de volgende artikelen iets anders voortvloeit" (art. 68a lid 1 Ovw BWNL en 2 lid 1 Lvo BWNA). De wetgever heeft voor Boek 2 BWNL uitdrukkelijk afwijkende uitgangspunten van overgangsrecht geformuleerd ten opzichte van die voor de andere Boeken, omdat het rechtspersonenrecht een betrekkelijk zelfstandig onderdeel van het burgerlijk recht is, terwijl de andere Boeken daarentegen nauw met elkaar zijn verweven (vgl. Parl. Gesch. Nieuw BWNL, Boek 2, Invoeringswet, p. 1001).

10. Kortom, ten aanzien van Boek 2 BWNL geldt dat de nieuwe wet alleen van toepassing is op feiten daterend van ná de invoering (tenzij anders is bepaald), terwijl uit een strikte lezing van het Antilliaanse/Curaçaose overgangsrecht voor Boek 2 BWNA (tegenwoordig: BWC en BWSM) volgt dat de nieuwe wet wél van toepassing is op anterieure feiten (tenzij anders is bepaald). Hoewel, zoals gezegd, het Antilliaanse overgangsrecht is afgeleid van het Nederlandse, is niet dui-

delijk waarom de overgangsregelingen op dit essentiële punt van elkaar verschillen. De vraag kan worden gesteld of de wetgever dit wel zo bedoeld heeft. De wetgevers van Curaçao en Sint Maarten hebben bij de herziening van Boek 2 wel toegelicht dat de algemene regel van onmiddellijke werking (op grond van welke regel het Hof overweegt dat de nieuwe wet vanaf de inwerkingtreding een andere rechtswaarde verleent aan anterieure feiten) van toepassing is op het rechtspersonenrecht, maar van een uitdrukkelijke, kenbaar bewuste afwijking van het Nederlandse overgangsrecht lijkt geen sprake te zijn. Om die reden wordt ook wel bepleit dat in beginsel ook in Curaçao juist géén enquête kan worden gelast (laat staan voorlopige of definitieve voorzieningen kunnen worden getroffen) op basis van zulke feiten.

11. Als vastgesteld zou moeten worden dat de overgangswetgeving van Curaçao ten onrechte, al dan niet door een "foutje", niet goed aansluit bij het Nederlandse overgangsrecht, kan de rechter door middel van harmoniserende of concorderende interpretatie de eenheid van het rechtssysteem herstellen (vgl. conclusie A-G Vlas onder 2.2 voor HR 1 februari 2013, NJ 2013/82 (*MS Austria Schiffahrtsgesellschaft/Aruba Ports Authority*), met verwijzing naar HR 14 februari 1997, NJ 1999/409 (*Zunoca Freezone/Aruba*) en P. van Schilfgaarde, 'Concordantie in het privaatrecht', WPNR 1999-6356, p. 318). Men kan betogen dat, gelet op het feit dat het overgangsrecht uitdrukkelijk is afgestemd op de Nederlandse regeling en nu nergens uit blijkt dat de Antilliaanse/Curaçaose wetgever ter zake heeft willen afwijken, van deze bevoegdheid gebruik zou moeten worden gemaakt. In dat geval is de kans groot dat de Hoge Raad, die inmiddels is aangezocht, oordeelt dat de enquête niet gelast mocht worden. Maar moet de Hoge Raad tot dat oordeel komen? Of moet uit de Lvo herz. Boek 2 BWC toch worden afgeleid dat de Curaçaose wetgever, anders dan de Nederlandse, heeft gekozen voor de hoofdregel van onmiddellijke werking van het enquêterecht en toepassing daarvan op anterieure feiten, hoewel dat niet uitdrukkelijk is vermeld? Als wetten verschillend bedoeld zijn, ligt immers juist een níet-concordante uitleg voor de hand (vgl. G.C.C. Lewin, *Interregionaal Privaatrecht*, Praktijkreeks IPR, Deel 25 (2014), p. 32 en L.J. Rogier, 'Het einde van het concordantiebeginsel?', *RMThemis* 2016-3, p. 128).

12. Wij wijzen er in dit kader nog op dat de passage in de Nederlandse parlementaire geschiedenis dat "onder onmiddellijke werking – en niet onder terugwerkende kracht – (...) ook [valt] dat de nieuwe wet van haar inwerkingtreding af een 'andere rechtswaarde' verleent aan zgn. anterieure feiten" (Parl. Gesch. Nieuw BWNL, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Overgangsrecht, p. 11), waarnaar het Hof in ImageSat I (r.o. 3.2) en de eerste beschikking inzake de overheidsvennootschappen (r.o. 5.3) indirect verwijst, ziet op het overgangsrecht voor het (Nederlandse) vermogensrecht en (dus) niet op het (Nederlandse) rechtspersonenrecht. Die passage valt in ieder geval in het vermogensrecht goed te begrijpen. Daar was een helder praktisch belang mee gediend. Zie het voorbeeld dat in de parlementaire geschiedenis direct na deze opmerking is geplaatst: "Dat de eigenaar van een 'hulpzaak' reeds vóór de inwerkingtreding haar tot blijvend gebruik aan een hem toebehorende onroerende zaak heeft verbonden, houdt haar bij de inwerkingtreding van Boek 3 niet onroerend: artikel 563 treedt dan buiten werking, en daarmede vervalt de grond die haar karakter bepaalde, terwijl het nieuwe recht geen hulpzaken kent, die door bestemming onroerend zijn." Gelet op de verschillende karakters van het vermogensrecht en het rechtspersonenrecht zou betoogd kunnen worden dat het niet past om deze passage toe te passen op het rechtspersonenrecht. De vergelijking tussen zaken, die voortbestaan, en (als wanbeleid) kwalificerende anterieure gedragingen, die tijdgebonden zijn, gaat in de regel mank. Dat zal anders zijn bij anterieure gedragingen die doorwerken of anderszins hun schaduw vooruitwerpen tot na de inwerkingtreding van het enquêterecht, maar dan hebben we om die reden niet meer te maken met anterieure feiten. Op zulke feiten moet naar ons oordeel hoe dan ook het enquêterecht onverkort van toepassing zijn.

13. Daarnaast zou kunnen worden betoogd dat het wél betrekken van anterieure feiten in de enquêteprocedure niet strookt met (de strekking van) het Curaçaose overgangsrecht voor andere bepalingen. Zo bepaalt art. 4 Lvo BWNA dat een rechtshandeling verricht vóór de toepasselijkheid van de nieuwe wet niet nietig of vernietigbaar kan worden ten gevolge van een omstandigheid die de nieuwe wet, in tegenstelling tot het tevoren geldende recht, aanmerkt als een grond voor nietigheid of vernietiging. Vgl. ook de memorie

van toelichting, waarin valt te lezen: "(...) of een rechtshandeling, verricht vóór de nieuwe wet, geldig of ongeldig is, valt buiten het overgangsrecht, omdat zij alleen naar het oude recht wordt beoordeeld (...)" en "de conclusie is dat het overgangsrecht de vereisten van de nieuwe wet voor ontstaansfeiten in beginsel met rust kan laten. Dat geldt ook voor de geldigheid van rechtshandelingen. Deze gelden als ontstaansfeiten voor rechtsbetrekkingen, en als zij onder het oude recht geldig zijn verricht, zal het nieuwe hen met rust moeten laten." Vgl. ook art. 37i Lvo Boek 2 BWNA/Lvo BWNA: art. 2:20-23 BWC, die de nietigheid en vernietigbaarheid van besluiten van organen van de rechtspersoon regelen, "gelden niet voor een besluit van een orgaan dat voor het in werking treden van Boek 2 is genomen. Voor een dergelijk besluit blijft het toen geldende recht van toepassing." Deze bepalingen lijken veeleer aan te sluiten bij de regel van rechtspersonenrechtelijk overgangsrecht als neergelegd in art. 29 Ovw BWNL dan bij het verlenen van een "andere rechtswaarde" aan anterieure feiten na inwerkingtreding van de nieuwe wet.

14. Nu de zaak inmiddels is voorgelegd aan de Hoge Raad, zou het goed zijn als duidelijk wordt of, en zo ja in hoeverre, het Curaçaose enquêterecht inderdaad (a) "onmiddellijke werking" heeft die vanaf de inwerkingtreding een "andere rechtswaarde" verleent aan anterieure feiten of (b) alleen kan worden toegepast ten aanzien van feiten die zich na de invoering van de nieuwe wet hebben voorgedaan, dan wel in die periode doorwerken. Dat is niet alleen belangrijk voor de uitleg van het Curaçaose recht, maar ook voor het nieuwe enquêterecht in Sint Maarten én (mogelijk) komend enquêterecht in Aruba, op de BES-eilanden en in Suriname (waar de rechtspraak van de Hoge Raad nog altijd een inspiratiebron is voor rechters). Wij werpen ten slotte nog de vraag op of tegen de eerstefasebeschikking niet ook cassatieberoep had moeten worden ingesteld om met de discussie over de onmiddellijke werking ernst te maken, nu het Hof de uitgangspunten voor het onderzoek in die eerstefasebeschikking immers al had vastgelegd. Ongeacht het oordeel van de Hoge Raad ligt in deze zaak het rapport er al, met alle implicaties van dien. Daar valt niets meer aan te doen en dat is, gelet op de onthullingen in het rapport, maatschappelijk gezien misschien maar goed ook.

* Voor de goede orde vermelden de auteurs dat zij betrokken zijn (geweest) bij de hiervoor vermelde enquêteprocedures inzake ImageSat en Cordial.

R.F. van den Heuvel en R.B. van Hees
advocaten bij VanEps Kunneman VanDoorne te Curaçao

125

JOR 2017/125

Rechtbank Noord-Holland
8 februari 2017, HA RK 17-16
(mr. Goedhuis-Visser)
Noot G.J.C. Rensen

Statutenwijziging door rechtbank bij vereniging. Analoge toepassing van art. 2:294 BW. Handhaving van vereiste quorum is in gegeven omstandigheden, waarbij geldende Woningwet wijziging van statuten vereist, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Rechtbank wijzigt zelf statuten.

[BW art. 2:8 lid 2, 2:43 lid 1, 2:294]

Als gevolg van de per 1 juli 2015 gewijzigde Woningwet zijn de vigerende statuten van Woningbouwvereniging Oostzaanse Volkshuisvesting niet in overeenstemming met de thans geldende wettelijke voorschriften. Ongewijzigde handhaving van de statuten ten aanzien van het quorum zou er echter toe leiden dat er, gelet op de eisen die de huidige statuten daaraan stellen, niet tot enige statutenwijziging zou kunnen worden besloten.

Mede gelet op het feit dat het op grond van de vigerende statuten vereiste quorum strenger is dan de wettelijke norm als neergelegd in art. 2:43 lid 1 BW, brengt dit de rechtbank tot het oordeel dat de vereniging voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat ongewijzigde handhaving van de statuten zal leiden tot gevolgen die bij de oprichting redelijkerwijze niet kunnen zijn gewild. Handhaving van de geldende eis van aanwezigheid van een vierde van het aantal leden zonder mogelijkheid om bij het niet voldoen aan het quorum

een tweede algemene ledenvergadering te houden, waarin ongeacht het aantal aanwezige leden een besluit tot statutenwijziging kan worden genomen, acht de rechtbank in de gegeven omstandigheden, waarbij de geldende Woningwet wijziging van de statuten vereist, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.
Het verzoek tot wijziging van de statuten is derhalve toewijsbaar. De rechtbank gelast de bestuurders van de vereniging de beschikking in te schrijven in het handelsregister.

Woningbouwvereniging Oostzaanse Volkshuisvesting te Oostzaan,
verzoekster,
advocaat: mr. V.H.B. Kruit.

(...; *red.*)

2. De feiten
2.1. De vereniging Woningbouwvereniging Oostzaanse Volkshuisvesting (hierna: de vereniging) is opgericht op 9 november 1918 en is een woningcorporatie; een toegelaten instelling in de zin van de Woningwet.
2.2. De Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting van 20 maart 2015, verplicht iedere toegelaten instelling om in beginsel voor 1 januari 2017 hun statuten in overeenstemmening te brengen met de nieuwe Woningwet.
2.3. Het bestuur van de vereniging heeft in verband hiermee opdracht verstrekt om voor haar nieuwe statuten op te stellen. Conform het bepaalde in artikel 52 lid 4 van de vigerende statuten en artikel 23 lid 3 Woningwet zijn de wijzingen in gewaarmerkte concept-statuten aan de minister voor Wonen en Rijksdienst voorgelegd. De Minister heeft op 3 november 2016 goedkeuring verleend aan de voorgenomen statutenwijziging.
2.4. Een besluit tot wijziging van de statuten van de vereniging dient – na voorafgaande toestemming van de Minister – te worden genomen door de algemene ledenvergadering van de vereniging. De wijze waarop een dergelijk besluit door de algemene ledenvergadering dient te worden genomen is uitgewerkt in artikel 52 lid 1 van de thans vigerende statuten van de vereniging, waarin is bepaald:
"Wijziging van de Statuten kan slechts geschieden bij een besluit van de Algemene Vergadering, waartoe is opgeroepen met de mededeling dat aldaar wijziging van de Statuten zal worden voorgesteld. Tot wijziging van de Statuten kan worden besloten met een meerderheid van twee derde van de uitgebrachte geldige stemmen indien ter vergadering ten minste een vierde van de leden aanwezig is."
2.5. Blijkens de digitale ledenadministratie had de vereniging per 1 december 2016, 3496 stemgerechtigde leden. Het bestuur van de vereniging heeft conform haar statuten de leden bijeengeroepen voor een buitengewone algemene vergadering te houden op 17 december 2016 in Oostzaan ten einde tot de voorgenomen statutenwijziging te komen. Op de oproeping en publicaties van de uitnodiging in de pers zijn op de gehouden ledenvergadering van 17 december 2016 728 leden van de vereniging op de vergadering verschenen, waarvan er 720 voor de voorgestelde wijziging van de statuten van de vereniging hebben gestemd. Nu echter het statutair vereiste quorum van een vierde van de leden, hetgeen neerkomt op 874 stemgerechtigde leden, niet is gehaald, kon geen rechtsgeldig besluit tot statutenwijziging worden genomen.

3. Het verzoek
3.1. Het verzoekschrift strekt tot het wijzigen van de artikel 52 lid 1 van de statuten van de vereniging op de in het verzoekschrift vermelde wijze, waarbij dit artikel wordt aangevuld met de volgende bepaling:
"Indien niet ten minste een vierde van de leden ter vergadering aanwezig is, kan binnen zes weken een tweede vergadering bijeengeroepen en gehouden worden waarin tot wijziging van de statuten kan worden besloten met een meerderheid van tenminste twee derde van de uitgebrachte geldige stemmen."
Het verzoek is gegrond op artikel 2:8 BW en naar analogie artikel 2:294 lid 1 BW.
3.2. De vereniging legt aan haar verzoek het volgende ten grondslag.
De vereniging is met de bepalingen in de vigerende statuten ten aanzien van het voor een wijziging vereiste quorum niet in staat de statuten te doen wijzigen. Gelet op de gemiddelde opkomst bij eerder gehouden vergaderingen is het niet waarschijnlijk dat het opnieuw houden van een buitengewone algemene ledenvergadering leidt tot een opkomst van de vereiste 874 stemgerechtigde leden. De huidige statuten leiden dan ook tot een deadlock situatie in de besluitvorming binnen de algemene ledenvergadering. De vereniging be-

oogt met onderhavig verzoek mogelijk te maken dat zij haar governance op orde brengt, zodanig dat de statuten vervolgens in overeenstemming kunnen worden gebracht met de gewijzigde Woningwet.

4. De beoordeling
4.1. Op grond van artikel 2:294 BW kan de rechtbank op verzoek van, onder meer het bestuur de statuten van een stichting wijzigen, indien ongewijzigde handhaving zou leiden tot gevolgen die bij de oprichting redelijkerwijs niet kunnen zijn gewild en de statuten de mogelijkheid tot wijziging niet voorzien. Een soortgelijke bepaling, voor verenigingen kent de wet niet. Artikel 2:8 lid 2 BW bepaalt echter, dat een, tussen een rechtspersoon en de daarbij betrokkenen, krachtens wet, gewoonte, statuten, reglementen of besluit geldende regel niet van toepassing is, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.
4.2. Uit de stukken blijkt dat als gevolg van de per 1 juli 2015 gewijzigde Woningwet de vigerende statuten van deze vereniging niet in overeenstemming zijn met de thans geldende wettelijke voorschriften. Ongewijzigde handhaving van de vigerende statuten van de vereniging ten aanzien van het quorum zou er echter toe leiden dat er, gelet op de eisen die de huidige statuten daaraan stellen, niet tot enige statutenwijziging zou kunnen worden besloten.
Het voorgaande mede gelet op het feit dat het op grond van de vigerende statuten vereiste quorum strenger is dan de wettelijke norm als neergelegd in artikel 2:43 lid 1 BW brengt de rechtbank tot het oordeel dat de vereniging voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat ongewijzigde handhaving van de statuten zal leiden tot gevolgen die bij de oprichting redelijkerwijze niet kunnen zijn gewild. Handhaving van de geldende eis van aanwezigheid van een vierde van het aantal leden zonder mogelijkheid om bij het niet voldoen aan het quorum een tweede algemene ledenvergadering te houden, waarin ongeacht het aantal aanwezige leden een besluit tot statutenwijziging kan worden genomen, acht de rechtbank in de gegeven omstandigheden, waarbij de geldende Woningwet wijziging van de statuten vereist, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.
De rechtbank is dan ook van oordeel dat het verzoek toewijsbaar is.

5. De beslissing
De rechtbank
5.1. wijzigt artikel 52 lid 1 de statuten van Woningbouwvereniging Oostzaanse Volkshuisvesting, gevestigd te Oostzaan, in die zin dat dit voortaan komt te luiden als volgt:
"Wijziging van de Statuten kan slechts geschieden bij een besluit van de Algemene Vergadering, waartoe is opgeroepen met de mededeling dat aldaar wijziging van de Statuten zal worden voorgesteld. Tot wijziging van de Statuten kan worden besloten met een meerderheid van twee derde van de uitgebrachte geldige stemmen indien ter vergadering ten minste een vierde van de leden aanwezig is.
Indien niet ten minste een vierde van de leden ter vergadering aanwezig is, kan binnen zes weken een tweede vergadering bijeengeroepen en gehouden worden waarin tot wijziging van de statuten kan worden besloten met een meerderheid van tenminste twee derde van de uitgebrachte geldige stemmen."
5.2. gelast de bestuurders van de vereniging deze beschikking, nadat deze in kracht van gewijsde is gegaan, in te schrijven in het in artikel 2:29 BW genoemde register.

NOOT

1. Statuten van een vereniging of nv/bv kunnen eisen stellen aan het aantal leden respectievelijk aandeelhouders dat op de algemene vergadering aanwezig of vertegenwoordigd moet zijn, wil de algemene vergadering rechtsgeldig kunnen besluiten. Anders dan voor nv's (art. 2:120 lid 3 BW) en bv's (art. 2:230 lid 3 BW) ontbreekt voor verenigingen de wettelijke bepaling dat indien een dergelijk quorum niet wordt gehaald, een tweede vergadering kan worden bijeengeroepen waarvoor het quorumvereiste niet geldt. De statuten van een vereniging kunnen daarin overigens wel voorzien. Dat was bij Woningbouwvereniging Oostzaan echter niet het geval, terwijl deze voor statutenwijziging wel een aanwezigheidsquorum van ten minste ¼ van de leden voorschrijven.
2. In verband met de per 1 juli 2015 ingrijpend gewijzigde Woningwet moest deze vereniging, een toegelaten instelling in de zin van art. 19

Woningwet, een woningcorporatie dus, haar statuten aanpassen voor 1 januari 2017. Zij slaagde daar niet in. Op de algemene vergadering die werd gehouden op 17 december 2016 werd het statutair vereiste quorum, dat neerkwam op 874 stemgerechtigde leden, niet gehaald: er waren er 728.

3. Bijeenroeping van een tweede vergadering is niet geprobeerd, in plaats daarvan werd de rechter om een oplossing verzocht, analoog aan de in het stichtingenrecht geboden mogelijkheid in art. 2:294 BW om de statuten te wijzigen indien ongewijzigde handhaving zou leiden tot gevolgen die bij de oprichting redelijkerwijs niet kunnen zijn gewild en de statuten niet in de mogelijkheid van wijziging voorzien of het bevoegde orgaan daar niet toe overgaat. De rechtbank gaat mee in dit opmerkelijke verzoek en wijzigt de statuten door een quorumloze tweede vergadering daarin op te nemen. Handhaving van het statutaire quorumvereiste zonder de mogelijkheid van een quorumloze tweede vergadering acht de rechtbank naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Er zou dan niet tot statutenwijziging kunnen worden besloten (r.o. 4.2). Daarbij speelt een rol dat de gewijzigde Woningwet tot de onderhavige statutenwijziging noopt; zie hierover inhoudelijk Hoppenbrouwers & Rensen, *WPNR* 2015/7088.

4. De rechtbank biedt aldus een praktische handreiking aan deze woningcorporatie. Toch meen ik dat de rechtbank daar te snel toe is overgegaan. Waarom heeft het bestuur niet eerst zelf nog een tweede vergadering bijeengeroepen, waarbij het zich extra zou hebben moeten inspannen om zijn leden op te trommelen de vergadering te bezoeken? Een dergelijke mobilisatie van leden om een statutair quorum te halen, komt wel vaker voor in de verenigingspraktijk. De vereniging had haar leden voor die tweede vergadering bovendien de mogelijkheid van stemmen bij volmacht (te verlenen aan een ander lid) kunnen bieden, mits de statuten dit niet uitsluiten (zie art. 2:38 lid 4 BW). Dit vergemakkelijkt het uitbrengen van een stem, zeker nu die volmacht op grond van lid 5 van art. 2:38 BW elektronisch kan worden vastgelegd. Bij stemming krachtens volmacht zou nog wel de vraag kunnen rijzen of daarmee wordt voldaan aan het vereiste dat ¼ van de leden ter vergadering 'aanwezig' is, zoals de statuten i.c. bepalen. De wet spreekt in dit verband over "aanwezig of vertegenwoordigd" zijn, zie bijvoorbeeld art. 2:43 lid 2 en 4 BW. Dat de statuten van de woningcorporatie ook in deze betekenis moeten worden gelezen, lijkt mij verdedigbaar en minder vergaand dan de door de rechtbank i.c. gekozen oplossing. Misschien is dit allemaal gedaan in het kader van de op 17 december gehouden algemene vergadering, dat valt niet op te maken uit de beschikking, maar dan nog had van de vereniging een tweede poging tot besluitvorming conform de geldende statuten mogen worden verwacht. Statutaire bepalingen moeten niet te snel opzij worden gezet.

5. Mogelijk heeft de rechtbank impliciet laten meewegen dat de uiterste datum van 1 januari 2017 al was gepasseerd en de statutaire inrichting van de woningcorporatie nog steeds niet in lijn was met de Woningwet. Maar zou dit niet voor risico van het bestuur moeten komen? Uit de beschikking blijkt niet de oproepingstermijn voor een algemene vergadering. Het lijkt erop dat de woningcorporatie de voorbereiding en besluitvorming behoorlijk in de richting van de deadline heeft geschoven. Vanaf 1 juli 2015 zal bij het bestuur bekend zijn geweest dat de statuten moesten worden gewijzigd. De vereiste ministeriële goedkeuring op de voorgestelde statutenwijziging werd echter eerst op 3 november 2016 ontvangen en de algemene vergadering is gehouden op 17 december 2016 – slechts twee weken voor de in de Woningwet gestelde deadline. Vervolgens is het verzoekschrift op 25 januari 2017 door de rechtbank ontvangen. Nogmaals, de oproepingstermijn voor een algemene vergadering van de vereniging i.c. is mij niet bekend maar denkbaar is dat wanneer op 18 december 2016 de tweede vergadering zou zijn opgeroepen, deze in de tussenliggende periode al had kunnen plaatsvinden. De mogelijke gevolgen voor de vereniging van het op 1 januari 2017 niet voldoen aan de wettelijke eis dat de statuten in lijn met de Woningwet zijn, lijken overigens niet desastreus. De toelating in de zin van de Woningwet zal niet worden ingetrokken (zie immers de beperkte gronden daarvoor in art. 19 lid 4 Woningwet). Meer waarschijnlijk is dat de Autoriteit woningcorporaties een aanwijzing aan de vereniging geeft om haar statuten in overeenstemming met de wet te brengen, dit op grond van art. 61d Woningwet. Het overschrijden van de implementatiedatum vormt dus geen noodzaak om in te grijpen zoals de rechtbank heeft gedaan.

6. Bijzonder in deze zaak is dat de rechtbank zelf de statuten wijzigt, terwijl daarvoor in het verenigingsrecht geen wettelijke grondslag bestaat. Alleen de algemene vergadering van een vereniging kan tot wijziging van de statuten besluiten, zie art. 2:42 BW. De rechter kan niet zelf dat besluit voor een vereniging vaststellen, omdat hij daartoe de bevoegdheid mist; vgl. in deze zin ook L. Timmerman, 'Dient de rechter voor een rechtspersoon besluiten te kunnen vaststellen?', in: P. van Schilfgaarde e.a., *Knelpunten in de vennootschapswetgeving*, IVO dl. 24, Kluwer, Deventer 1995, p. 26. Of is hier sprake van reële executie zoals bedoeld in art. 3:300 BW? Die bepaling maakt het mogelijk dat indien iemand jegens een ander gehouden is een rechtshandeling te verrichten, de rechter op vordering van de gerechtigde kan bepalen dat zijn uitspraak dezelfde kracht heeft als een in wettige vorm opgemaakte akte van degene die tot de rechtshandeling gehouden is. Reële executie is niet mogelijk indien de aard van de rechtshandeling zich daartegen verzet. Zie daarover in relatie tot een besluit, in twijfelende zin: Van der Grinten, *RM Themis* 1992, p. 273. Als we ervan uitgaan dat de omstandigheid dat het i.c. gaat om een besluit dat zich niet tegen reële executie verzet, rijst de vraag hoe de overige onderdelen van art. 3:300 lid 1 BW i.c. moeten worden toegepast. Kan deze bepaling zo worden gelezen dat het de algemene vergadering is die (op grond van de gewijzigde Woningwet) tot het nemen van het besluit tot statutenwijzing verplicht is en de vereniging de gerechtigde is? De beschikking heeft dan dezelfde rechtskracht als het besluit van de algemene vergadering en treedt op grond van art. 3:300 lid 1 BW in de plaats van de notariële akte van statutenwijziging. Wat daar verder ook van zij, uit de uitspraak blijkt nergens expliciet dat reële executie is bedoeld, integendeel; het feit dat de onderhavige procedure een verzoekschriftprocedure is en geen dagvaardingsprocedure sluit eerder uit dat sprake is van reële executie.
7. De rechtbank heeft de bestuurders gelast om zijn beschikking (inhoudende de statutenwijziging) in te schrijven in het handelsregister, niet om daarvan een notariële akte op te maken. Waarschijnlijk ontleent de rechtbank dit aan het stichtingenrecht waarin daarvoor een bijzondere wettelijke bepaling bestaat (art. 2:302 BW, waarbij de griffier zorgdraagt voor inschrijving). Ik zie bij een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid echter geen mogelijkheid om een statutenwijziging zonder notariële akte te bewerkstelligen, anders dan via de route van reële executie die i.c. echter niet aan de orde is. Gelet op de aspecten genoemd in nr. 6 en nr. 7 had de rechtbank, in mijn ogen, moeten volstaan met het oordeel dat het statutaire quorumvereiste op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 lid 2 BW) niet van toepassing is op de tweede algemene vergadering (r.o. 4.2). Dan zou de vereniging een algemene vergadering kunnen houden en als onderdeel van het daar voorliggende voorstel tot statutenwijziging had de algemene vergadering kunnen besluiten om de quorumloze vergadering in de statuten op te nemen.

G.J.C. Rensen
kandidaat-notaris/PSL te Amsterdam en verbonden aan het Van der Heijden Instituut, Radboud Universiteit Nijmegen

Financieel recht

269

JOR 2006/269

Voorzieningenrechter Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen
14 september 2006, KG 248/2006
(Mr. De Kort)

Bevriezing bankrekeningen wegens vermoeden van betrokkenheid rekeninghouders bij fraude en witwassen. Afwijzing vordering tot onmiddellijke vrijgave van bevroren tegoeden.

Van een bank kan in het algemeen niet verlangd worden dat zij voortgaat met dienstverlening aan een cliënt van wie zij het redelijk vermoeden heeft – welk vermoeden de cliënt niet bereid of in staat is weg te nemen – dat die cliënt zijn rekeningen gebruikt voor onfrisse zaken. Afgezien van mogelijke strafrechtelijke implicaties, mag een bank zich daarbij laten leiden door haar eigen (ethisch) beleid en het belang van het behoud van haar

goede naam en de belangen van haar relaties met derden, waaronder corresponderende banken.
De vraag dient zich echter op welk doel de bevriezing van de rekeningen en het opvragen van compliance-informatie thans nog dient. De bank heeft eisers al te verstaan gegeven dat zij de relatie uiterlijk per 15 september 2006 wil beëindigen en dat de rekeningen van eisers uiterlijk op die datum gesloten dienen te zijn. Voorts is inmiddels een maand verstreken sinds de rekeningen door de bank zijn bevroren en heeft zij voldoende gelegenheid gehad haar positie te bepalen. De enige rechtvaardiging die het Gerecht thans nog ziet voor opschorting van de afdracht van de saldi is de door de bank geuite vrees dat zij zich met afdracht van de tegoeden schuldig zou maken aan witwassen. Bij de huidige stand van zaken kan niet gezegd worden dat deze vrees ongegrond is. Dit staat op dit moment in de weg aan toewijzing van de vordering van eisers. Het betekent niet dat de bank de tegoeden tot in lengte van dagen onder zich kan houden.

1. Camtune Automobile Trading LLC te Dubai (Verenigde
Arabische Emiraten),
2. Sigma (Sixty) BV te Rotterdam,
eisers in kort geding,
gemachtigden: mrs. D.D. Zahavi en C. Wendenburg,
tegen
First Curaçao International Bank NV te
Curaçao,
gedaagde in kort geding,
gemachtigden: mrs. M.W.J.H. Welten en U. van Bemmelen.

(...; *red.*)

2. De vaststaande feiten
2.1. Eisers houden bij FCIB bankrekeningen aan. Voor eiseres sub 1 betreft het de rekening met nummer 04-801-203612-01 en voor eiseres sub 2 de rekening met nummer 04-801-204449-01.
2.2. Bij e-mailbericht van 9 augustus 2006 heeft FCIB een aantal van haar klanten, onder wie eisers, meegedeeld dat hun rekeningen werden bevroren. Het e-mailbericht luidt onder meer als volgt:
"Pursuant to the provisions of our General Terms and Conditions you have the obligation towards our bank to comply with all Applicable laws relating to money laundering and proceeds of crime.
(...) We have the legal obligation under the Netherlands Antilles National Ordinance Penalization of Money Laundering not to deal in the proceeds of unlawful activity where we have actual knowledge, or must presume, that accounts contain such funds.
We wish to inform you that we have received a Court Order for seizure of certain documents related to your Account(s) to be delivered to the Court in connection with suspected criminal activities.
As the operaion of your Account(s) and the execution of all Instructions and the provision of all Facilities is subject at all times to the Applicable Laws we are unable to process payments for your Account(s) as we reasonably believe that your Account may have been used in the commission of unlawful activity and that enabling such payments may cause the Bank to breach Applicable Laws or banking practices.
Until the issues referred to here above are resolved, which may include a full compliance audit of your Account, available funds will remain in your Account, and incoming funds will be returned to the sender. (...)"
2.3. Bij schrijven van 15 augustus 2006 heeft John Deuss, als *Chairman of the Supervisory Board* van FCIB, haar klanten uit de Telecom- en Computer Trading-sector, onder wie eisers, gevraagd hun rekeningen bij FCIB uiterlijk op 15 september 2006 te sluiten. Het schrijven luidt onder meer als volgt:
"Due to the escalation of compliance requirements to adequately manage the risks, client acceptance and transaction monitoring standards associated with the Telecom and Computer Trader market segment, prompted by the level of VAT fraud within the UK and the EU and the position of the UK money center banks, FCIB has taken the decision to discontinue providing banking services to clients in the Telecom and Computer Trading sector.
As a result we have to ask you to close your eBanking and ExactPay¯ accounts with our bank no later than September 15, 2006 and effective August 31st, 2006, we will no longer be able to process wire transfers for your account.
(...)
The remaining balance in your account(s) should be wire transferred to an account in your name at

another bank as soon as possible or used to make payments in the normal course of business. In reviewing these transfers, we will continue to employ the strict Enhanced Due Diligence and transaction monitoring rules, including the verification of the legitimacy of the sources of funds and uses of funds. (...)"

2.4. De *court order* waaraan FCIB in haar emailbericht van 9 augustus 2006 refereert is de haar op 8 augustus 2006 uitgereikte beschikking van de rechter-commissaris in strafzaken van dit Gerecht van 31 juli 2006, houdende een bevel aan FCIB tot uitlevering ter inbeslagneming van "alle schriftelijke stukken aangaande bankrekeningen" van de bedrijven genoemd in bij de beschikking gevoegde pagina's uit een Schots rechtshulpverzoek. Ook eiseres sub 2 wordt daarin vermeld.

2.5. Op 23 augustus 2006 is aan FCIB een nadere beschikking van de rechter-commissaris uitgereikt, gedateerd 23 augustus 2006. In deze beschikking wordt overwogen dat inmiddels meer verdachten bekend geworden zijn en wordt FCIB de uitlevering bevolen van alle schriftelijke stukken aangaande bankrekeningen van bedrijven genoemd in het bij die beschikking gevoegde aanvullende rechtshulpverzoek van 21 augustus 2006 van de Schotse autoriteiten. Het rechtshulpverzoek heeft betrekking op een onderzoek naar vermeende carrouselfraude en het witwassen van geld.

2.6. Partijen zijn de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van FCIB overeengekomen. Deze bevatten onder meer de volgende bepalingen:

(artikel A.2.20)

"(...) The Bank may take or refrain from taking any action whatsoever, and the Client shall do all things required by the Bank, in order tot procure or ensure compliance with Applicable Laws."

(artikel A.3.1. (f)

"The Client acknowledges that the Bank is subject to certain 'know-your-customer' obligations and obligations in regard to the detection, disclosure and prevention of money laundering (money laundering being defined to include in any manner dealing with proceeds of or assets used in any unlawful activity, wherever committed, and any dealing with funds or assets of any person or entity involved in or suspected of involvement in any fraudulent or unlawful activity, wherever committed). Accordingly the Client undertakes and agrees in connection therewith:

i to fully cooperate with the Bank and to provide all information requested by the Bank from time to time in regard to the Client, the Account(s) and all transactions executed through the Account(s) in order to enable and assist the Bank in discharging its obligations under Applicable Laws and banking practices in any jurisdiction where the Bank conducts business, where any Client is located, and where any correspondent bank or other service provider to the Bank is located including, but not limited to, copies of such information and documents concerning its business and financial position as the Bank may request;

ii that the Bank may delay, block or refuse to make a payment or transfer if the Bank reasonably believes that making such payment or transfer may breach any applicable Law or banking practice (...)

iii the Bank may close or suspend any Account, or freeze funds in any Account, if the Bank reasonably believes that such Account has been used in the commission of any fraud or unlawful activity (...)

iv that the Bank may use any Client information to prevent or investigate any fraud or unlawful conduct including any suspected fraud or unlawful conduct;

v that the Bank may disclose any Client information to (...) regulatory bodies, government agencies, law enforcement agencies and courts (...)."

2.7. Eisers hebben schriftelijk bij FCIB geprotesteerd tegen de bevriezing van hun rekeningen. Daarbij hebben zij tevergeefs om een afschrift gevraagd van de *court order* die volgens FCIB mede redengevend was voor de bevriezing van hun rekeningen.

2.8. Eisers hebben niet althans niet volledig voldaan aan het verzoek van FCIB (haar zich overwegend in India bevindende *compliance*–afdeling) om nader informatie over – onder meer – hun transacties en de herkomst van hun fondsen.

2.9. Bij brief van 23 augustus 2006 heeft de gemachtigde van eisers de hier relevante algemene voorwaarden vernietigd, stellende dat deze onredelijk bezwarend zijn.

2.10 Bij e-mailbericht van 4 september 2006 heeft Michael Fox, als *Deputy General Counsel* van FCIB, eisers het volgende bericht:

"In view of certain Court Orders, the Bank decided to suspend your client's accounts as an interim measure.

It is not our intention to suspend your client's accounts for an indefinite period of time. Absent any further action by appropriate authorities or third parties by September 30, 2006, and upon having received (to our satisfaction) the additional compliance information and documentation requested (...) by our Risk Management and Compliance Department, we will release the funds (...)."

3. De standpunten van partijen

3.1. Eisers stellen zich op het standpunt dat er geen contractuele of wettelijke basis bestaat voor de bevriezing door FCIB van hun rekeningen. Noch de Landsverordening Strafbaarstelling witwassen van geld (SWG), noch de Landsverordening Melding Ongebruikelijke Transacties (MOT) brengen volgens eisers een verplichting of bevoegdheid met zich voor FCIB om, in geval zij een vermoeden zou hebben van frauduleuze handelingen, zelf actie te ondernemen jegens haar cliënten. Aan de algemene voorwaarden waarop FCIB zich beroept kan zij volgens eisers gelet daarop in redelijkheid evenmin enige bevoegdheid ontlenen tot het bevriezen van rekeningen en het opvragen van informatie. Daarbij komt dat deze voorwaarden, in de huidige redactie, te veel ruimte laten voor subjectiviteit en willekeur en als onredelijk bezwarend dienen te worden aangemerkt. Zij zijn volgens eisers dan ook met succes op die grond door hen vernietigd. Bovendien kan FCIB volgens eisers niet hard maken dat er sprake is van een redelijk vermoeden van betrokkenheid van eisers bij fraude en witwassen. Door de rekeningen toch te bevriezen, handelt FCIB volgens eisers onrechtmatig jegens hen en berokkent FCIB eisers schade. Die schade bestaat in elk geval uit de kosten van juridische bijstand die eisers reeds hebben gemaakt. Ter zitting hebben eisers nog aangevoerd dat zij vermoeden dat FCIB zelf het onderwerp is van strafrechtelijk onderzoek en dat gevreesd moet worden voor haar liquiditeit.

3.2. Eisers vorderen, na wijziging van eis, kort gezegd dat het Gerecht FCIB bij vonnis in kort geding, uitvoerbaar bij voorraad, zal veroordelen tot onmiddellijke vrijgave van de bevroren tegoeden en tot afgifte van afschriften van de *court orders*, alles op straffe van een dwangsom. Tevens vorderen zij betaling aan ieder van hen van een bedrag van Naf. 8.900,=, althans een door het Gerecht in goede justitie te bepalen bedrag, terzake door eisers gemaakte kosten van juridische bijstand, alsmede de veroordeling van FCIB in de kosten van het geding.

3.3. FCIB voert verweer. Zij wijst er op dat de aan haar uitgereikte bevelen en de rechtshulpverzoeken onderdeel vormen van een grootschalig fraudeonderzoek in het Verenigd Koninkrijk, waarbij het gaat om een VAT-fraude van honderden miljoenen ponden. Bij het eerste bevel werd aan FCIB bevolen alle informatie te verstrekken over zo'n tweehonderd cliënten, bij het tweede bevel werd daaraan nog een aantal klanten en rekeningen toegevoegd. Eiseres sub 2 wordt uitdrukkelijk genoemd in de bijlage bij het eerste bevel. Van eiseres sub 1 heeft FCIB vastgesteld dat zij is via persoonlijke verwevenheid is gelieerd aan eiseres sub 2. Ook is sprake van gebruik van de rekeningen bij het "rondpompen" van geld. Volgens FCIB is haar middels de bevelen en de daarop volgende gesprekken met vertegenwoordigers van *HM Revenue and Customs* bekend gemaakt dat alle met name in de bevelen genoemde (rechts-)personen (ongeveer 200) mogelijk verdachten zijn in het strafonderzoek, dat al deze (rechts-)personen werden verdacht van deelname aan Vat-carrouselfraude en dat deze verdenking ook bestaat tegen andere, aan hen gelieerde cliënten van FCIB. FCIB verwijst daarvoor naar verklaringen van de eerder genoemde Michael Fox en van haar *Supervisory Director and General Counsel* Timothy Ulrich. Dit heeft FCIB er naar haar zeggen toe doen besluiten de verwerking van transacties in de rekeningen van al deze cliënten op te schorten in afwachting van verdere ontwikkelingen. De bevoegdheid hiertoe baseert zij niet alleen op haar algemene voorwaarden, maar volgt volgens haar ook uit haar gebondenheid aan anti-witwaswetgeving en *banking practice* hier te lande en in onder meer de US en UK. FCIB beroept zich in dit verband tevens op een brief van haar toezichthouder de Bank van de Nederlandse Antillen van 24 augustus 2006, waarin wordt gezegd dat de Bank van mening is dat FCIB gerechtigd is tot het nemen van de door haar getroffen maatregelen.

4. De beoordeling

4.1. FCIB heeft nadat zij voor dit kort geding was opgeroepen afschriften overgelegd van de haar op 8 en 23 augustus 2006 namens het Parket van de Officier van Justitie te Curaçao uitgereikte stukken. Daarmee is het belang van eisers bij hun vordering tot het verschaffen van afschriften van stukken komen te vervallen.

4.2. De stelling van eisers dat de relevante bedingen in de algemene voorwaarden van FCIB met succes zijn vernietigd, moet worden verworpen. Door eisers zijn geen omstandigheden gesteld op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd zou zijn dat de bedingen voor hen onredelijk bezwarend zijn. In het bijzonder volgt het Gerecht eisers niet in hun redenering dat de term "reasonable belief" FCIB een vrijbrief geeft om naar willekeur en op louter subjectieve gronden tot bevriezing van rekeningen over te gaan. Het woord *reasonable* staat daar onmiskenbaar aan in de weg.
4.3. Partijen hebben uitgebreid stilgestaan bij de vraag of bij FCIB het redelijke vermoeden, zoals het Gerecht de in de algemene voorwaarden gebezigde term *reasonable belief* zal vertalen, kan hebben postgevat dat de rekeningen van eisers zijn gebruikt in het kader van witwassen van geld en carrouselfraude. Het Gerecht is van oordeel dat deze vraag ten aanzien van eiseres sub 2 reeds bevestigend moet worden beantwoord omdat zij met naam wordt genoemd in het eerste aan FCIB gerichte bevel tot uitlevering van stukken. In het algemeen zal een bank in redelijkheid kunnen vermoeden dat er iets niet in de haak is met een van haar rekeninghouders, indien die rekeninghouder blijkens een aan de bank uitgereikte beschikking van de rechter-commissaris in strafzaken mede onderwerp is van een (carrouselfraude-) onderzoek. Als niet gemotiveerd bestreden is voorts aannemelijk de stelling van FCIB dat sprake is van personele verwevenheid tussen eisers en andere, ook respectievelijk wel in het bevel genoemde cliënten van FCIB en van onderlinge transacties via rekeningen van eisers en rekeningen van bedoelde andere cliënten. Hoewel partijen geen bedragen hebben genoemd, is bovendien aannemelijk geworden dat het daarbij om zeer substantiële bedragen gaat. Zo meldt Ulrich in zijn verklaring dat FCIB na het eerste bevel "£ 40 million+" heeft opgeschort. Als daar nog aan worden toegevoegd het tweede rechterlijke bevel en de gegevens uit het daarbij behorende rechtshulpverzoek, alsmede de kennelijke weigering van eisers om aan FCIB volledige openheid van zaken te geven, kan in redelijkheid niet worden volgehouden dat bij FCIB geen *reasonable belief* aanwezig kan zijn dat de rekeningen van eisers zijn gebruikt *in the commission of any fraud or unlawful activity* als bedoeld in artikel A.3.1. (f) sub iii) van de algemene voorwaarden.
4.4. Het Gerecht is van oordeel dat FCIB gelet op het bij haar gerezen vermoeden de bevoegdheid had, zeker ook gelet op haar algemene voorwaarden, eisers om opheldering en onderliggende documentatie te vragen en de afhandeling van verdere transacties in afwachting daarvan op te schorten. Anders dan eisers tot uitgangspunt lijken te nemen, is daarbij niet de toets of FCIB zich bij uitvoering van de transacties zelf schuldig zou maken aan strafbare feiten, of hoe de strafrechter zou oordelen over de vermoedens jegens eisers. Van een bank kan in het algemeen niet verlangd worden dat zij voortgaat met dienstverlening aan een cliënt van wie zij het redelijk vermoeden heeft – welk vermoeden de cliënt niet bereid of in staat is weg te nemen – dat die cliënt zijn rekeningen gebruikt voor, kort gezegd, onfrisse zaken. Afgezien van mogelijke strafrechtelijke implicaties, mag een bank zich daarbij mede laten leiden door haar eigen (ethisch) beleid en het belang van het behoud van haar goede naam en de belangen van haar relaties met derden, waaronder correspondernde banken.
4.5. De vraag dringt zich echter op welk doel de bevriezing van de rekeningen en het opvragen van *compliance*–informatie thans nog dient. Het is immers niet langer zo dat FCIB moet kunnen beoordelen of zij nog wel verder wil met eisers als cliënten en evenmin is sprake van voorgenomen transacties die nog geverifieerd dienen te worden. Dat stadium zijn partijen al gepasseerd. FCIB heeft eisers immers te verstaan gegeven dat zij de relatie uiterlijk per 15 september 2006 wil beëindigen en dat de rekeningen van eisers uiterlijk op die datum gesloten dienen te zijn. Voorts is inmiddels een maand verstreken sinds de rekeningen door FCIB zijn bevroren en heeft FCIB voldoende gelegenheid gehad haar positie te bepalen. Die gelegenheid heeft zij ook benut: zij heeft – naar het Gerecht begrijpt – de nodige MOT-meldingen gedaan en gehoor gegeven aan de bevelen tot uitlevering van stukken. Voorts heeft zij besloten zich terug te trekken uit de Telecom- en Computer Trading-sector en te breken met eisers.
4.6. De enige rechtvaardiging die het Gerecht thans nog ziet voor opschorting van de afdracht van de saldi is de door FCIB geuite vrees dat zij zich met afdracht van de tegoeden schuldig zou maken aan witwassen. FCIB heeft (in alinea 20 van haar pleitnota) gesteld dat zij tot het oordeel is gekomen dat zij redelijkerwijs had moeten vermoeden dat tegoeden in de betrokken rekeningen

verkregen waren door criminele of onwettige handelingen. Met afdracht van de tegoeden zou zij zich, zo begrijpt het Gerecht de stelling van FCIB, schuldig maken aan het delict van artikel 3 SWG, dat strafbaar stelt:
a het verwerven, voorhanden hebben of overdragen van geld, terwijl men ten tijde van de verwerving of het voorhanden krijgen van het geld redelijkerwijs had moeten vermoeden dat dit door misdrijf was verkregen; of
b het uit winstbejag voorhanden hebben of overdragen van geld, terwijl men redelijkerwijs moet vermoeden dat het geld door misdrijf was verkregen.
Naar het oordeel van het Gerecht kan bij de huidige stand van zaken niet gezegd worden dat deze vrees van FCIB ongegrond is. Dit staat op dit moment in de weg aan toewijzing van de vordering van eisers. FCIB kan niet worden veroordeeld tot iets waarvan zij gerechtvaardigd kan vrezen dat het strafbaar is, ook niet indien het zo zou zijn dat FCIB zich met een veroordeling in kort geding "strafrechtelijk gedekt" zou weten. De mogelijkheid – wat daar verder van zij – dat FCIB zich al eerder schuldig heeft gemaakt aan witwassen, maakt dit niet anders.
4.7. Het voorgaande betekent niet dat FCIB de tegoeden tot in lengte van dagen onder zich kan houden. Uit haar hiervoor onder 2.10 aangehaalde e-mailbericht blijkt dat echter ook niet haar intentie te zijn. De daarin aangekondigde handelwijze en de daarin genoemde termijn komen het Gerecht redelijk voor.
4.8. Eisers hebben ten slotte nog met instemming verwezen naar een vonnis van dit Gerecht van 12 juli 2006 in een kort geding van een andere rekeninghouder tegen FCIB. Deze verwijzing kan eisers alleen al niet baten op grond van het feit dat bedoeld vonnis dateert van voor de aan FCIB op 8 en 23 augustus 2006 uitgereikte bevelen.
4.9. Uit het hiervoor overwogene volgt dat de vordering van eisers zal moeten worden afgewezen. In de omstandigheid dat FCIB eisers pas na dagvaarding de gevraagde stukken en nadere informatie heeft verschaft, ziet het Gerecht aanleiding de kosten van dit kort geding te compenseren.

De beslissing
Het Gerecht:
rechtdoende in kort geding:
weigert de gevraagde voorziening;
compenseert de kosten van het kort geding aldus dat ieder der partijen de eigen kosten draagt.

95

JOR 2007/95

Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen
16 februari 2007, KG/6/2007
(Mr. Wattel)

Noodregeling FCIB wegens verdenking van witwassen opbrengsten uit misdrijven. Afwijzing verzoek van rekeninghouders FCIB tot afdracht tegoeden door BNA.

[BW art. 6:162; LTBK art. 28 lid 1]

Eisers zijn rekeninghouders van First Curaçao International Bank NV en houden bij die bank tegoeden aan. FCIB heeft in of omstreeks augustus 2006 de rekeningen van eisers opgeschort. Deze opschorting werd FCIB mede ingegeven door de door Schotse en Nederlandse justitiële autoriteiten ingestelde onderzoeken naar mogelijke betrokkenheid van FCIB en een aantal van haar rekeninghouders bij een grootschalige btw-carrouselfraude.
Gedaagde (Bank van de Nederlandse Antillen) heeft bij beschikking van 9 oktober 2006 de vergunning van FCIB om het bedrijf van kredietinstelling uit te oefenen ingetrokken. Bij beschikking van dezelfde datum heeft het gerecht op verzoek van BNA ten aanzien van FCIB de noodregeling uitgesproken.
Naar voorlopig oordeel kan BNA, mede gelet op het door haar overgelegde advies van prof. mr. D.R. Doorenbos, in redelijkheid vrezen dat, indien zij in de gegeven omstandigheden tot uitkering van tegoeden aan klanten uit risicosectoren overgaat zonder eerst gedegen onderzoek naar de herkomst van de gelden te doen, dit een strafbaar feit oplevert. Daarbij is van belang dat FCIB door het Nederlandse OM ervan wordt verdacht dat zij zich schuldig heeft gemaakt aan het witwassen van door criminele activiteiten verkregen gelden. Anders dan in de eerdere vonnissen is aangenomen, kan er thans ook niet meer van worden uitgegaan dat BNA en FCIB door MOT-meldingen te doen zich van strafrechtelijke aansprakelijkheid kunnen vrijwaren.

1. Abyss International F.Z.E. te Ajman (Verenigde Arabische Emiraten),
en nog 123 andere vennootschappen en natuurlijke personen,
eisers,
gemachtigden: mrs. D.D. Zahavi en C. Wendenburg,
tegen
Bank van de Nederlandse Antillen te Curaçao,
gedaagde,
gemachtigde: mr. M.W.J.H. Welten.

(...; *red.*)

1. Feiten

1.1. Eisers zijn rekeninghouders van First Curaçao International Bank N.V. (hierna: FCIB) en houden bij die bank tegoeden aan. FCIB heeft in of omstreeks augustus 2006 de rekeningen van eisers opgeschort. Betalingsopdrachten van eisers heeft FCIB, herhaalde sommatie door eisers ten spijt, niet uitgevoerd. Deze opschorting werd FCIB mede ingegeven door de door Schotse en Nederlandse justitiële autoriteiten ingestelde onderzoeken naar mogelijke betrokkenheid van FCIB en een aantal van haar rekeninghouders bij een grootschalige BTW-carrouselfraude.

1.2. Gedaagde (hierna: BNA) heeft bij beschikking van 9 oktober 2006 de vergunning van gedaagde (bedoeld wordt FCIB; red.) om het bedrijf van kredietinstelling uit te oefenen ingetrokken. Bij beschikking van dezelfde datum (9 oktober 2006) heeft het gerecht op verzoek van BNA ingevolge artikel 28 lid 1 LTBK ten aanzien van FCIB de noodregeling uitgesproken.

1.3. Eisers hebben BNA hierna herhaaldelijk tevergeefs verzocht tot afdracht van hun tegoeden bij FCIB. In een kort geding, dat is behandeld op 6 december 2006, hebben zij gevorderd dat het gerecht BNA zal veroordelen om per onmiddellijke, althans binnen een door het gerecht te bepalen termijn en eventueel onder het stellen van door het gerecht te bepalen voorwaarden, de door hen bij FCIB aangehouden tegoeden over te maken op de rekening van de stichting derdengelden van hun gemachtigden. In het vonnis d.d. 20 december 2006, dat in dat kort geding is gewezen, is onder meer overwogen:

"3.5. Ter zitting is gebleken dat BNA (vooralsnog) geen bijzondere voorwaarden stelt aan uitkering van de saldi aan de rekeninghouders van FCIB en dat (vooralsnog) geen sprake is van bijzondere bezwaren tegen uitkering. BNA heeft op vragen van de rechter gezegd dat FCIB haar activiteiten niet zal hervatten, dat BNA doende is met de vereffening van het vermogen van FCIB en dat een faillissement van FCIB niet aan de orde is. Voorts heeft BNA – uiteraard met de nodige slagen om de arm – desgevraagd aangegeven dat het er naar uitziet dat FCIB voldoende middelen heeft om alle rekeninghouders hun saldi (over de hoogte waarvan geen onduidelijkheid bestaat) volledig te kunnen uitkeren en dat nog voor het einde van dit jaar zal kunnen worden begonnen met uitkering. BNA heeft daarbij wel benadrukt dat zij bij de praktische uitvoering op het probleem stuit dat de klanten van FCIB in het verleden middels *e-banking* hun zaken deden, dat dat systeem thans niet meer functioneert en dat nu per rekeninghouder 'handmatig' moet worden beoordeeld wie bevoegd is het saldo in ontvangst te nemen. Aangezien het volgens BNA om 'enkele duizenden' klanten gaat, is dat volgens haar een tijdrovende aangelegenheid."

Het gerecht oordeelde dat op basis van hetgeen in dat kort geding was gebleken en ter zitting door BNA was verklaard, niet kan worden aangenomen dat sprake is van onrechtmatig handelen van BNA. De gevraagde voorzieningen werden daarom geweigerd.

1.4. BNA heeft op 14 december 2006 een mededeling op de website van FCIB geplaatst, waarin onder meer het volgende is opgenomen:

"In order to expedite the process of returning the funds on the client's accounts, an advance will be made to all clients, amounting to 75% of the balance of the account. You are hereby requested to make a wire transfer, on line, out of your account to your account with another credit institution, under your own name, for the total balance on the account. An advance of 75% of the balance will be transferred immediately, after it is approved by the proper authorities. The remaining final payment will be effected automatically, as per the instructions on the original wire, once the winding down process is completed. (...) In the meantime, the Bank has almost fully analyzed FCIB accountholders' database and solutons have been found for the majority of the problems encountered. Therefore, the Bank now deems it highly probable that payments will be initiated before the end of the year. It is very obvious that payments can not be made to accountholders being subject to a criminal or civil embargo injunction. Those ac-

countholders, who have not yet sent in their final transfer instructions to FCIB via the website, are requested to do so as soon as possible. Be informed that payments are processed manually and therefor payment instructions can not be executed immediately."
1.5. Op 27 december 2006 heeft FCIB aan haar rekeninghouders een emailbericht gezonden, waarin onder meer het volgende staat:
"As per requirements mentioned by Central Bank of Curaçao we require afresh the following set of documents. Once the review is completed, we will revert, either requesting you for additional documents or requesting you to initiate the final wire transfer for closure of your account.
1. Certified copy of a valid passport or driving livence or national identity document (...) for each of the signatory, director and beneficial owner for the Corporate (...);
2. Please provide a statement in the form of a letter form the bank where you are sending the funds to (Beneficiary Bank) stating the name in which you hold the account with the bank;
4. Copies of your corporate constitutional documents in order to show the corporation actually was incorporated and exists (...);
5. The auditor's certificate as per the attached template for certification (...)."

2. Vordering, grondslag en verweer
(...; *red.*)

3. Beoordeling
3.1. BNA stelt zich in de eerste plaats op het standpunt dat het gerecht zich onbevoegd dient te verklaren, althans eisers niet-ontvankelijk dient te verklaren in hun vordering. Zij betoogt daarbij dat de vordering kennelijk gegrond is op de stelling dat FCIB verplicht is tot uitkering, BNA de (quasi)bestuurder is van FCIB, BNA niet het besluit neemt om FCIB tot uitkering over te laten gaan en dit een onrechtmatige daad oplevert van BNA. Volgens BNA gaan eisers er daarbij aan voorbij dat BNA tijdens de noodregeling toezichthouder blijft, dat het bepalen van de procedure voor uitkering en daarbij te stellen voorwaarden kan worden gebaseerd op het bepaalde in artikel 9 lid 6 LTBK en de uitoefening van die bevoegdheden door BNA bestuursrechtelijk van aard is en dus niet ter beoordeling van de civiele rechter maar van de bestuursrechter staat.
3.2. Dit verweer wordt verworpen. Voorop staat dat de gewone rechter bevoegd is kennis te nemen van het geschil, nu eisers hun vordering hebben gebaseerd op een onrechtmatige daad van BNA. Verder strekken de vorderingen er in essentie toe dat BNA zal bewerkstelligen dat de tegoeden van eisers bij FCIB aan hen zullen worden afgedragen. Ook als juist is dat bij toepassing van de noodregeling de bevoegdheid van BNA om voorwaarden te stellen aan de afwikkeling van de bancaire activiteiten een afzonderlijke publiekrechtelijke bevoegdheid blijft (en deze dus niet opgaat in de uitoefening van de bevoegdheden van de bestuurders en commissarissen van de kredietinstelling door BNA ingevolge artikel 30 lid 1 LTBK), geldt dat met het verzoek om over te gaan tot uitkering van de klanttegoeden gevraagd wordt om een feitelijke handeling en niet om een (publiekrechtelijke) rechtshandeling. De weigering om aan dat verzoek te voldoen is dan ook geen beschikking, waartegen beroep ingevolge de Landsverordening administratieve rechtspraak openstaat. Dat de weigering het gevolg is van de voorwaarden die BNA thans stelt om tot uitkering over te gaan, maakt dat niet anders. Dit brengt mee dat, bij ontbreken van een andere met voldoende waarborgen omklede rechtsgang, de weg naar de civiele rechter openstaat.
3.3. In de tweede plaats wijst BNA erop dat FCIB tijdens de noodregeling niet kan worden genoodzaakt tot betaling van haar schulden (artikel 31 lid 1 LTBK). De onderhavige vordering strekkende tot uitkering van klanttegoeden is weliswaar niet tegen FCIB als formele procespartij gericht, maar tegen BNA in de hoedanigheid van bestuurder van FCIB. Materieel is de vordering tegen FCIB gericht en toewijzing zou nopen tot het uitbetalen van tegoeden door FCIB, hetgeen nu juist door de LTBK wordt uitgesloten. BNA meent daarom dat deze vordering in strijd is met (het systeem van) de wet, zodat de vordering daarop zou moeten stranden.
3.4. Dit verweer wordt eveneens gepasseerd. Zoals in de memorie van toelichting bij de LTBK wordt opgemerkt, voorziet de noodregeling in een bijzondere liquidatieprocedure, krachtens welke de BNA met rechterlijke machtiging zorg draagt voor de vereffening van het bedrijf van een kredietinstelling wiens vergunning is ingetrokken. Toepassing van de noodregeling is aan de orde wanneer het belang der gezamenlijke schuldeisers bij de afwikkeling van het bedrijf een bij-

zondere voorziening vordert. De regeling van artikel 31 lid 1 LTBK strekt er dan ook toe in het belang van de gezamenlijke schuldeisers te verzekeren dat het proces van vereffening niet door acties van individuele schuldeisers wordt doorkruist. Dit systeem sluit een vordering wegens onrechtmatig handelen van BNA bij de uitoefening van haar bevoegdheden in het kader van de noodregeling niet uit. Het treffen van een voorziening op die grond moet ook mogelijk worden geacht, zeker als de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daarmee niet in gevaar worden gebracht. Dat laatste lijkt hier niet aan de orde, gelet op de verklaring van BNA tijdens het kort geding op 6 december 2006 dat het er naar uitziet dat FCIB voldoende middelen heeft om alle rekeninghouders hun saldi volledig te kunnen uitkeren. Het standpunt van BNA dat eisers geen belang hebben bij hun vordering, wordt door het gerecht dus niet gedeeld.

3.5. Onomstreden is verder dat eisers sinds augustus 2006 niet meer over hun tegoeden bij FCIB kunnen beschikken. Het behoeft geen verdere toelichting dat zij daarvan aanzienlijk nadeel ondervinden. Het spoedeisend belang bij de door hen gevraagde voorziening is daarmee gegeven. Zij kunnen dus in hun vordering worden ontvangen.

3.6. Wat de gestelde onrechtmatigheid betreft, hebben eisers zich allereerst beroepen op de vonnissen die het gerecht in de eerdere kort gedingen tegen FCIB op 14 september 2006, 25 september 2006 en 9 oktober 2006 heeft gewezen. De conclusie van deze vonnissen is, aldus eisers, dat FCIB de tegoeden moest voldoen aan alle rekeninghouders, ongeacht in welke economische sector zij werkzaam zijn en zonder verdere voorwaarden aan de vrijgave van de fondsen te mogen verbinden. Naar zij stellen, is het op grond van deze vonnissen nu de taak van BNA, als bestuurder van FCIB onder de noodregeling, om tot uitkering van de tegoeden aan alle rekeninghouders over te gaan. Volgens hen heeft BNA dit stelselmatig verzuimd.

3.7. Het gerecht gaat aan dit betoog voorbij. Genoemde vonnissen, waarbij FCIB was veroordeeld om de bevroren tegoeden op de bij haar aangehouden bankrekeningen van een aantal eisers weer vrij te geven en gelden aan de rechthebbenden uit te keren, zijn gewezen voordat op 9 oktober 2006 de bankvergunning van FCIB werd ingetrokken en de noodregeling werd uitgesproken. Door die maatregelen is een nieuwe situatie ontstaan. Met de intrekking van de vergunning ontstond de wettelijke verplichting voor FCIB om haar werkzaamheden als kredietinstelling af te wikkelen conform de door BNA te stellen voorwaarden, volgens een door BNA vast te stellen procedure en binnen een door de Bank vast te stellen termijn. Als gevolg van het toepassen van de noodregeling werd BNA tegelijkertijd belast met de uitvoering van deze afwikkeling. Het uitspreken van de noodregeling had tevens tot gevolg dat FCIB niet meer kon worden genoodzaakt om de tegoeden aan haar rekeninghouders uit te keren. Tenuitvoerlegging van de eerder gewezen vonnissen was daarmee dus niet langer aan de orde. Onder deze omstandigheden levert het feit dat aan deze vonnissen geen gevolg is gegeven hoe dan ook geen onrechtmatig daad van BNA op.

3.8. Eisers beroepen zich verder op de mededelingen van BNA tijdens de zitting van 6 december 2006 en de mededeling op de website van FCIB op 14 december 2006. Anders dan eisers menen, houden die mededelingen echter geen onvoorwaardelijke toezegging in dat BNA onmiddellijk en zonder nadere condities tot uitkering van de klanttegoeden van eisers zou overgaan. Blijkens r.o. 3.5 van het vonnis van 20 december 2006 heeft BNA tijdens de zitting op 6 december 2006 BNA te kennen gegeven dat *vooralsnog* geen bijzondere voorwaarden aan uitkering van de saldi aan de rekeninghouders van FCIB werden gesteld en dat *vooralsnog* geen sprake was van bijzondere bezwaren tegen uitkering. Daarbij heeft zij *met de nodige slagen om de arm* aangegeven dat het er naar uitzag dat nog voor het einde van het jaar zou kunnen worden begonnen met uitkering. Hoewel te begrijpen is dat bij eisers de verwachting is ontstaan dat nu spoedig en zonder verdere voorwaarden tot uitkering van hun tegoeden zou worden overgegaan, kan niet worden gezegd dat BNA zich daarop met voormelde mededelingen heeft vastgelegd.

3.9. In de mededeling op de website van FCIB van 14 december 2006 geeft BNA een toelichting op de problemen waarmee zij zich geconfronteerd zag, waaronder de strafrechtelijke onderzoeken in het Verenigd Koninkrijk en Nederland, de liquiditeitspositie van FCIB en de technische problemen met het in werking houden van het electronische betalingssysteem van FCIB. BNA gaf aan dat voor het merendeel van de problemen een

oplossing was gevonden en sprak de verwachting uit dat voor het einde van het jaar zou kunnen worden begonnen met betalingen. Rekeninghouders die nog geen betalingsinstructie via de website aan FCIB hadden gedaan, werd verzocht dat alsnog te doen. Ook deze mededeling houdt geen onvoorwaardelijke betalingstoezegging in. BNA heeft wel erkend dat veel klanten om uiteenlopende redenen niet in staat waren om betalingsinstructies via de website door te geven. Vaststaat derhalve dat eisers op dit punt niet hebben kunnen voldoen aan hetgeen BNA hen verzocht. Nergens blijkt echter uit dat enig handelen van BNA hiervan de oorzaak was. Ook in dit opzicht kan derhalve niet worden vastgesteld dat BNA onrechtmatig jegens eisers heeft gehandeld.

3.10. Eisers hebben in dit verband tenslotte nog gerefereerd aan de brief van BNA aan hun gemachtigden van 5 december 2006, waarin werd gevraagd de door hen ingediende LAR-beroepschriften in te trekken. Deze beroepschriften richtten zich tegen de aanwijzingen die BNA bij brief van 28 september 2006 aan FCIB had verstrekt. Volgens voormelde brief lag intrekking van de beroepschriften voor de hand, omdat sinds het ingaan van de noodregeling geen werking meer toekwam aan de brief van 28 september 2006. Voorzover eisers bedoelen dat BNA hiermee te kennen heeft gegeven dat zij aan het uitkeren van de klanttegoeden geen verdere voorwaarden meer zou verbinden, kunnen zij hierin niet worden gevolgd. In de bedoelde brief is immers ook vermeld dat BNA in het kader van de noodregeling en de afwikkeling van de activiteiten van FCIB als bank thans bezig was met een onderzoek en dat aan de hand van de bevindingen van dit onderzoek zou worden vastgesteld aan welke regels de klanten zouden moeten voldoen. Die mededeling sluit de mogelijkheid in dat in het verdere traject wel weer voorwaarden, vergelijkbaar met die genoemd in de brief van 28 september 2006, worden gesteld.

3.11. De vraag die resteert is of de huidige handelwijze van BNA rondom de vereffening als onrechtmatig jegens eisers is aan te merken. Daarbij is het volgende van belang. Zoals BNA ter zitting heeft toegelicht, hebben de Nederlandse advocaten van FCIB, toen zij op de hoogte raakten van het voornemen van BNA om te beginnen met het doen van uitkeringen, aan de bel getrokken omdat zij meenden dat een dergelijke handelwijze een strafbaar feit zou opleveren. Daarop heeft BNA nader advies ingewonnen van prof. D.R. Doorenbos. In zijn advies wordt beschreven welke strafrechtelijke risico's zijn verbonden aan het uitkeren van klanttegoeden die berusten bij FCIB, gegeven de tegen deze bank bestaande verdenking van witwassen. Deze risico's liggen volgens het advies op het vlak van de witwasdelicten, begunstiging en overtreding van wettelijke meldingsbepalingen.

De strafrechtelijke aansprakelijkheid zou zich kunnen uitstrekken tot (functionarissen van) BNA, gegeven haar actuele positie onder de werking van de noodregeling. In het advies wordt ook geconcludeerd dat MOT-meldingen terzake van eventuele uitkeringen van klanttegoeden de betrokken (rechts)personen niet zullen kunnen vrijwaren van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Om het risico van strafrechtelijke aansprakelijkheid te minimaliseren, zou uitkering van tegoeden aan klanten uit met name de risicosectoren slechts na voorafgaand zorgvuldig nader onderzoek kunnen plaatsvinden, aldus het advies.

3.12. Naar BNA heeft verklaard, heeft zij besloten om in lijn met dit advies voorwaarden te stellen, met name ten aanzien van klanten uit de zogenaamde risicogroepen. De voorwaarde houdt in dat FCIB niet eerder tot uitkering zal overgaan dan nadat (1) toepassing zal zijn gegeven aan de relevante voorschriften (waaronder KYC, CDD en EDD), (2) een auditor's statement zal zijn opgevraagd, (3) een onderzoek zal hebben plaatsgevonden naar transacties tussen klanten onderling en (4) BNA tot de conclusie is gekomen dat er redelijkerwijs niet aan de legale herkomst van de gelden en het gebruik van de rekeningen behoeft te worden getwijfeld. Afhankelijk van de onderzoeksbevindingen zal zonodig contact met de Nederlandse of Britse justitie worden opgenomen alvorens tot uitkering zal worden overgegaan. Bij deze exercitie worden de volgende risicogroepen gehanteerd: Telecom & Computer Trading Industry, Trust, MSB's, PEP's en Gaming.

Wat de eisers in deze zaak betreft, geldt volgens BNA dat een groot deel van hen behoort tot de Telecom & Computer Trading Industry. De natuurlijke personen onder de eisers zijn aan bedrijven in deze sector gerelateerd. Dat geldt alleen niet voor Martin Ryman (eiser sub 123). Aan hem is inmiddels een uitkering van 75% van zijn tegoed gedaan.

Verder behoort Transpacific Insurance Corporation Limited (eiseres sub 102) tot de Trust sector. Gnu Trade N.V. (eiseres sub 49) is een ser-

vice-provider voor de gaming industrie; bezien moet nog worden of zij onder de bedoelde risicogroep valt. Het komt er dus op neer dat BNA voornemens is ten aanzien van alle eisers in deze zaak met uitzondering van Martin Ryman en mogelijk Gnu Trade N.V., eerst het hiervoor bedoelde onderzoek uit te voeren alvorens tot uitkering van hun tegoeden over te gaan.

3.13. Naar voorlopig oordeel kan BNA, mede gelet op het door haar overgelegde advies, in redelijkheid vrezen dat, indien zij in de gegeven omstandigheden tot uitkering van tegoeden aan klanten uit risicosectoren overgaat zonder eerst gedegen onderzoek naar de herkomst van hun gelden te doen, dit een strafbaar feit oplevert. Daarbij is van belang dat, zoals uit de brief van het functioneel parket aan de Nederlandse advocaat van FCIB van 29 september 2006 blijkt, FCIB door het Nederlandse OM ervan wordt verdacht dat zij zich heeft schuldig gemaakt aan het witwassen van door criminele activiteiten verkregen gelden. Blijkens genoemde brief is die verdenking gebaseerd op onderzoek waaruit is gebleken dat (a) FCIB wettelijke bepalingen en compliance voorschriften die tot doel hebben om witwasactiviteiten bij banken te voorkomen niet of niet afdoende in het verleden heeft nageleefd, (b) onder de klanten van FCIB zich rekeninghouders bevinden uit bekende risicogroepen zoals de telecomsector en de zogenaamde PEP's en (c) onder de klanten van FCIB zich bovendien trustkantoren bevinden die ten behoeve van derde partijen rekeningen aanhouden en/of transacties verrichten. Zoals in voormeld advies nader is uitgewerkt, bestaat tegen die achtergrond de gerede kans dat FCIB zich met het uitkeren van klanttegoeden, zonder dat zij zich van de herkomst van de gelden heeft vergewist, opnieuw aan een witwasdelict en/of begunstiging schuldig maakt. Anders dan in de eerste vonnissen is aangenomen, kan er thans ook niet meer van worden uitgegaan dat BNA en FCIB door MOT-meldingen te doen zich van strafrechtelijke aansprakelijkheid kunnen vrijwaren.

3.14. Eisers voeren in dit verband nog aan dat volgens de memorie van toelichting bij de Nederlandse Wet strafbaarstelling van het witwassen van opbrengsten uit misdrijven mag worden aangenomen dat financiële instellingen en hun medewerkers, indien zij over adequate anti-witwas procedures beschikken, die in het algemeen goed worden nageleefd, zich niet schuldig maken aan een witwasdelict, indien achteraf mocht blijken dat een witwastransactie door de mazen is geglipt. Dat betoog kan hen echter niet baten, omdat FCIB kennelijk juist wordt verweten dat zij de bedoelde procedures niet heeft nageleefd. Indien zij dat nu weer niet doet, loopt zij dus ook wel degelijk het risico wederom een strafbaar feit te plegen. Van BNA kan, als bestuurder en toezichthouder, niet worden verwacht dat zij FCIB strafbare feiten laat plegen. De redenering van eisers dat, indien BNA door een rechterlijk vonnis wordt gedwongen om tot uitkering van de tegoeden over te gaan, zij "strafrechtelijk is gedekt", gaat om voormelde reden ook niet op.

3.15. Hoewel duidelijk is dat met het onderzoek, zoals BNA dat thans voor ogen staat, veel tijd gemoeid zal zijn en eisers daardoor ernstig worden gehinderd, kan niet worden gezegd dat BNA hiermee onzorgvuldig of anderszins onrechtmatig jegens hen handelt. Wel merkt het gerecht nog op dat, vanwege de grote belangen die er voor eisers op het spel staan, van BNA mag worden verwacht dat zij eisers op de kortst mogelijk termijn erover zal informeren welke informatie nog van hen wordt verlangd, welke onderzoekshandelingen zij in concreto nog zal verrichten en binnen welke termijn uitsluitsel over het vrijgeven van hun tegoeden kan worden verwacht. Daarbij mag worden verwacht dat BNA er zo spoedig mogelijk toe zal overgaan een schifting te maken tussen rekeninghouders die tot één van de genoemde risicogroepen behoren en zij die daarbuiten vallen.

3.16. De slotsom is dat de gevraagde voorzieningen zullen moeten worden geweigerd. BNA kan wel verantwoordelijk worden gehouden voor de verwarring die na haar mededelingen in december 2006 over de verdere afwikkeling bij eisers is ontstaan. Pas in de loop van dit geding heeft BNA meer duidelijkheid gegeven over de koers die zij in het kader van de afwikkeling ten opzichte van eisers vaart (en de wijziging die daarin, naar BNA heeft erkend, is opgetreden). In die omstandigheden ziet het gerecht aanleiding te bepalen dat iedere partij de eigen proceskosten draagt.

Beslissing

Het gerecht:

- weigert de gevraagde voorziening;
- bepaalt dat iedere partij de eigen kosten draagt.

233

JOR 2008/233

Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen
7 april 2008, AR 2005/1492, AR 2007/379
(Mr. Spreeuwenberg)

Beleggingsverzekering. Ingelegde koopsom gedurende looptijd verzekering fors gedaald. Schending zorgplicht in precontractuele fase. Verplichting tot schadevergoeding. Eigen schuld beleggers. Tussenvonnis.

[BW art. 6:101, 6:162, 6:228]

Het gerecht is van oordeel dat Ennia op ondubbelzinnige wijze er voor heeft gewaarschuwd dat het rendement afhankelijk is van koersontwikkelingen. Op grond hiervan moet het voor de aspirant-belegger duidelijk zijn geweest dat bij (sterke) daling van de koersen geen rendement wordt behaald.
Voorts hebben eisers gesteld dat sprake is van (wederzijdse) dwaling. De onjuiste voorstelling van zaken komt er op neer dat eisers meenden de inleg te sparen in plaats van te beleggen en zich er derhalve niet van bewust waren dat zij door het aangaan van de MoneyPlanovereenkomst geld inlegden bestemd voor de aankoop van aandelen, en evenmin dat de opbrengst van de verkoop van de aandelen aan het einde van de looptijd onvoldoende zou kunnen zijn voor de terugbetaling van de inleg en voor rendement. Voor zover Ennia voor het bestaan van die onjuiste voorstelling van zaken enig verwijt treft wegens een tekortschieten in haar verplichtingen krachtens art. 6:228 lid 1 onder a en b BW komt aan dat verwijt, gelet op het bepaalde in art. 6:228 lid 2 BW, niet een zodanig gewicht toe dat op grond daarvan tot vernietiging van de overeenkomst wegens dwaling kan worden besloten.
Omtrent de stelling van eisers dat op Ennia de verplichting rustte om eisers expliciet te waarschuwen voor de risico's wordt overwogen als volgt. Tot uitgangspunt dient te worden genomen dat Ennia – als professionele en op het terrein van handel en aandelen bij uitstek deskundig te achten dienstverlener – jegens particuliere, niet-professionele cliënten tot een bijzondere zorgplicht is gehouden, gelet op de risico's die aan de handel in aandelen verbonden kunnen zijn. Het gerecht is van oordeel dat in dit geval de zorgplicht die op Ennia rustte met zich bracht dat zij ondubbelzinnig waarschuwde voor zowel het risico dat geen rendement zou worden behaald bij dalende koersen als voor het risico dat bij dalende koersen een deel van de inleg verloren kan gaan. Juist door wel te waarschuwen dat bij koersdalingen minder rendement zal worden behaald, maar niet tevens te waarschuwen dat bij koersdalingen ook de inleg deels verloren kan gaan, kan voor de lezer de schijn worden gewekt dat de risico's zijn beperkt tot die welke wel uitdrukkelijk zijn genoemd (minder rendement). Het oordeel moet luiden dat Ennia jegens eisers niet de zorg heeft betracht waartoe zij als professionele en op het terrein van beleggingen bij uitstek deskundige dienstverlener was gehouden.
In aanmerking genomen dat de schending van de zorgplicht door Ennia heeft plaatsgevonden in de precontractuele fase moet worden geoordeeld dat Ennia aldus onrechtmatig jegens eisers heeft gehandeld. Op grond van art. 6:162 BW is Ennia aansprakelijk voor schade die eisers hierdoor hebben geleden.
Het aangaan van de overeenkomst, en hiermee de door eisers gestelde schade als gevolg daarvan, is mede een gevolg van een omstandigheid die aan eisers kan worden toegerekend. Er is daarom grond voor vermindering van de vergoedingsplicht van Ennia op de voet van art. 6:101 lid 1 BW.

M. Comenencia te Curaçao,
en nog 53 anderen,
eisers,
gemachtigden: mrs. H.W. Braams en R.A.P.H. Pols,
tegen
Ennia Caribe Leven NV te Curaçao,
gedaagde sub 1,
gemachtigde: mr. K. Frielink,
en
Associated Brokerage Company & Consultants NV te Curaçao,
gedaagde sub 2,

alsmede in de gevoegde zaak:
G.A. Fermi te Bonaire,
en nog 12 anderen,
eisers,
gemachtigden: mrs. H.W. Braams en R.A.P.H. Pols,
tegen
Ennia Caribe Leven NV te Curaçao,
gedaagde sub 1,
gemachtigde: mr. K. Frielink
en
Associated Brokerage Company & Consultants NV te Curaçao,
gedaagde sub 2.

2. Het geschil in beide zaken
Eisers vorderen:
"Primair gedaagden te veroordelen om de met eisers gesloten overeenkomsten na te komen en te bepalen dat eisers op de vervaldatum van een overeenkomst aanspraak maken op het bedrag dat zij totaal hebben ingelegd vermeerderd met het rendement dat hen in het vooruitzicht is gesteld, althans een zodanig rendement door Uw Gerecht naar redelijkheid en billijkheid vast te stellen, zulks verhoogd met de wettelijke rente vanaf de respectievelijke einddata van de verschillende polissen, althans gerekend vanaf 20 juli 2005;
Subsidiair: de tussen eisers en Ennia gesloten overeenkomsten te vernietigen dan wel te ontbinden en gedaagden bij wege van schadevergoeding te veroordelen om tegen kwijting aan eisers te betalen de totale som van hun inleg vermeerderd met het rendement dat eisers in het vooruitzicht is gesteld, althans een rente/rendement van 7% per jaar althans een zodanig rendement/rente door Uw Gerecht in redelijkheid en billijkheid vast te stellen, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de respectievelijke einddata van de verschillende polissen, althans gerekend vanaf 20 juli 2005 (...)".
Ennia heeft de vordering bestreden.
Gedaagde sub 2 is niet verschenen.

3. De beoordeling in beide zaken
Als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende weersproken alsmede op grond van de niet weersproken inhoud van de producties kan van het volgende worden uitgegaan.
Bij rolbeschikking van 6 februari 2006 (in de hoofdzaak) respectievelijk 14 mei 2007 (in de gevoegde zaak) is bepaald dat de zaak wederom zal dienen ter rolzitting van maandag 6 maart 2006 (hoofdzaak) respectievelijk 11 juni 2007 (gevoegde zaak) met bevel gedaagde sub 2, Associated Brokerage Company & Consultants NV, gevestigd en kantoorhoudende op Curaçao aan de Roodeweg 188, wederom op te roepen.
In de hoofdzaak is het exploot van oproeping van gedaagde sub 2 door de deurwaarder op 21 februari 2006 achtergelaten "in de brievenbus aan de Mgr. Verrietweg # 4, aangezien de receptioniste, genaamd mevrouw J. Mogen geweigerd heeft het exploit (...) aan te nemen, cfr. art. 2 Rv. NA (nieuw)".
In de gevoegde zaak is het exploot van oproeping van gedaagde sub 2 door de deurwaarder op 30 mei 2007 achtergelaten in de brievenbus aan het adres Mgr. Verrietweg nr. 4, "aangezien de aan voormeld adres aanwezige geweigerd heeft het afschrift dezes (...) aan te nemen".
Uit het vorenstaande blijkt dat nagelaten is gedaagde sub 2 op te roepen "aan de persoon of aan de woonplaats van een van de bestuurders" althans aan de zetel of het kantoor van gedaagde sub 2 aan de Roodeweg 188. Derhalve voldoet het exploot in beide zaken niet aan de eisen van artikel 5 ten derde Rv, zodat het ingevolge artikel 92 Rv nietig is en in beide zaken verstek verlening tegen gedaagde sub 2 dient te worden geweigerd.
Omtrent de vordering van eiseres jegens Ennia wordt overwogen als volgt.
In een brochure heeft Ennia haar product "MoneyPlan" aangeprezen waarbij de ondersteunende tekst luidt: "gemakkelijk een flink kapitaal opbouwen".
Uit deze brochure hebben eisers de volgende passages geciteerd:
"*Sparen* doen we bijna allemaal."
"Er zijn verschillende manieren om kapitaal te vormen. Als u op de oude en welbekende manier bij de bank spaart, zijn de rentepercentages laag en de kosten vaak hoog. En als u zelf belegt in aandelen, obligaties of vastgoed, zijn de risico's weer niet te overzien. Hoe krijgt u een optimaal nettorendement met een minimale inspanning en een gering risico? Ennia heeft de oplossing: MoneyPlan".
"Nu al *sparen* voor je eigen huis brengt het je eigen huis dichterbij".
"Wie fantaseert niet over het wonen in een eigen huis? Een koophuis 'voelt' nu eenmaal anders dan een huurhuis: Zo'n huis is echt van je zelf. Als u nog niet toe bent aan de aankoop van een huis

maar verwacht dat deze wens toch een keer in vervulling gaat, is het verstandig om daar nu al voor te *sparen*. U staat immers voor een belangrijke beslissing. Dan is het prettig om te weten dat u financieel het nodige heb opgebouwd tegen de tijd dat u tegen uw droomhuis aanloopt. Door MoneyPlan straks te gebruiken bij de aankoop van uw huis, hebt u meer mogelijkheden om uw huis te financieren".
"Uw inleg is *f* 30.000,= (100 per maand gedurende 25 jaar) Uw einduitkering wordt dan *f* 123.434,= (bij 12% fondsrendement)"
"Ook u kunt uw spaargeld verdubbelen!
Voorbeeld: U *spaart* 100 per maand (dat is de zo'n *f* 3 per dag). Met MoneyPlan is dit naar verwachting aan het einde van de looptijd van uw *spaarplan* op zijn minst verdubbeld. Terwijl bij een langere looptijd of een hoger rendement een verdrievoudiging of vervierdubbeling ook mogelijk is. Simpeler kunt u uw geld niet verdienen. MoneyPlan is een *spaarplan* met een hoog rendement van beleggen. Het rendement bedraagt al gauw 12% per jaar; gemiddeld tweemaal zo hoog als de rente van een spaarrekening. Dit betekent dat u met MoneyPlan straks een flink kapitaal in handen heeft. Met MoneyPlan *spaart* u een vast bedrag per maand, kwartaal, half jaar of jaar. Vooraf besluit u hoelang u gaat *sparen*".
Ennia heeft uit de brochure de volgende passages geciteerd:
"Ennia belegt uw geld in beleggingsfondsen die door experts worden beheerd. (...) De resultaten zijn afhankelijk van de koersontwikkelingen; daarom is de opbrengst niet gegarandeerd. Maar door de lange looptijd en het enorme vermogen dat OHRA belegt, wordt het risico gespreid. (...) Momenteel biedt OHRA u vier OHRA-fondsen aan".
Hieraan heeft Ennia bij de conclusie van antwoord op pagina 7 toegevoegd: "Vervolgens worden die fondsen besproken en voorzien van een duidelijk risico kwalificatie: ":*Low-risk*" (OHRA Totaal Fonds), "Medium-*risk*" (OHRA Aandelenfonds), "High-*risk*" (OHRA Multimedia Fonds) en "*Non-risk*" (OHRA Spaardividendfonds). Tevens staat in de brochure:
"Wie geld belegt neemt een financieel risico. Ook bij deze beleggingsverzekering loopt u een beleggingsrisico. Rendementen kunnen hoger, maar ook lager dan gemiddeld uitvallen en zullen meer schommelen naarmate de beleggingsvorm risico voller is. De rendementen die gehanteerd worden zijn rendementen die in het verleden zijn behaald en garanderen dus niets voor de toekomst. U kunt geen rechten ontlenen aan de vermelde voorbeelden.".
Voorts heef Ennia verwezen naar de – door eisers overgelegde – informatiefolder waarin onder meer is vermeld:
"Het kan enige tijd duren voordat de polis opnamewaarde heeft. (...) De exacte termijn is onder meer afhankelijk van de duur van de verzekering en het beleggingsresultaat.".
Bij verzoekschrift in de hoofdzaak zijn de eisers ingedeeld in drie groepen. De eerste groep eisers betreft 29 (rechts)personen waarvan ten tijde van de indiening van het verzoekschrift op 29 december 2005 de einddatum van de overeenkomst is bereikt. De tweede groep betreft 20 personen waarvan de einddatum van de overeenkomst nog niet is bereikt. De derde groep betreft twee eisers in verschillende hoedanigheden met hun kinderen (totaal 5 personen).
Bij het verzoekschrift in de gevoegde zaak zijn de eisers niet in verschillende groepen ingedeeld.
De eisers die een overeenkomst hebben gesloten waarvan de einddatum is bereikt, hebben aan hun vordering ten grondslag gelegd, kort weergegeven:
– dat het product is aangeprezen door Ennia als spaarproduct;
– dat zij een berekening kregen "van het bedrag dat zij middels hun inleg na een x-aantal jaren (de einddatum) zouden hebben opgebouwd, c.q. het bedrag dat hen na een x-aantal jaren (de einddatum) zou worden uitgekeerd";
– dat het bedrag van einduitkering lager is dan het bedrag van de inleg;
– dat het verschil veelal meer dan 50% bedraagt.
Eisers die een overeenkomst hebben gesloten waarvan de einddatum nog niet is bereikt, hebben naast het voorstaande, aan de vordering ten grondslag gelegd dat voorzienbaar is dat op de einddatum het in het vooruitzicht gestelde bedrag niet zal worden uitgekeerd.
De eisers hebben verder gewezen op de volgende omstandigheden:
a. Ten tijde van het aangaan van de overeenkomst is aan eisers mondeling een bepaald rendement in het vooruitzicht gesteld, zodanig dat daaraan rechten kunnen worden ontleend.
b. Ennia heeft zich bediend van agressieve verkooptechnieken, althans haar tussenpersonen

zich laten bedienen van agressieve verkooptechnieken.
c. Eisers werden in het geheel niet gewezen op c.q. geïnformeerd over de risico's die aan het product waren verbonden, "t.w. het risico dat de rente lager zou kunnen uitvallen dan geprognosticeerd of het risico dat in bepaalde gevallen helemaal geen rente vergoed zou worden".
d. Reeds in 1999, maar zeker in 2000 en 2001 vertoonde de "OHRA-aandelen" waarin Ennia de inleg van de participanten belegde een dalende tendens, zodat reeds bij het sluiten van overeenkomst voorzienbaar was dat het in het vooruitzicht gestelde rendement niet zou worden gehaald. "In ieder geval had Ennia eisers op het risico van het product MoneyPlan moeten wijzen, c.q. eisers daaromtrent moeten inlichten, t.w. dat er kans bestond dat de in het vooruitzicht gestelde rendementen (bij lange na) niet gehaald zouden kunnen worden en dat er zelfs kans bestond dat eisers een (substantieel) deel van hun inleg zouden verliezen."
Volgens eisers heeft Ennia niet gewezen op dit risico.
e. Eisers zijn geen professionele beleggers, terwijl Ennia dat wel is.
Aan hun vorderingen hebben eisers, naast het vorenstaande, ten grondslag gelegd:
– dat sprake is van misleidende reclame als bedoeld in artikel 6:194 BW;
– dat zij hebben gedwaald, subsidiair sprake is van wederzijdse dwaling als bedoeld in "artikel 6:288 lid c BW";
– dat op Ennia een "verhoogde informatieplicht" rustte "om individueel expliciet de cliënten te waarschuwen, aan welke plicht Ennia volledig is voorbijgegaan".
Daartegen heeft Ennia, kort weergegeven, aangevoerd, dat zowel het aanvraagformulier als de brochure en de informatiefolder uitdrukkelijk op de risico's van beleggen wijzen en dat "deze informatie (...) door ieder van de verzoekers gebruikt (is) om een keuze te maken uit de aangeboden OHRA-fondsen", aangeduid als non risk, low risk, medium risk en high risk.
Voorts heeft Ennia betwist dat mondelinge garanties zijn verleend en gesteld dat het opvallend is dat niemand heeft gevraagd om een schriftelijke vastlegging.
Volgens Ennia is van misleidende reclame geen sprake in aanmerking genomen de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument bij kennisneming van deze reclame uiting. In dit verband is erop gewezen dat de begrippen als "sparen" en "spaar verzekering" in samenhang moeten worden gezien met de overige inhoud van de reclame uiting.
Ennia heeft verder betwist dat sprake is van (wederzijdse) dwaling. Volgens Ennia bevatten de verstrekte documenten voldoende informatie omtrent de werking van MoneyPlan. Omdat de dwaling afhankelijk is van de inlichtingen van de wederpartij (artikel 6:228, lid 1, sub a BW) kan van een collectieve dwaling geen sprake zijn nu informatie individueel is verstrekt. Daarover hebben eisers zich echter niet uitgelaten. Bovendien kon in 1999 niemand voorspellen dat bijvoorbeeld de graadmeter van de Amsterdamse beurs (de AEX) van 701 punten (april 2001) zou dalen tot 218 punten (maart 2003), derhalve een daling van 70%.
Tevens heeft Ennia aangevoerd dat op haar niet de verplichting rust de klant te waarschuwen voor komende koersdalingen en dat in het kader van de zorgplicht de aanbieder en afnemer van financiële producten ieder een eigen verantwoordelijkheid hebben.
Voor zover al geconcludeerd zou kunnen worden dat Ennia aansprakelijk is ter zake van schadevergoeding beroept zij zich op "eigen schuld" in de zin van artikel 6:101 BW.
Voorts beroept zij zich op artikel 6:278 BW voor het geval de overeenkomst van Ennia met haar klanten in aanmerking komt voor ontbinding of vernietiging.
Wat betreft de overeenkomsten waarvan de einddatum nog niet bereikt is, heeft zij bovendien aangevoerd dat nog niet vaststaat welk rendement op termijn wordt gerealiseerd zodat reeds op die grond de betreffende vordering dient te worden afgewezen.
Tot slot heeft Ennia aangevoerd dat gedaagde sub 2 haar onbekend is en dat voor zover ABC al haar product heeft verkocht, zij voor de gedragingen van ABC niet aansprakelijk gehouden kan worden.
Overwogen wordt als volgt.
Geen van de eisers heeft belegd in het Ohra Spaardividendfonds, dat in de folder wordt aangeduid met de kwalificatie "Non-risk". Dit fonds "belegt in deposito's, obligaties en andere vastrentende waarden". Daarvan wordt verder vermeld: "Met

dit fonds kunt u uw geld tijdelijk veiligstellen, nadat het is gegroeid tot een aanzienlijk vermogen.".
De overeenkomsten van eisers met Ennia zijn als volgt tot stand gekomen.
Eisers hebben een voorgedrukt aanvraagformulier ingevuld, gericht aan Ennia Caribe Leven NV. Indien de klant periodiek bedragen wenste in te leggen moest in het aanvraagformulier worden opgegeven:
a. de looptijd (minimaal vijf jaar, eindleeftijd 80 jaar);
b. het periodiek in te leggen bedrag (in beginsel tussen NA*ƒ* 100,= en NA*ƒ* 1.000,=;
c. de gewenste periodiciteit: per maand, per kwartaal, per (half)jaar;
d. de gewenste valuta (NA*ƒ*, US$, Euro, Nederlandse gulden);
e. de fondsverdeling ("% aandelenfonds +, % totaalfonds + % multimediafonds = 100%").
Voorts is in het aanvraagformulier vermeld:
"*Opzegtermijn*
De verzekeringnemer heeft het recht om zonder kosten binnen 4 weken na dagtekening van de overeenkomst deze schriftelijk op te zeggen. ENNIA stort dan de reeds betaalde inleg retour.".
Indien de klant wilde kiezen voor een koopsom (storting van een bedrag ineens in plaats van in termijnen), dan moesten met name de volgende gegevens worden opgegeven:
a. de ingangsdatum ("min. 5 jaar/max eindleeftijd 80 jaar")
b. het bedrag van de koopsom storting in NA*ƒ* of ander valuta
c. de hiervoor sub c vermelde fondsverdeling.
Naast de N.A.W. gegevens wordt in het aanvraagformulier gevraagd het beroep in te vullen.
Nadat Ennia een aanvraagformulier had ontvangen werd door haar een "polis" opgesteld waarin vastgelegd werd het polisnummer, de ingangsdatum, de einddatum, de namen van de verzekeringnemer en de verzekerde, de uitkering, de inleg (waarbij is vermeld op welke datum de inleg moet worden betaald) en de begunstigden.
Na ontvangst van de koopsom, althans eerste inleg stuurde Ennia aan de klant een "waarde-overzicht". Daarin werd bevestigd waarin is belegd en welke waarde die belegging vertegenwoordigde op de "berekeningsdatum". Aanbevolen werd het waardeoverzicht bij de polis te bewaren.
Daarna werd aan de klant per brief "aanvullende beleggingsinformatie" verstrekt. Ennia adviseerde ook die brief bij de polis te bewaren. In deze brief legde Ennia vast de "fondsverdeling" en een "voorbeeldindicatie" ("Voorbeelduitkering op basis van een fondsrendement").
Zo is ten aanzien van eiser sub 1 in de hoofdzaak (Comenencia) een overeenkomst ("polis") bevestigd door Ennia met een looptijd van 1 september 1994 tot 1 september 2004. Op basis hiervan heeft zij op 1 september 1999 een koopsom betaald van Na*ƒ* 10.000,=. Bij brief van 4 november 1999 heeft Ennia aan haar bevestigd dat bij een fondsrendement van bijvoorbeeld 14% de waarde (op de einddatum 1 september 2004) zal bedragen Na*ƒ* 17.212,=. Daaraan is toegevoegd: "Wij wijzen u erop dat de bovengenoemde rendementen een indicatie betreffen en dat behaalde rendementen uit het verleden geen garantie zijn voor de toekomst.".
Ennia heeft aan Comenencia een op 3 november 2004 gedateerd "waarde-overzicht" afgegeven waaruit blijkt dat op die datum de "Poliswaarde" bedroeg NA*ƒ* 5.567,49.
Derhalve was geen sprake van enig rendement en is de ingelegde koopsom niet gestegen, maar gedaald (met iets minder dan 50%).
Ook de overige eisers waarvan de overeenkomst de einddatum heeft bereikt zijn met zo'n daling geconfronteerd.
Wat betreft de stelling van eisers dat hen rendementen in het vooruitzicht zijn gesteld, zodanig dat zij daaraan rechten kunnen ontlenen in verband waarmee zij nakoming vorderen, wordt overwogen als volgt.
Deze stelling leidt niet tot het door eisers beoogde doel (veroordeling van Ennia tot betaling van het ingelegde bedrag, vermeerderd met rendement).
In de informatiefolder is onder meer het volgende vastgelegd:
"In het geval van overlijden tijdens de looptijd garandeert ENNIA uitkering van uw inleg vermeerderd met 4% samengestelde rente. Ook is het mogelijk dat de eerstvolgende begunstigde de fondswaarde overneemt in een nieuw MoneyPlan."
In het informatiemateriaal is overigens nergens vastgelegd dat Ennia een rendement (van 4%) garandeert, noch de (terugbetaling van de) inleg.
Van de in het informatiemateriaal genoemde rendementen kan niet worden gezegd dat partijen zijn overeengekomen dat deze zullen worden behaald. In de brochure staat herhaaldelijk dat het rekenvoorbeelden betreft. Bovendien is in de brochure uitdrukkelijk vermeld dat geen rechten

kunnen worden ontleend aan de vermelde voorbeelden.
Gelet hierop is het gerecht van oordeel dat Ennia op ondubbelzinnige wijze er voor heeft gewaarschuwd dat het rendement afhankelijk is van koersontwikkelingen. Op grond hiervan moet het voor de aspirant belegger duidelijk zijn geweest dat bij (sterke) daling van de koersen geen rendement wordt behaald.

Toezegging
Zo al juist is dat – in afwijking van hetgeen schriftelijk is vastgelegd – mondeling een rendement is toegezegd (en naar het gerecht begrijpt, daarmee impliciet de (terugbetaling van de) inleg is gegarandeerd), dan hadden bij nauwkeurige lezing van het informatiemateriaal vragen moeten rijzen omtrent de toezegging omdat naast sparen in de informatiefolder sprake is van beleggen. Het lag dan op de weg van de klant van Ennia om opheldering hieromtrent te vragen en schriftelijke vastlegging van de toezegging. Ennia heeft er terecht op gewezen dat geen der eisers dat heeft gevraagd, zodat een toezegging als door eisers gesteld ontbloot is van een voldoende feitelijke grondslag.
Op grond van de stukken staat de gestelde toezegging dan ook niet vast.
Het bewijsaanbod in dit verband is niet specifiek, maar slechts algemeen. In het bijzonder is niet aangeboden te bewijzen wat, wanneer en waar, door wie mondeling is toegezegd en in welke bewoordingen.
Onder deze omstandigheden dient het bewijsaanbod van eisers als te vaag te worden gepasseerd en is er onvoldoende reden om eisers ambtshalve met het bewijs van hun stelling dat zij een rechtens relevante rendementstoezegging hebben gekregen te belasten.

Dwaling
Voorts hebben eisers gesteld dat sprake is van (wederzijdse) dwaling.
Voor zover eisers hieraan ten grondslag hebben gelegd dat tussen Ennia en eisers de MoneyPlan overeenkomst tot stand kwam door het invullen en ondertekenen van het aanvraagformulier en vervolgens de ontvangst van dat formulier door Ennia, welke overeenkomst vervolgens door hen is aangegaan onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken, mist dat beroep feitelijke grondslag zodat het reeds daarom niet kan slagen.
Gelet op de inhoud en strekking van het aanvraagformulier mochten eisers daaraan redelijkerwijze niet de betekenis toekennen van een tot hen gericht aanbod van Ennia, waarvan de aanvaarding door eisers een overeenkomst tussen eisers en Ennia zou doen ontstaan. Door het enkele invullen en ondertekenen van dat formulier door eisers, gevolgd door de ontvangt daarvan door Ennia, is derhalve geen overeenkomst tot stand gekomen omdat het Ennia vrij stond van het aangaan van de overeenkomst af te zien.
Aan het invullen van het aanvraagformulier mochten eisers redelijkerwijze slechts de betekenis toekennen van een middel om, door het invullen en ondertekenen van dat formulier, en dit vervolgens aan Ennia toe te zenden, Ennia uit te nodigen een aanbod te doen tot het aangaan van een beleggingsovereenkomst en voorts van een verzekeringsovereenkomst, inhoudende dat bij overlijden binnen de looptijd de terugbetaling van de inleg was gegarandeerd.
De overeenkomst kwam tot stand doordat Ennia een namens haarzelf ondertekend exemplaar van de hiervoor vermelde polis aan eisers heeft toegezonden, waarmee Ennia eisers een aanbod tot het aangaan van een overeenkomst heeft gedaan, gevolgd door een stilzwijgende aanvaarding van dat aanbod waarmee de overeenkomst tot stand kwam.
Voor zover het beroep op dwaling berust op de stelling dat deze overeenkomst door eisers onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken is aangegaan, kan het echter evenmin slagen.
De onjuiste voorstelling van zaken komt er op neer dat eisers meenden de inleg te sparen in plaats van te beleggen en zich er derhalve niet bewust van waren dat zij door het aangaan van de MoneyPlanovereenkomst geld inlegden bestemd voor de aankoop van aandelen, en evenmin dat de opbrengst van de verkoop van de aandelen aan het einde van de looptijd onvoldoende zou kunnen zijn voor de terugbetaling van de inleg en voor rendement.
Voor zover Ennia voor het bestaan van die onjuiste voorstelling van zaken enig verwijt treft wegens een tekortschieten in haar verplichtingen krachtens artikel 6:228, eerste lid, onder a en b BW komt aan dat verwijt, gelet op het bepaalde in artikel 6:228, tweede lid, BW, niet een zodanig gewicht toe dat op grond daarvan tot vernietiging van de overeenkomst wegens dwaling kan worden besloten.

Een persoon die overweegt een overeenkomst aan te gaan, is tegenover de wederpartij gehouden om, binnen redelijke grenzen, maatregelen te nemen teneinde te voorkomen dat hij onder invloed van een onjuiste voorstelling met die overeenkomst instemt. Dit brengt mee dat degene die overweegt een overeenkomst tot welke vorm van beleggen ook, aan te gaan gehouden is om vooraf van de inhoud van die overeenkomst kennis te nemen en om zichzelf inspanningen te getroosten teneinde de betekenis van de overeenkomst, met inbegrip van de daartoe eventueel behorende voorwaarden, te doorgronden en voor hem of haar uit de overeenkomst voorvloeiende verplichtingen en risico's te begrijpen. Deze verplichting strekt zich mede uit tot voorafgaande aan het aangaan van de overeenkomst aan hem of haar gegeven toelichtingen, zoals voormeld informatiemateriaal. Uit de bedoelde verplichting volgt dat van degene die overweegt een overeenkomst aan te gaan ter zake van de aankoop van aandelen of deelname in een aandelenfonds, mag worden verwacht hij het informatiemateriaal zorgvuldig leest alvorens er mee in te stemmen en zich naar vermogen inspant om de reikwijdte van zijn of haar daaruit voortvloeiende verplichtingen en risico's te begrijpen. Weliswaar mag hij of zij uitgaan van de juistheid van de door of namens de wederpartij gedane mededelingen, maar hij dient deze – steeds in aanmerking genomen zijn eigen opleiding, kennis en relevante ervaring – wel naar hun aard te verstaan en voorts in samenhang met de inhoud van de overeenkomst en schriftelijke toelichtingen daarbij te beschouwen, zodat hij of zij aanprijzingen of loftuitingen door de wederpartij, in het bijzonder in algemene bewoordingen, met prudentie dient te beschouwen, en niet aan op zichzelf staande mededelingen de betekenis van een juiste en volledige voorstelling van zaken mag toekennen. Als een persoon nalaat zich op de hier bedoelde wijze te informeren en vervolgens onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken een overeenkomst aangaat, komt die onjuiste voorstelling voor zijn eigen rekening, in welk geval zij krachtens 6:228, tweede lid, BW niet tot vernietiging van de overeenkomst wegens dwaling kan leiden.

Gesteld noch gebleken is dat eisers enige maatregel hebben genomen om zich op de hoogte te stellen van de juiste aard en strekking van de overeenkomst die zij voornemens waren aan te gaan. Uitgaande van de door hen gestelde onjuiste voorstelling van zaken, hebben eisers derhalve nagelaten zich op de hierboven bedoelde wijze van de betekenis van de overeenkomst en de daaruit voor hen voortvloeiende risico's te vergewissen. In het informatiemateriaal is niet alleen sprake van sparen, maar ook van beleggen. Daarin wordt ook vermeld dat beleggen risico met zich brengt. Dat dit begrip aan eisers – volgens hun stelling – heeft ontbroken, kan, bij gebreke van voldoende maatregelen aan hun zijde teneinde een onjuiste voorstelling van zaken te voorkomen, geen grond vormen voor vernietiging van de overeenkomst.

De vermeldingen van sparen enerzijds en beleggen anderzijds in onderlinge samenhang bezien hadden eisers tot het inzicht kunnen brengen dat hun inleg indirect (via een fonds) in aandelen belegd zou worden, zodat op het ontbreken van zodanig inzicht geen vernietiging van de overeenkomst kan worden gegrond.

De inhoud van het informatiemateriaal, waarin enerzijds gesproken wordt over sparen en anderzijds over beleggen, had, in het licht van voormelde onderzoeksplicht – indien er onvoldoende duidelijkheid bij de beleggers bestond – redelijkerwijs aanleiding moeten zijn verhelderingsvragen aan Ennia te stellen. Dat zij dat hebben gedaan is gesteld, noch gebleken.

Om dezelfde reden dient de stelling van eisers dat Ennia tekort is geschoten in de nakoming van de overeenkomsten wegens misleidende reclame op grond waarvan deze voor vernietiging of ontbinding in aanmerking komen, te worden verworpen.

Zorgplicht

Omtrent de stelling van eisers dat op Ennia de verplichting rustte om eisers expliciet te waarschuwen voor de risico's wordt overwogen als volgt.

Eisers hebben in dit verband onder meer gesteld, dat Ennia jegens hen haar zorgplicht heeft geschonden doordat zij aan hen geen gegevens en bescheiden heeft verstrekt die nodig waren voor de juiste beoordeling van het aangeboden financiele product "MoneyPlan". Met name heeft Ennia volgens eisers nagelaten om hen te informeren dat niet gespaard zou worden, maar dat de inleg belegd zouden worden en hen te informeren over het daaraan verbonden risico dat geen rendement zou worden behaald en dat aan het einde van de looptijd de inleg minder in plaats van meer zou

kunnen bedragen dan bij aanvang van de overeenkomst.
Hoewel eisers niet hebben gesteld, dat zij het oog hebben op de rechtsverhouding in de fase aan de overeenkomst voorafgaande (derhalve op de precontractuele fase) verstaat – het vorenstaande in aanmerking genomen – het gerecht de stelling van eisers aldus dat beoordeeld dient te worden of Ennia haar zorgplicht jegens eisers heeft geschonden door vóór het sluiten van de overeenkomst aan hen misleidende althans ontoereikende informatie te verstrekken over de aard en de specifieke risico's van de overeenkomst.
Bij de beantwoording van de vraag of en in welke omvang op Ennia in de precontractuele fase een zorgplicht rustte jegens eisers, stelt het gerecht het volgende voorop. Zoals reeds overwogen heeft Ennia, via de informatiefolder, aan eisers het aanbod gedaan om een overeenkomst te sluiten en hebben eisers via het aanvraagformulier aan Ennia te kennen gegeven die overeenkomst te willen aangaan en daarbij in feite verzocht om een schriftelijke bevestiging van de overeenkomst (door Ennia aangeduid als "polis") toe te zenden. Door toezending van de schriftelijke vastlegging van de overeenkomst (polis), is tussen partijen een overeenkomst tot stand gekomen, die in stand bleef doordat het ontbindingsverzoek, zoals omschreven in het (hiervoor gedeeltelijk aangehaalde) aanvraagformulier, achterwege bleef. Ook als partijen anders dan door "onderhandelingen" betrokken zijn bij het voorbereiden van een tussen hen te sluiten overeenkomst, zijn zij tot elkaar komen te staan in een rechtsverhouding die wordt beheerst door hetgeen uit de wet (in ruime zin) en de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit (HR 31 mei 1991, NJ 1991, 647).
Bij de beoordeling van de vraag waartoe Ennia in deze rechtsverhouding jegens eisers was gehouden, dient tot uitgangspunt te worden genomen, dat Ennia – als professionele en op het terrein van handel en aandelen bij uitstek deskundig te achten dienstverlener – jegens particuliere, niet professionele cliënten tot een bijzondere zorgplicht is gehouden, gelet op de risico's die aan de handel in aandelen verbonden kunnen zijn.
Dat Ennia dat zelf ook zo zag blijkt uit het feit dat zij in haar informatiemateriaal degene die voornemens is te beleggen (door middel van deelname aan een van de beleggingsfondsen, genaamd "OHRA Totaal Fonds, OHRA Aandelen Fonds en OHRA Multimedia Fonds) als volgt voor risico's waarschuwt:
"– Wie geld belegt neemt een financieel risico. Ook bij deze beleggingsverzekering loopt u een beleggingsrisico. Rendementen kunnen hoger, maar ook lager dan gemiddeld uitvallen en zullen meer schommelen naarmate de beleggingsvorm risicovoller is.
De rendementen die gehanteerd worden zijn rendementen die in het verleden zijn behaald. En garanderen dus niets voor de toekomst.".
De omvang van de zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder de complexiteit van het aangeboden product, de daaraan verbonden specifieke risico's, de eventuele deskundigheid van de cliënt en diens inkomens en vermogenspositie.
Van het aangeboden financieel product kan niet worden gezegd dat het bijzonder complex is, zoals wel het geval is bij "aandelenlease" of beleggen in opties. In dit geval wordt het ingelegde geld belegd in aandelen, zij het niet rechtstreeks maar indirect, via een aandelenfonds. Anders dan bij aandelenlease behoort in het onderhavige geval niet tot de specifieke risico's dat bij daling van de beurskoersen een schuld kan resteren. Meer dan de inleg kan de belegger bij deelname aan voormelde fondsen niet verliezen. Ook speelt geen rol het risico bij het beleggen in opties dat de financiele verplichting bij de uitoefening van de opties een veelvoud kan bedragen van het bedrag dan men voornemens was te besteden.
Bij de bepaling van de omvang van de verplichting van Ennia tot het verstrekken van informatie over het MoneyPlan en de risico's daarvan speelt een rol dat zij dit beleggingsproduct op grote schaal middels informatiefolders heeft aangeboden aan het grote publiek. Daarvan is voorzienbaar dat Ennia ook verzoeken tot het aangaan van een overeenkomst zullen bereiken van personen zonder enige kennis van en ervaring met beleggingen en met een – buiten het ingelegde bedrag – geringe draagkracht.
Verder is van belang dat het MoneyPlan weliswaar geen complex financieel product is, maar dat het geenszins een spaarproduct is omdat niet rechtstreeks, maar indirect (via fondsen) wordt belegd in aandelen. Volgens de folder gaat het bij het Ohra aandelenfonds om aandelenbeleggingen die breed over sectoren worden verspreid "waarvan een toekomstige groei van omzet en winst wordt verwacht". Bij het Ohra multimedia fonds

wordt "belegd in bedrijven die kunnen profiteren van de interessante ontwikkelingen rond interactieve communicatie en digitalisering". Deze omschrijvingen bieden weinig houvast bij de beantwoording van de vraag aan welke risico's het ingelegde geld wordt blootgesteld.
Nu het informatiemateriaal over de risico's van het beleggen in voormelde fondsen weinig specifiek is enerzijds, terwijl het financiële product middels brochures en voor het brede publiek bedoelde wervingsavonden werd aangeboden anderzijds, is het gerecht van oordeel dat de bijzondere zorgplicht van Ennia in ieder geval meebracht dat zij de aspirant beleggers op ondubbelzinnige wijze moest waarschuwen voor het specifieke risico verbonden aan beleggen in aandelen, te weten het risico dat bij dalende koersen niet alleen het rendement lager zal zijn dan in de rekenvoorbeelden is vermeld, maar ook voor het risico dat na afloop van de overeenkomst het ingelegde bedrag is gedaald in plaats van gestegen indien de aandelen dan minder waard zijn dan het ingelegde aankoopbedrag.
Met betrekking tot het risico van dalende rendementen heeft Ennia deze zorgplicht niet geschonden. Uit de hiervoor aangehaalde waarschuwing in samenhang met het feit dat telkens benadrukt is dat het om rekenvoorbeelden gaat, hadden eisers kunnen en moeten afleiden dat geen rendementen gegarandeerd waren en dat bij dalende koersen het rendement van het ingelegde bedrag lager zou zijn dat vermeld in de rekenvoorbeelden en zelfs nihil kon zijn.
Een soortgelijke waarschuwing tegen het risico dat bij dalende koersen ook de inleg (deels) verloren kon gaan, heeft Ennia niet vermeld. Omtrent het antwoord op de vraag of Ennia daardoor haar zorgplicht heeft geschonden wordt het volgende overwogen.
Degene die (rechtstreeks of via een fonds) in aandelen belegt neemt het risico dat hij of zij een deel van de inleg verliest doordat de koers van de aandelen daalt.
Het voert te ver aan te nemen dat het specifieke risico van beleggen in aandelenfondsen (– gedeeltelijk – verlies van de inleg bij dalende koersen) hier te lande een feit van algemene bekendheid is en dat daarom op Ennia geen informatieplicht rustte. Dat is niet te verenigen met de beschermingsgedachte die aan de in de rechtspraak ontwikkelde zorgplicht ten grondslag ligt.
Uitgangspunt is de maatstaf van, onder meer, HR 23 mei 1997, NJ 1998, 129. Weliswaar heeft de in die uitspraak ontwikkelde zorgplicht betrekking op de optiehandel, maar de zorgplicht heeft een veel ruimere strekking. Deze zorgplicht vloeit voort uit hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen, de aard van de contractuele verhouding tussen een effecteninstelling en de particuliere klanten, in aanmerking genomen. Deze maatstaf gold ook reeds in 1999 (zie ook Hof Den Bosch 5 april 2005 («JOR» 2005/127; *red.*), LJN:AT2375, r.o. 4.9.4).
Een aanbieder van een financieel product als het onderhavige is (en in 1999: was) gehouden de klant die overweegt aan een product als Money-Plan deel te nemen, in te lichten over de risico's die zijn verbonden aan het product. Dit niet alleen omtrent het risico dat geen rendement kan worden behaald, maar ook omtrent het risico dat de inleg, voor een deel, verloren kan gaan. Uitgangspunt moet immers zijn dat de voorlichting aan potentiële wederpartijen juist en volledig is. Een klant die overweegt deel te nemen aan een product als hier bedoeld, mag verwachten dat als de aanbieder van dit beleggingsproduct informatie verstrekt, die informatie niet is beperkt tot sommige nadelige aspecten en andere nadelige aspecten buiten beschouwing blijven. Klanten die geen kennis en ervaring hebben met beleggen in aandelen zullen zich allicht de daaraan verbonden gevaren niet realiseren en dus ook niet weten omtrent welke aspecten het ter beschikking gestelde informatiemateriaal tekortschiet.
Het gerecht is van oordeel dat in dit geval de zorgplicht die op Ennia rustte met zich bracht dat zij ondubbelzinnig waarschuwde voor zowel het risico dat geen rendement zou worden behaald bij dalende koersen als voor het risico dat bij dalende koersen een deel van de inleg verloren kan gaan. In dit verband acht het gerecht van belang dat Ennia zich met haar financiële product Money-Plan heeft gericht op het brede publiek – derhalve niet op een (haar min of meer bekende) specifieke doelgroep – zodat zij moest verwachten dat zij ook verzoeken om deelname zou krijgen van personen die geen enkele kennis van en ervaring met beleggen hebben en dat zij in haar informatiefolder sterk de nadruk heeft gelegd op het begrip sparen (terwijl van sparen in de gangbare betekenis geen sprake was). Onder deze omstandigheden is een ondubbelzinnige waarschuwing voor het risico dat (naast het ontbreken van rende-

ment) de inleg bij dalende koersen deels verloren kan gaan op zijn plaats.
Juist door wel te waarschuwen dat bij koersdalingen minder rendement zal worden behaald, maar niet tevens te waarschuwen dat bij koersdalingen ook de inleg deels verloren kan gaan, kan voor de lezer de schijn worden gewekt dat de risico's zijn beperkt tot die welke wel uitdrukkelijk zijn genoemd (minder rendement).
Weliswaar is in de marge van de toelichting bij de diverse fondsen in een ovaal vermeld respectievelijk "Low-risk" "Medium-risk", "High-Risk", maar daaruit blijkt niet dat de waarschuwing betrekking heeft op zowel het rendement als op het risico van verlies van de inleg.
Bij de MoneyPlan-overeenkomst behoren algemene voorwaarden, gedeponeerd ter griffie op 23 juli 1999. Volgens Ennia heeft zij onder meer aan haar zorgplicht voldaan doordat de klant van deze algemene voorwaarden kennis kon nemen.
Deze stelling leidt niet tot een ander oordeel. In de informatiefolder wordt niet naar de algemene voorwaarden verwezen, zodat Ennia reeds om deze reden niet verwachten mocht dat het in de haar financiële product geïnteresseerde publiek daarvan kennis zou nemen. Ook het individueel in te vullen aanvraagformulier bevat geen verwijzing naar deze algemene voorwaarden zodat deze geen gewicht in de schaal leggen bij het antwoord op de vraag of Ennia haar zorgplicht al dan niet heeft geschonden.
Nu Ennia wel waarschuwingen in de informatiefolder heeft opgenomen met betrekking tot koersdalingen, maar niet expliciet heeft gewaarschuwd tegen de mogelijkheid dat ook de inleg verloren zou kunnen gaan, en voorts gesteld, noch gebleken is dat Ennia zich ervan heeft vergewist dat haar (potentiële) klanten zich van dat risico bewust waren, moet het oordeel luiden dat Ennia jegens eisers niet de zorg heeft betracht waartoe zij als professionele en op het terrein van beleggingen bij uitstek deskundige dienstverlener was gehouden.
In aanmerking genomen dat de schending van de zorgplicht door Ennia heeft plaatsgevonden in de precontractuele fase moet worden geoordeeld dat Ennia aldus onrechtmatig jegens eisers heeft gehandeld. Op grond van artikel 6:162 BW is Ennia aansprakelijk voor schade die eisers hierdoor hebben geleden.
Het voren overwogene vormt een aanvulling van de rechtsgronden aangezien eisers primair nakoming van de overeenkomst van partijen hebben gevorderd en subsidiair aan de vordering tot schadevergoeding niet ten grondslag hebben gelegd een onrechtmatige daad wegens schending van de zorgplicht in de precontractuele fase, maar vernietiging danwel ontbinding van de overeenkomst wegens een aan Ennia toe te rekenen tekortkoming in de nakoming van de MoneyPlanovereenkomst.
Gelet hierop ziet het gerecht aanleiding partijen op na te melden wijze in de gelegenheid te stellen zich bij nadere conclusie uit te laten omtrent het oordeel dat sprake is van een onrechtmatige daad zijdens Ennia doordat zij in de precontractuele fase de op haar rustende zorgplicht jegens eisers heeft geschonden. In zoverre is sprake van een voorlopig oordeel.
Omtrent de omvang van de voor vergoeding in aanmerking komende schade wordt het volgende overwogen.
Uit het hiervoor overwogen tekortschieten van eisers in de verplichting om, binnen redelijke grenzen, maatregelen te nemen teneinde te voorkomen dat zij onder invloed van een onjuiste voorstelling met de MoneyPlanovereenkomst zouden instemmen, volgt dat het aangaan van die overeenkomst, en hiermee de door eisers gestelde schade als gevolg daarvan, mede een gevolg is van een omstandigheid die aan eisers kan worden toegerekend. Er is daarom grond voor een vermindering van de vergoedingsplicht van Ennia op de voet van artikel 6:101, eerste lid, BW. Hieraan doet niet af de stelling van eisers dat zij op grond van met name het informatiemateriaal mocht veronderstellen in overeenkomst te sluiten die betrekking had op sparen. Uit het vorenoverwogene volgt immers dat bij zorgvuldige lezing van het informatiemateriaal voor eisers kenbaar was dat zij hun geld belegden in aandelen en dat in die overeenkomst de mogelijkheid besloten lag dat als gevolg van koersdalingen weinig of geen rendement zou worden behaald en de inleg deels verloren zou kunnen gaan. Dat dit begrip naar eigen zeggen heeft ontbroken, staat daarom niet aan een vermindering van de vergoedingsplicht van Ennia in de weg.
De vermindering van de vergoedingsplicht van Ennia behoort naar evenredigheid van de mate waarin Ennia en de respectievelijke eisers toe te rekenen omstandigheden tot de gestelde schade hebben bijgedragen, aldus wordt bepaald dat geen verplichting bestaat tot vergoeding van rende-

ment dat niet is behaald en dat wat betreft het ingelegde bedrag (de koopsom voor de deelname in het aandelenfonds) in beginsel de helft van het verschil tussen het ingelegde bedrag en het na afloop van de overeenkomst resterende bedrag voor rekening van eisers zelf blijft, zodat de aansprakelijkheid van Ennia tot de helft van dat verschil beperkt blijft.
Bepaald wordt dat Ennia met betrekking tot de eisers waarvan de overeenkomst is geëindigd bij voormelde nadere conclusie per eiser specificeert (a) het bedrag van de inleg waarop in mindering strekt (b) het afgerekende saldo en (c) de datum waarop dat saldo betaalbaar is gesteld alsmede (d) het verschil tussen het bedrag van de inleg en het afgerekende saldo.
Uit bijlage A bij de conclusie van dupliek in de hoofdzaak blijkt dat de overeenkomst met 18 personen nog niet is geëindigd. Uit Bijlage A bij de conclusie van antwoord in de gevoegde zaak blijkt dat de overeenkomst met twee personen nog niets is geëindigd. Het gerecht begrijpt de vordering van deze eisers aldus dat zij vergoeding vorderen van toekomstige schade.
In artikel 6:105 BW is bepaald dat in zo'n geval de begroting van de schade kan worden uitgesteld (geheel of deels) dan wel – na afweging van de goede en kwade kansen – bij voorbaat kan geschieden.
Ook hieromtrent kunnen partijen zich bij de nadere (antwoord) conclusie uitlaten.
Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

4. De beslissing in beide zaken
Het gerecht:
verwijst de zaak naar de rolzitting van maandag 12 mei 2008 teneinde Ennia in de gelegenheid te stellen een nader conclusie te nemen waarbij Ennia:
1. zij zich uitlaat omtrent voormelde aanvulling van de rechtsgronden;
2. per eiser specificeert (a) het bedrag van de inleg waarop in mindering strekt (b) het afgerekende saldo en (c) de datum waarop dat saldo betaalde is gesteld alsmede (d) het verschil tussen het bedrag van de inleg en het afgerekende saldo;
3. zich uitlaat over de begroting van de toekomstige schade als bedoeld in artikel 6:105 BW.
bepaalt voorts dat eisers in de gelegenheid zullen worden gesteld daarop bij nadere antwoordconclusie te reageren;
houdt iedere verdere beslissing aan.

265

JOR 2009/265

Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen
10 augustus 2009, AR 2005/1492 en AR 2007/379, ECLI:NL:OGEANA:2009:BJ5892
(Mr. Spreuwenberg)

Beleggingsverzekering. Ingelegde koopsom gedurende looptijd fors gedaald. Schade tengevolge van schending waarschuwingsplicht kan ten aanzien van academisch geschoolde beleggers niet worden toegerekend aan bank. Vervolg op tussenvonnis van 7 april 2008, «JOR» 2008/233.

[BW art. 6:162]

Bij voormeld tussenvonnis is overwogen dat Ennia onrechtmatig heeft gehandeld jegens eisers door schending van haar (bijzondere) zorgplicht jegens eisers in de precontractuele fase.
Partijen zijn in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over deze aanvulling van de rechtsgronden. Van die gelegenheid hebben partijen gebruik gemaakt.
Ennia heeft aangevoerd dat ook indien zou komen vast te staan dat zij in haar waarschuwingsplicht te kort zou zijn geschoten, daarmee nog geenszins vaststaat dat de verzoekers bij een voldoende waarschuwing niet tot het aangaan van een MoneyPlan overgegaan zouden zijn. Het conditio sine qua non-verband tussen de aan Ennia verweten schending van de zorgplicht en het aangaan van een MoneyPlan (en daarmee het verlies) staat dus niet vast. Ten aanzien van de eisers die zij heeft aangeduid als "het pensioenfonds en de academisch geschoolde verzoekers" heeft Ennia gesteld, dat voor hen geldt dat die moeten worden aangemerkt als een meer dan gemiddeld geïnformeerde consument. Kennelijk beoogt Ennia te stellen dat uit de opleiding volgt dat de desbetreffende eisers de overeenkomst niet zonder inzicht in de daaraan verbonden risico's zijn aangegaan en dat zodanig opgeleide personen de overeenkomst ook zouden zijn aangegaan indien Ennia er wel voor zou hebben gewaarschuwd dat

bij dalende koersen ook de inleg (groten)deels verloren gaat.
Naar het oordeel van het gerecht is genoegzaam aannemelijk dat de betreffende academici de overeenkomst ook zouden hebben gesloten indien Ennia niet tekort geschoten zou zijn in de nakoming van haar waarschuwingsplicht en dat deze eisers de overeenkomst niet lichtvaardig maar met voldoende inzicht zijn aangegaan. Ten aanzien van deze eisers kan de schade derhalve niet worden toegerekend aan het nalaten van Ennia. Hetzelfde geldt voor de stichting directie pensioenfonds GXM, waarvan verwacht mag worden dat in het bestuur een of meer op het gebied van beleggingen deskundige personen zitten.

M. Comenencia te Curaçao,
en nog 53 anderen,
eisers,
gemachtigden: mrs. H.W. Braam en R.A.P.H. Pols,
tegen
Ennia Caribe Leven NV te Curaçao,
gedaagde sub 1,
gemachtigde: mr. K. Frielink,
en
Associated Brokerage Company & Consultants NV te Curaçao,
gedaagde sub 2,
alsmede in de gevoegde zaak met reg.nr. AR 2007/379:
G.A. Fermi te Bonaire,
en nog 12 anderen,
eisers,
gemachtigden : mrs. H.W. Braam en R.A.P.H. Pols,
tegen
Ennia Caribe Leven NV te Curaçao,
gedaagde sub 1,
gemachtigde: mr. K. Frielink,
en
Associated Brokerage Company & Consultants NV te Curaçao,
gedaagde sub 2.

(...; *red.*)

2. De verdere beoordeling
2.0. Volhard wordt bij de inhoud van voormeld tussenvonnis.
2.1. Bij dat vonnis is bepaald dat Ennia:
a. zich uitlaat over de aanvulling van de rechtsgronden;
b. per eiser specificeert (a) het bedrag van de inleg waarop in mindering strekt (b) het afgerekende saldo en (c) de datum waarop dat saldo betaalbaar is gesteld alsmede (d) het verschil tussen bedrag van de inleg en het afgerekende saldo;
c. zich uitlaat over de begroting van de toekomstige schade als bedoeld in artikel 6:105 BW.
2.2. Bij voormeld tussenvonnis is overwogen dat Ennia onrechtmatig heeft gehandeld jegens eisers door schending van haar (bijzondere) zorgplicht jegens eisers in de precontractuele fase.
Partijen zijn in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over deze aanvulling van de rechtsgronden. Van die gelegenheid hebben partijen gebruik gemaakt.
2.3. Volgens eisers is van aanvulling van rechtsgronden geen sprake aangezien aan de zijde van eisers daarop reeds is gewezen. Eisers hebben daarbij verwezen naar passages in de processtukken aan hun zijde.
Ennia heeft aangevoerd dat zij zich tegen de aanvulling van rechtsgronden verzet "omdat daarmee buiten de rechtsstrijd van partijen wordt getreden.".
2.4. Zoals reeds bij voormeld tussenvonnis is aangehaald hebben eisers onder meer gevorderd Ennia "bij wege van schadevergoeding te veroordelen om tegen kwijting aan eisers te betalen de totale som van hun inleg vermeerderd met het rendement dat eisers in het vooruitzicht is gesteld".
Het standpunt dat met voormelde aanvulling van rechtsgronden de rechtsstrijd van partijen wordt verlaten, wordt niet onderschreven nu daaruit blijkt dat eisers hebben gevorderd Ennia te veroordelen tot vergoeding van hun schade.
2.5. Ennia heeft omtrent de aangevulde rechtsgronden voorts gesteld dat indien de koers van de onderliggende effecten daalt ook de participatie van de deelnemer in het fonds daalt, alsmede:
"Tenzij de koersen weer stijgen, is de deelnemer dus de helft van de hiervoor genoemde inleg kwijt. Dat is het beleggingsrisico dat inherent is aan het beleggen in effecten: koersen kunnen stijgen, maar ook dalen.". Volgens Ennia hadden de deelnemers er derhalve "rekening mee kunnen en moeten houden dat bij dalende koersen ook een navenant deel van hun inleg verloren zou gaan.".
Dit standpunt miskent het oordeel van het gerecht, dat op Ennia een waarschuwingsplicht rustte omdat het informatiemateriaal over de risico's weinig specifiek is enerzijds, terwijl het finan-

ciële product (middels onder meer brochures) werd aangeboden aan het brede publiek, onder meer op daarvoor bedoelde wervingsavonden anderzijds en dat deze bijzondere zorgplicht in ieder geval met zich bracht dat zij de aspirant beleggers op ondubbelzinnige wijze moest waarschuwen voor het specifieke risico verbonden aan het beleggen in deze fondsen, te weten niet alleen voor het risico dat bij dalende koersen het rendement lager zou zijn (dan in de rekenvoorbeelden werd voorgespiegeld), maar ook voor het risico dat na afloop van de overeenkomst bij dalende koersen de afnemer van het financiële product het ingelegde bedrag (groten-)deels kwijt kon zijn.
Niet alleen heeft Ennia er niet op gewezen dat de afnemer van het product zijn of haar inleg bij dalende koersen kon kwijtraken, maar zij is ook tekortgeschoten in de nakoming van de waarschuwingsplicht door wel te waarschuwen dat het rendement bij dalende koersen lager zou zijn dan vermeld in de rekenvoorbeelden, maar niet tevens er voor te waarschuwen, dat de inleg bij dalende koersen (groten-)deels verloren kon gaan.
Juist door wel te waarschuwen dat bij koersdalingen minder rendement zal worden behaald, maar door niet tevens te waarschuwen dat bij koersdalingen ook de inleg (groten-)deels verloren kan gaan, kan bij het grote publiek de schijn worden gewekt dat de risico's beperkt zijn tot die welke wel uitdrukkelijk zijn genoemd (minder rendement).
De verplichting van een aanbieder van een financieel product als het onderhavige de afnemer bij het aangaan van de overeenkomst ervoor te waarschuwen dat hij of zij bij dalende koersen niet alleen geen rendement zal kunnen ontvangen, maar ook dat hij of zij het ingelegde bedrag (groten) deels kwijt zal kunnen raken, strekt ertoe de potentiële particuliere wederpartij te informeren over en te waarschuwen voor het lichtvaardig op zich nemen van onnodige risico's of van de risico's die hij of zij redelijkerwijze niet kan dragen. Deze verplichting heeft zelfstandige betekenis. Zelfs indien de afnemer deze risico's kan dragen, is niet uitgesloten dat de afnemer zich bij gebreke van zodanige waarschuwing voor het verlies van de inleg, niet op een verantwoorde wijze heeft kunnen realiseren dat de te sluiten overeenkomst financiële risico's met zich bracht die hij of zij redelijkerwijze niet zou hebben willen dragen. Het bedrag van de inleg kan bijvoorbeeld strekken tot de oudedagsvoorziening of zelfs zijn gefinancierd met geleend geld.
Voor dit oordeel is te meer reden nu in het informatiemateriaal het begrip sparen sterk wordt benadrukt, terwijl van sprake in de gangbare zin geen sprake is.
2.6. Daarnaast heeft Ennia aangevoerd dat ook indien zou komen vast te staan dat zij in haar waarschuwingsplicht te kort zou zijn geschoten, "daarmee nog geenszins vast (staat) dat de verzoekers bij een voldoende waarschuwing niet tot het aangaan van een MoneyPlan overgegaan zouden zijn. Het conditio sine qua non-verband tussen de aan Ennia verweten schending van de zorgplicht en het aangaan van een MoneyPlan (en daarmee het verlies) staat dus niet vast.".
2.7. Zoals de Hoge Raad in zijn arresten van 5 juni 2009 (LJN: BH2811, BH 2815 en BH2822) heeft overwogen brengt de hoofdregel van artikel 150 Rv mee dat de afnemer van het financiële product dient te stellen en bij voldoende gemotiveerde betwisting te bewijzen, dat voldoende causaal verband bestaat tussen de schade die hij stelt te hebben geleden en de schending van deze zorgplicht.
Waar de waarschuwingsplicht waarin de aanbieder is tekortgeschoten ertoe strekt te voorkomen dat een potentiële particuliere wederpartij lichtvaardig of met ontoereikend inzicht de overeenkomst sluit, kan – behoudens voldoende door de aanbieder gestelde en te bewijzen aangeboden feiten en omstandigheden waaruit anders kan blijken – het aangaan van de overeenkomst aan de aanbieder worden toegerekend in de zin van 6:98 BW, zodat de aanbieder in beginsel als schade dient te vergoeden de nadelige financiële gevolgen voor de afnemer van het aangaan van de overeenkomst.
2.8. Van het in artikel 6:98 BW bedoelde oorzakelijk verband kan overigens eerst sprake zijn, indien is voldaan aan de eis van het conditio-sine-qua-non-verband als bedoeld in een artikel 6:162 BW.
In verband met de omstandigheid dat de op de aanbieder rustende waarschuwingsplicht er ook toe strekt te waarschuwen tegen het aangaan van onnodige, althans ongewenste, risico's, zal het verweer van de aanbieder dat de afnemer de overeenkomst ook zou zijn aangegaan indien de aanbieder niet in zijn zorgplicht was tekortgeschoten, in het licht van de desbetreffende stellingen van de afnemer voldoende concreet moeten zijn on-

derbouwd. Is deze onderbouwing niet genoegzaam, dan kan tot uitgangspunt worden genomen dat de afnemer zonder dat tekortschieten van de aanbieder in diens zorgplicht de overeenkomst niet zou hebben gesloten.
2.9. Ennia heeft de hiervoor sub 2.7 en 2.8 bedoelde feiten waaruit kan blijken dat de eisers de overeenkomst ook zouden zijn aangegaan indien zij haar waarschuwingsplicht wel zou zijn nagekomen, behoudens ten aanzien van de na te noemen eisers, niet (genoegzaam) gesteld, zodat zij als aanbieder van het financiële product in beginsel als schade dient te vergoeden de nadelige financiele gevolgen voor de afnemer van het aangaan van de overeenkomst. Evenzeer dient te worden geoordeeld dat – nu het tegendeel niet is gebleken – de eisers zonder dat tekortschieten van Ennia in haar zorgplicht, de overeenkomst niet zouden hebben gesloten.
2.10. Ten aanzien van de eisers die zij heeft aangeduid als "het pensioenfonds en de academisch geschoolde verzoekers" heeft Ennia gesteld, dat voor hen geldt "dat die moeten worden aangemerkt als een meer dan gemiddeld geïnformeerde consument".
Kennelijk beoogt Ennia te stellen dat uit de opleiding volgt dat de desbetreffende eisers de overeenkomst niet zonder inzicht in de daaraan verbonden risico's zijn aangegaan en dat zodanig opgeleide personen de overeenkomst ook zouden zijn aangegaan indien Ennia er wel voor zou hebben gewaarschuwd dat bij dalende koersen ook de inleg (groten)deels verloren gaat.
Ennia heeft niet gesteld wie van de eisers academisch geschoold is.
Zoals reeds bij tussenvonnis van 7 april 2008 is overwogen, werd de (potentiële) afnemer een aanvraagformulier toegezonden waarin om opgave gevraagd werd van niet alleen de NAW gegevens, maar ook het beroep. Als productie 3 bij de conclusie van antwoord in de zaak met registratienummer AR 2005/1492 heeft Ennia een overzicht overgelegd waarbij het beroep is vermeld van de meeste eisers in die zaak.
Eisers hebben de juistheid van de inhoud van dat overzicht niet betwist, zodat het in rechte voor juist moet worden gehouden. Gelet op het aldaar vermelde beroep neemt het gerecht aan dat een academische opleiding hebben de eisers:
a. J. Hardeveld (advocaat)
b. M. Bennet (advocaat)
c. R. Ignatio (longspecialist)
d. F. Da Costa Gomez (arts) en
e. R. Zoetrum-Giraldo (dierenarts).
Naar redelijke verwachting zullen academisch geschoolde personen zich niet alleen laten leiden door de informatie die door de aanbieder wordt verstrekt. Gelet op de opleiding mag redelijkerwijs worden verwacht dat deze afnemers een grondige analyse maken van het aangeboden product, ook omdat relatief grote bedragen worden geïnvesteerd.
Onder deze omstandigheden is naar het oordeel van het gerecht genoegzaam aannemelijk dat de betreffende academici de overeenkomst ook zouden hebben gesloten indien Ennia niet tekort geschoten zou zijn in de nakoming van haar waarschuwingsplicht en deze eisers de overeenkomst niet lichtvaardig maar met voldoende inzicht zijn aangegaan.
Ten aanzien van deze eisers kan de schade derhalve niet worden toegerekend aan het nalaten van Ennia.
2.11. Hetzelfde geldt voor de stichting directie pensioenfonds GXM, waarvan verwacht mag worden dat in het bestuur een of meer op het gebied van beleggingen deskundige personen zitten. Ook ten aanzien van deze eiseres is het causale verband tussen het onrechtmatige nalaten van Ennia en de schade niet komen vast te staan.
De vordering van deze eisers dient derhalve te worden afgewezen.
2.12. Wat betreft de schade van de overige eisers wordt het volgende overwogen.
Bij de conclusie na tussenvonnis heeft Ennia als productie A. en B. een specificatie per eiser overgelegd van (a) het bedrag van de inleg, (b) het afgerekend saldo, (c) de datum wordt het saldo betaalbaar is gesteld en (d) het verschil tussen bedrag van de inleg en het afgerekend saldo.
Daaraan heeft zij toegevoegd hoeveel 50% van dat saldo bedraagt.
Eisers hebben de juistheid van deze specificatie niet bestreden, zodat de specificatie voor juist moet worden gehouden.
2.13. Partijen verschillen wel van mening over het antwoord op de vraag of tot schade de verzekeringspremie behoort voor de overlijdensdekking. Deze premie bedraagt 1% van het ingelegde bedrag.
Volgens Ennia gaat het om het bedrag dat daadwerkelijk beschikbaar was om te beleggen.
Volgens eisers heeft Ennia commissies en kosten van de eerste inleg afgehouden, zodat zij verze-

kerd was van vergoeding daarvan, en heeft zij meer in rekening gebracht "dan indien een bank beleggingsdiensten verleend.".
Zoals bij tussenvonnis van 7 april 2008 is overwogen heeft Ennia in haar informatiefolder vastgelegd:
"In het geval van overlijden tijdens de looptijd garandeert Ennia uitkering van uw inleg vermeerderd met 4% samengestelde rente (...)".
Dat Ennia tegenover de premie van 1% deze dienst niet heeft verleend, is gesteld noch gebleken.
Derhalve behoort de premie voor de overlijdensdekking niet tot de schade, zodat voor de berekening van de schade uit dient te worden gedaan van productie B. bij de conclusie na tussenvonnis van Ennia.
2.14. Voor zover Ennia een beroep heeft gedaan op vermindering van haar schadevergoedingsplicht in verband met eigen schuld van eisers (in de zin van artikel 6:101 BW), wordt overwogen als volgt.
Zoals de HR in zijn hiervoor genoemde arresten van 5 juni 2009 heeft overwogen zal er grond zijn voor vermindering van vergoedingsplicht van de aanbieder in evenredigheid met de mate waarin de aan de aanbieder en aan de afnemer toe te rekenen omstandigheden moeten worden geacht te hebben bijgedragen aan het ontstaan van deze schade, en vervolgens zal moeten worden onderzocht of op grond van de billijkheid een andere verdeling gerechtvaardigd is. Bij de toepassing van de maatstaf van artikel 6:101 BW zullen fouten van de afnemer die uit de lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht voortvloeien in beginsel minder zwaar wegen dan fouten aan de zijde van de aanbieder waardoor deze in de zorgplicht is tekortgeschoten.
Bij tussenvonnis van 7 april 2008 is overwogen dat de aanbieder en de afnemer geacht moeten worden in gelijke mate te hebben bijgedragen aan de schade, zodat de helft van de totale schade voor rekening van eisers dient te worden gelaten.
Gelet op voormelde maatstaf valt niet in te zien dat daarmee, zoals Ennia impliciet stelt, een onjuiste toepassing wordt gegeven aan artikel 6:101 BW.
Bij dat tussenvonnis is reeds overwogen dat de op eisers rustende onderzoeksplicht met zich bracht om, binnen redelijke grenzen, maatregelen te nemen teneinde te voorkomen dat zij onder invloed van een onjuiste voorstelling met de Money-Planovereenkomst zouden instemmen. Uit het bij dat tussenvonnis overwogene volgt immers dat bij zorgvuldige lezing van het informatiemateriaal voor eisers kenbaar was dat zij hun geld – zij het indirect – belegden in aandelen en dat in de overeenkomst de mogelijkheid besloten lag, dat als gevolg van koersdalingen weinig of geen rendement zou worden behaald en de inleg deels verloren zou kunnen gaan.
Voor het oordeel dat een groter deel van de schade voor eisers dient te worden gelaten, zoals Ennia heeft betoogd, is geen aanleiding, reeds niet nu Ennia geen gegevens heeft verschaft omtrent met name de betalingsruimte van de afnemers ten tijde van het sluiten van de overeenkomsten. Productie 3 bij de conclusie van antwoord bevat daaromtrent geen informatie.
2.15. Op grond van het vorenoverwogene dient Ennia – behoudens ten aanzien van de na te noemen eisers – te worden veroordeeld aan de eisers genoemd in de aan dit vonnis gehechte lijst "Claimants" te betalen het bedrag dat in de laatste kolom onder het kopje "Amount Due" is vermeld.
De wettelijke rente hierover wordt overeenkomstig artikel 6:83, sub b, BW toegewezen, telkens vanaf de dag dat de overeenkomst is geëindigd, in de bijlage bij dit vonnis vermeld onder het kopje "terminated date".
Het vorenstaande geldt ook voor de eisers Stichting Nos Deseo, waarvan de schade sub 15 ten name van J.J. Oliviera is gespecificeerd en voor de eiser M.F. Martis, waarvan de schade sub 25 is gespecificeerd ten name van de wettelijk vertegenwoordiger Ella Rosa Fisher.
Het vorenstaande geldt niet voor de in de lijst vermelde eisers Hardeveld (nr. 6), Stichting directie pensioenfonds GMX (nr. 11), F. da Costa Gomez (nrs. 36 en 37) en R. Zoetrum (nr. 41). Hun vorderingen worden om de hiervoor sub 2.10 gemelde reden afgewezen.
2.16. Eisers hebben bij de conclusie van antwoord na tussenvonnis gesteld, dat Ennia geen opgave heeft gedaan van de schade van de volgende eisers waarvan de overeenkomst wel is geëindigd:
a. K. Mukhi (inleg NAf 46.000,=; aanspraak NAf 45.189,33);
b. R. Trom (inleg NAf 20.000,=; aanspraak NAf 9.543,=).
Volgens Ennia eindigt de overeenkomst van deze eisers op respectievelijk 1 september 2009 en 1 november 2009, derhalve op een datum in de toekomst, zodat van verlies nog geen sprake is.

Daarnaast stellen de volgende eisers dat sprake is van toekomstige schade (conclusie van antwoord na tussenvonnis zijdens eisers, een na laatste pagina). Dit betreft de eisers:
a. A. Romijn, wettelijk vertegenwoordiger van L. Romijn;
b. D. Regina;
c. A. Soeltaansingh, pro se en als wettelijk vertegenwoordiger van R. Durgaram;
d. S. Fluonia, pro se en als wettelijk vertegenwoordiger van S. en Z. Fluonia;
e. A. Vinck, pro se en als wettelijk vertegenwoordiger van T.P. Vinck;
f. M. Tukker;
g. D. Sambo-Alphenaar, pro se en als wettelijk vertegenwoordiger van T. Semper.
2.17. Wat betreft de toekomstige schade wordt het volgende overwogen.
Deze eisers hebben bij de conclusie van antwoord na tussenvonnis verzocht Ennia "in de gelegenheid stellen bij akte zich uit te laten over de huidige waarde van de polissen (...), afhankelijk waarvan eisers zich kunnen beraden de overeenkomst ontbinden danwel voort te zetten tot en met de einddatum".
Bij pleidooi hebben deze eisers verzocht "een datum te bepalen als peildatum tegen welke de waarde van deze lopende polissen worden afgerekend".
Ennia heeft in dit verband, kort weergegeven, aangevoerd dat niet met zekerheid valt te zeggen of de deelnemers schade zullen lijden, zodat een afweging van goede en kwade kansen thans niet valt te maken.
2.18. De contracten van Mukhi en Trom lopen af in 2009, de contracten van Romijn, Vinck en Tukker op verschillende data in 2010 en het contract van Regina in 2012, de contracten van Fluonia in 2016 en 2017, van Sambo-Alphenaar in 2016, terwijl het contract van Soeltaansingh afloopt in 2027.
Deze eisers hebben – ondanks de overwegingen in het tussenvonnis van 7 april 2008 – geen concrete maatstaf gesteld, de goede en de kwade kansen afwegend, aan de hand waarvan in hun ogen het verlies van de inleg in de toekomst thans reeds zal kunnen worden vastgesteld.
De omvang van de schade is afhankelijk van de koerontwikkeling die niet te voorspellen is, zodat evenmin kan worden vastgesteld dat deze eisers schade zullen lijden en hoeveel die schade zal bedragen op de datum waarop de overeenkomst eindigt.
Gelet hierop is er aanleiding Ennia voorwaardelijk, voor het geval op de einddatum van de overeenkomst het af te rekenen saldo lager is dan het bedrag van de inleg, aan deze eisers te betalen de helft van het verschil tussen het bedrag van de inleg en het krachtens de overeenkomst van deze eisers met Ennia af te rekenen saldo. Ook in dit geval wordt met inleg bedoeld het bedrag dat is besteed aan de deelname aan de fondsen.
2.19. De overeenkomst van Ennia met de eiseres Soeltaansingh heeft laatst genoemde niet in het geding gebracht. Dat tussen partijen een overeenkomst van kracht is, blijkt uit het als productie 3 bij de conclusie van antwoord overgelegde overzicht.
Daaruit blijkt dat Ennia heeft geregistreerd dat zij met deze afnemer met ingang van 1 augustus 2002 een overeenkomst is aangegaan met een looptijd van 25 jaren, derhalve tot 1 augustus 2027. De inleg bedraagt NAf 125,= per maand.
Volgens deze eiseres is zij "gestopt met betalen" en heeft zij in totaal NAf 3.625,= ingelegd.
Nu geen van partijen het tegendeel heeft gesteld, moet het er in rechte voor worden gehouden dat deze overeenkomst (nog) niet is geëindigd.
Voorts heeft Soeltaansingh gesteld met Ennia een overeenkomst te hebben gesloten in haar hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger van haar zoon R. Durgaram (looptijd 20 jaar; inleg NAf 100,= per maand; totaal ingelegd NAf 3.200,=).
Enig stuk hiervan heeft Soeltaansingh niet in het geding gebracht.
Ennia heeft geen registratie van de gestelde overeenkomst in haar overzicht opgenomen.
Derhalve is thans nog niet komen vast te staan dat deze overeenkomst tot stand is gekomen.
2.20. Romijn, Fluonia, Soeltaansingh, Zimmerman en Vinck hebben machtiging verzocht om te procederen voor de minderjarigen.
Ennia heeft zich daar niet tegen verzet.
Uit de overeenkomsten, voor zover overgelegd, blijkt niet dat Ennia overeenkomsten is aangegaan met minderjarigen, die door hun ouder(s) werden vertegenwoordigd om de overeenkomst rechtsgeldig tot stand te brengen.
Mitsdien behoeft geen machtiging te worden verleend, zodat dit onderdeel van de vordering wordt afgewezen.

2.21. Bij pleidooi heeft Ennia verzocht het eindvonnis niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren in verband met het restitutierisico.
Gelet hierop moet worden nagegaan of het belang van eisers zwaarder weegt dan het belang van Ennia bij behoud van de bestaande toestand totdat in hoger beroep is beslist.
Degene die een veroordeling tot betaling van een geldsom verkrijgt, wordt vermoed het vereiste belang bij uitvoerbaar verklaring bij voorraad te hebben (HR 27 februari 1998, NJ 1998, 512). Een daartegenover gesteld restitutierisico moet worden geconcretiseerd (HR 17 juni 1994, NJ 1994, 591).
Van een zodanige concretisering door Ennia is geen sprake, zodat de navolgende veroordeling uitvoerbaar bij voorraad dient te worden verklaard.

3. De kosten
Ennia dient als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van deze procedure, voor zover aan de zijde van eisers gevallen, te worden verwezen.
In de zaak met AR nummer 2005/1492 worden deze kosten begroot op NAf 300,33 ter zake van explootkosten, NAf 7.500,= ter zake van griffierecht en NAf 9.450,= ter zake van salaris gemachtigde. Bij de vaststelling van het verschuldigde bedrag per punt is uitgegaan van het toegewezen bedrag.
In de zaak met AR nummer 2007/379 zijn de kosten van de procedure begroot op NAf 244,23 ter zake van kosten exploot, NAf 450,= ter zake van griffierecht en NAf 1.700,= ter zake van salaris gemachtigde. Bij de vaststelling hiervan is eveneens uitgegaan van het toegewezen bedrag.

4. De beslissing
Het gerecht:
– weigert het verzochte verstek tegen de naamloze vennootschap Associated Brokerage Company & Consultants NV;
– veroordeelt Ennia aan ieder van de eisers genoemd in de aan dit vonnis gehechte lijst "Claimants" tot betaling van het bedrag dat in de laatste kolom onder het kopje "Amount Due" is vermeld, vermeerderd met de wettelijke rente over het aan ieder van de eisers toegewezen bedrag, telkens vanaf de dag dat de overeenkomst is geëindigd, in de bijlage bij dit vonnis vermeld onder het kopje "terminated date" tot de dag der algehele betaling met uitzondering van de eisers vermeld bij overweging 2.10 ;
– veroordeelt Ennia, op voorwaarde dat bij het einde van de looptijd van de overeenkomst van partijen de uitkering lager is dan de inleg, binnen 30 dagen na het einde van die looptijd, te betalen aan de eisers Mukhi, Trom, Romijn, Vinck, Tukker, Regina, Fluonia, Sambo-Alphenaar en Soeltaansingh de helft van het verschil tussen het ingelegde bedrag en het na afloop van de overeenkomst resterende bedrag (zijnde dit het krachtens de overeenkomst van deze eisers met Ennia af te rekenen saldo), vermeerderd met de wettelijke rente over het aan ieder van deze eisers toegewezen bedrag, telkens vanaf de dag dat de overeenkomst is geëindigd tot de dag der algehele betaling;
– veroordeelt Ennia in de kosten van deze procedure (...; *red.*);
– verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
– wijst af hetgeen meer of anders is gevorderd.

312

JOR 2010/312

Hoge Raad
17 september 2010, 08/03898,
ECLI:NL:PHR:2010:BM7678
(Mr. Beukenhorst, Mr. Numann,
Mr. Van Schendel, Mr. Bakels, Mr. Asser)
(Concl. A-G Timmerman, niet opgenomen; red.)
Noot B.P.M. van Ravels

Kredietinstelling heeft bancaire activiteiten ontplooid zonder over een verklaring van geen bezwaar van de Bank van de Nederlandse Antillen (BNA) te beschikken. Faillissement kredietinstelling. Schade deposanten (verlies inleggelden). Maatstaf voor aansprakelijkheid van BNA als toezichthouder.

[LTBK 1972]

Rasmal Finance NV, opgericht en gevestigd te Sint Maarten, diende op de voet van de Landsverordening Toezicht op het Bank- en Kredietwezen

("LTBK 1972") voor bancaire activiteiten als zogenoemde offshore-bank te beschikken over een verklaring van geen bezwaar van BNA. Een verklaring van geen bezwaar is niet verleend. Op 6 november 1995 is Rasmal failliet verklaard.
De curatoren van Rasmal hebben gevorderd voor recht te verklaren dat BNA jegens de gezamenlijke crediteuren onrechtmatig heeft gehandeld en verplicht is tot vergoeding van de schade. De curatoren hebben aan hun vordering in het bijzonder ten grondslag gelegd dat BNA heeft gehandeld in strijd met de LTBK 1972. Zij hebben daartoe onder meer aangevoerd dat Rasmal bancaire activiteiten heeft ontplooid zonder te beschikken over een verklaring van geen bezwaar van BNA en dat BNA heeft nagelaten adequaat in te grijpen om de tegoeden van de deposanten binnen de Nederlandse Antillen veilig te stellen, doordat BNA Rasmal in de gelegenheid heeft gesteld die tegoeden uit de Nederlandse Antillen over te boeken, waardoor de deposanten hun inleggelden verloren. Toegespitst op de periode na de on-site-inspection van 31 januari 1992 verwijten de curatoren BNA dat deze, toen eenmaal duidelijk werd dat binnen de Nederlandse Antillen geen geschikte overnamekandidaat voor Rasmal kon worden gevonden, heeft nagelaten repressief en correctief op te treden; zij had gebruik moeten maken van de haar ter beschikking staande instrumentaria, in plaats van met de overgang naar Anguilla in te stemmen.
Het gerecht in eerste aanleg heeft de vordering afgewezen. In hoger beroep heeft het hof voor recht verklaard dat BNA ten opzichte van de crediteuren (deposanten) van Rasmal onrechtmatig heeft gehandeld en dat BNA deswege ten opzichte van de curatoren schadeplichtig is. Het oordeel van het hof komt erop neer dat, toen een geschikte overnamekandidaat voor Rasmal niet te vinden bleek, BNA, nu zij wist dat Rasmal over aanzienlijke tegoeden op de Nederlandse Antillen beschikte en aanzienlijke schulden aan de deposanten had, niet had mogen instemmen met de overgang van de tegoeden naar Anguilla, maar op de met Rasmal afgesproken uitbetaling aan de deposanten had moeten toezien. Dit toezicht had hierin moeten bestaan dat zij de ontbindingsmogelijkheid van art. 43 WvKNA had moeten benutten. Door dit laatste niet te doen, is BNA in haar toezicht tekortgeschoten en heeft zij onrechtmatig gehandeld.
Kern van de bezwaren in cassatie tegen het oordeel van het hof betreft de maatstaf voor de aansprakelijkheid van BNA als toezichthouder. Onderdeel 2.1 van middel II klaagt dat het hof een onjuiste, want te weinig terughoudende, maatstaf heeft aangelegd.
Gelet op het ontbreken van de in de LTBK 1972 vervatte bevoegdheden van BNA om in te grijpen indien Rasmal de afspraken met BNA om de ingelegde gelden aan de deposanten uit te betalen niet zou nakomen en in aanmerking genomen de vrijheid die in beginsel aan BNA toekwam van de mogelijkheid gebruik te maken het bedoelde verzoek aan de procureur-generaal te doen, geeft het oordeel van het hof dat BNA de mogelijkheid had moeten benutten de procureur-generaal te verzoeken een ontbindingsprocedure in gang te zetten omdat dit "de juiste weg" was geweest, blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Bij zijn oordeel heeft het hof immers uit het oog verloren dat de genoemde omstandigheden nopen tot een terughoudende toetsing van de handelwijze van BNA. De klacht is derhalve gegrond.

De bank van de Nederlandse Antillen te Curaçao,
eiseres tot cassatie,
advocaten: mrs. J.W.H. van Wijk en S.M. Kingma,
tegen
1. mr. J. Veen,
2. mr. M. Le Poole,
in hun hoedanigheid van curator in het faillissement van de rechtspersoon naar Nederlands-Antilliaans recht Rasmal Finance NV,
verweerders in cassatie,
advocaat: mr. D.M. de Knijff.

(...; *red.*)

3. Uitgangspunten in cassatie

3.1.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten die zijn weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.1 tot en met 2.20.

3.1.2. Samengevat gaat het in dit geding om het volgende.

i. Rasmal Finance N.V. (hierna: Rasmal), opgericht en gevestigd te Sint Maarten, diende op de voet van de Landsverordening Toezicht op het Bank- en Kredietwezen, Pb. 1972, nr. 138 (hierna: LTBK 1972), voor bancaire activiteiten als zogenoemde offshore-bank (als bedoeld in art. 14 LTBK 1972) te beschikken over een verklaring van geen bezwaar van BNA (art. 4 lid 1 LTBK 1972). Een verklaring van geen bezwaar is niet verleend.

ii. BNA heeft op 31 januari 1992 bij Rasmal een zogenoemde on-site-inspection uitgevoerd en bij brief van diezelfde datum Rasmal gesommeerd om al haar activiteiten als kredietinstelling met onmiddellijke ingang te staken.
iii. Op 5 februari 1992 is tussen BNA en Rasmal onder meer het volgende afgesproken:
"Rasmal agreed to wind up all its activities. This is to be achieved in as short a period as possible, e.g. through the sale of the business to another institution, with the authorizations required by the Bank for the exercise of the activities of Rasmal. (...) Pending liquidation, and for the time being for the period of ne month, the Bank is willing to permit Rasmal to continue business, under the following conditions:
a. the balance sheet should be shortened whenever possible, by paying out deposits and revoking unused credit facilities. (...)"
iv. BNA heeft de nakoming van deze afspraak vervolgens opgeschort in het kader van de onderhandelingen die gaande waren met potentiële kandidaten voor overname van het bedrijf van Rasmal. Toen deze onderhandelingen uiteindelijk tot niets leidden, heeft BNA bij brief van 4 september 1992 en tijdens een bespreking op 10 september 1992 aan Rasmal medegedeeld dat zij haar activiteiten op Sint Maarten op uiterlijk 1 oktober 1992 definitief diende te beëindigen en dat haar bedrijf vóór die datum geliquideerd diende te zijn. Tijdens die bespreking heeft Rasmal BNA laten weten dat zij voornemens was om haar activiteiten te verplaatsen naar een zustermaatschappij op Anguilla, genaamd Financial Bank (Anguilla) Ltd. BNA heeft daarmee ingestemd. Op 1 oktober 1992 heeft Rasmal BNA bericht dat zij haar activiteiten op Sint Maarten heeft gestaakt en dat zij haar activiteiten heeft overgebracht naar Financial Bank (Anguilla) Ltd.
v. De daadwerkelijke exploitatie van Financial Bank (Anguilla) Ltd. heeft nog geen maand geduurd, omdat de Anguillaanse autoriteiten de activiteiten van deze bank hebben verboden en het bedrijf hebben doen sluiten. Het vermogen van Financial Bank (Anguilla) Ltd. is toen (grotendeels) verdwenen.
vi. Op 6 november 1995 is Rasmal failliet verklaard.
3.2.1. Wat het wettelijk kader betreft zijn in het bijzonder de navolgende bepalingen van belang.
In art. 2 LTBK 1972 is bepaald dat kredietinstellingen – dat zijn naar luid van art. 1 lid 1 onder c: ondernemingen of instellingen die in belangrijke mate hun bedrijf maken van het aannemen van gelden en/of van het verlenen van kredieten – verplicht zijn binnen dertig dagen na de dag van oprichting zich bij aangetekende brief bij de Bank aan te melden.
Art. 4 LTBK 1972, luidende:
"1. Ondernemingen of instellingen die voornemens zijn werkzaamheden te verrichten als bedoeld in artikel 1, eerste lid, sub c en d, kunnen hiermede niet aanvangen voordat de Bank een verklaring van geen bezwaar heeft verleend.
2. Het is een kredietinstelling verboden de navolgende handelingen te verrichten, anders dan na verkregen toestemming van de Bank:
(...)
6. Ingeval een handeling als omschreven in het eerste of het tweede lid is verricht zonder dat een verklaring van geen bezwaar dan wel toestemming is verleend, is de kredietinstelling of -vereniging in overtreding en gehouden de verrichte handeling ongedaan te maken, binnen een door de Bank te stellen termijn tenzij de Bank alsnog een verklaring van geen bezwaar dan wel toestemming geeft."
Art. 14 LTBK 1972, luidende:
"Op kredietinstellingen die uitsluitend hun bedrijf maken van het verlenen van kredieten aan het buitenland uit eigen en/of vreemde middelen, beide verkregen uit het buitenland, zijn de artikelen 4 tweede en zesde lid, artikelen 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13 en 20 niet van toepassing."
Art. 43 WvKNA, luidende:
"De procureur-generaal is bevoegd van de betrokken rechter in eerste aanleg de ontbinding te vorderen van de naamloze vennootschap, welke werkzaam is in strijd met de goede zeden of de openbare orde. (...)"
3.2.2. De LTBK 1972 voorziet in een beperkt bedrijfseconomisch toezicht. De memorie van toelichting houdt daaromtrent in:
"Behalve het sociaal-economisch of monetair toezicht wordt in de landsverordening een beperkt bedrijfseconomisch toezicht geïntroduceerd, gericht op de bescherming van de krediteuren der kredietinstellingen. Ten behoeve van dit toezicht zal de Bank gebruik kunnen maken van de haar ingevolge de artikelen 7, 8 en 9 verstrekte gegevens. Indien uit deze gegevens een ongewenste ontwikkeling van de liquiditeit en/of solvabiliteit valt af te leiden, vestigt de bank daarop de aandacht van de betreffende kredietinstelling. Dit

laatste kan geschieden in de vorm van een advies. Dergelijke adviezen zijn in zoverre bindend, dat bij niet opvolging – en behoudens de mogelijkheid van beroep – tot publicatie van het advies kan worden overgegaan. Met nadruk vestigt de Regering er de aandacht op, dat het bedrijfseconomisch toezicht geen garantie is dat voor krediteuren ongewenste ontwikkelingen te allen tijde kunnen worden voorkomen."
(Staten van de Nederlandse Antillen, 1970-1971-13, nr. 3, blz. 3)
Met betrekking tot art. 14 LTBK 1972 houdt de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling het volgende in:
"Hoewel de hierbedoelde kredietinstellingen onder de bepalingen van deze landsverordening zouden vallen omdat zij in de Nederlandse Antillen zijn gevestigd, zijn zij voor het toezicht uit hoofde van deze landsverordening van geen betekenis."
(Staten van de Nederlandse Antillen, 1970-1971-13, nr. 3, blz. 3)
"Ten aanzien van de opmerkingen over de registratieplicht van instellingen als bedoeld in artikel 14 van het ontwerp, moge het volgende worden medegedeeld.
De registratie beoogt een volledig inzicht te verkrijgen en te behouden van de in ons land gevestigde kredietinstellingen en -verenigingen. Aangezien het geenszins de bedoeling is dat van de instelling als bedoeld in artikel 14 de verstrekking van belangrijke bedrijfsgegevens wordt verlangd, behoeft – zoals het Voorlopig Verslag het uitdrukt – voor de opwekking van onzekere gevoelens weinig vrees te bestaan. In feite zal de bestaande situatie m.b.t. deze instellingen geen wijziging van enig belang ondergaan.
(...)
Opgemerkt moge worden dat de Regering er naar zal streven de nieuwe bevoegdheden uit hoofde van de in behandeling zijnde landsverordening met de grootste omzichtigheid te hanteren."
(Staten van de Nederlandse Antillen, 1971-1972-27, nr. 5, blz. 1)
3.3.1. De curatoren van Rasmal hebben gevorderd voor recht te verklaren dat BNA jegens de gezamenlijke crediteuren onrechtmatig heeft gehandeld en verplicht is tot vergoeding van de schade, die zal worden opgemaakt bij staat.
3.3.2. De curatoren hebben aan hun vordering in het bijzonder ten grondslag gelegd dat BNA heeft gehandeld in strijd met de LTBK 1972. Zij hebben daartoe onder meer aangevoerd dat Rasmal bancaire activiteiten heeft ontplooid zonder te beschikken over een verklaring van geen bezwaar van BNA en dat BNA heeft nagelaten adequaat in te grijpen om de tegoeden van de deposanten binnen de Nederlandse Antillen veilig te stellen, doordat BNA Rasmal in de gelegenheid heeft gesteld die tegoeden uit de Nederlandse Antillen over te boeken, waardoor de deposanten hun inleggelden verloren. Toegespitst op de periode na de on-site-inspection van 31 januari 1992 verwijten de curatoren BNA dat deze, toen eenmaal duidelijk werd dat binnen de Nederlandse Antillen geen geschikte overnamekandidaat voor Rasmal kon worden gevonden, heeft nagelaten repressief en correctief op te treden; zij had gebruik moeten maken van de haar ter beschikking staande instrumentaria, in plaats van met de overgang naar Anguilla in te stemmen. Volgens de curatoren had BNA de procureur-generaal moeten verzoeken om op de voet van art. 43 WvKNA de ontbinding van Rasmal te vorderen bij het gerecht in eerste aanleg. De ontbinding op grond van art. 43 WvKNA had volgens de curatoren kunnen voorkomen dat de door Rasmal lokaal aangehouden tegoeden de Nederlandse Antillen konden verlaten, met alle gevolgen van dien voor de Antilliaanse deposanten.
3.3.3. BNA heeft onder meer als verweer gevoerd dat zij op grond van de LTBK 1972 slechts beperkte mogelijkheden had om toezicht uit te oefenen en in te grijpen. Zij heeft gesteld dat ingevolge art. 14 LTBK 1972 van het bedrijfseconomisch toezicht zijn uitgezonderd de offshore-banken, als hoedanig Rasmal, voor zover BNA wist, moest worden aangemerkt. BNA heeft voorts betwist dat zij wetenschap had van de op de Nederlandse Antillen aanwezige tegoeden en de aanzienlijke schulden van Rasmal.
3.4. Het gerecht in eerste aanleg heeft de vordering afgewezen.
In hoger beroep heeft het hof in zijn eerste tussenvonnis – nadat het had geconcludeerd dat BNA in de periode tot en met 31 januari 1992 niet onrechtmatig jegens de deposanten heeft gehandeld – het volgende, samengevat, overwogen.
De vraag die hier moet worden beantwoord, is of BNA wist of behoorde te weten dat ernstig financieel nadeel voor de deposanten dreigde als overdracht van activa en verplaatsing van de activiteiten naar een zustervennootschap op Anguilla zou plaatsvinden (rov. 13).

In het kader van deze vraag is van belang dat de curatoren bewijs hebben aangeboden van hun, door BNA betwiste, stelling, dat BNA wist dat Rasmal per 30 juni 1992 over aanzienlijke tegoeden op de Nederlandse Antillen beschikte. Indien dit zou komen vast te staan, moet BNA goede gronden hebben gehad om haar greep op die lokaal aanwezige tegoeden prijs te geven door ermee in te stemmen, althans niet tegen te houden, dat de activiteiten werden verplaatst en de activa werden overgeheveld naar de zustervennootschap van Rasmal in Anguilla. De stelling van BNA, dat zij slechts wist dat Rasmal voornemens was haar activiteiten naar Anguilla over te hevelen en dat zij niet wist dat Rasmal ook de inleggelden naar Anguilla zou overhevelen, is niet zwaarwegend, nu BNA immers op dit laatste bedacht had moeten zijn. (rov. 14).

Het verweer van BNA dat de instrumentaria waarover zij onder de LTBK 1972 beschikte beperkt waren, overtuigt niet. In art. 4 lid 6 LTBK 1972 is namelijk bepaald dat ingeval een onderneming werkzaamheden heeft verricht als kredietinstelling zonder dat zij beschikt over een verklaring van geen bezwaar, zij in overtreding is en gehouden is de verrichte handeling ongedaan te maken binnen een door BNA te stellen termijn. Vast staat dat BNA op de voet van dit artikellid op de vergadering van 5 februari 1992 reeds afspraken met Rasmal had gemaakt om de gewraakte handelingen ongedaan te maken, waaronder de afspraak dat Rasmal de ingelegde gelden voor zoveel mogelijk aan de deposanten zou uitbetalen. BNA heeft deze afspraak vervolgens opgeschort in verband met de onderhandelingen met potentiële kandidaten voor overname van het bedrijf van Rasmal. Toen eenmaal duidelijk werd dat een kapitaalkrachtige overnamekandidaat voor Rasmal op de Nederlandse Antillen niet te vinden was, stond voor BNA dan ook zonder meer de mogelijkheid open om de draad van de op 5 februari 1992 gemaakte afspraken weer op te pakken en op uitbetaling aan de deposanten toe te zien. Voor BNA stond in dat verband de mogelijkheid open om de ontbindingsprocedure van art. 43 WvKNA in gang te zetten, welke – indien de procureur-generaal daarin zou zijn meegegaan – zou hebben geresulteerd in vereffening van de zaken van de ontbonden vennootschap door een curator onder toezicht van de rechter-commissaris, overeenkomstig de bepalingen van het Faillissementsbesluit 1931. Daarmee zou een gerede kans hebben bestaan dat de lokaal aanwezige tegoeden voor de deposanten behouden zouden zijn gebleven. Gelet hierop legt het betoog van BNA, dat zij machteloos zou staan tegenover door Rasmal gepleegde fraude, onvoldoende gewicht in de schaal. (rov. 16-17). Aan het voorgaande doet niet af dat ingevolge art. 14 LTBK 1972 de offshore-banken van het bedrijfseconomisch toezicht van BNA zijn uitgezonderd. Nog daargelaten dat de curatoren stellen, en te bewijzen aanbieden, dat BNA wist dat Rasmal ook als onshore-bank opereerde, ziet art. 14 LTBK 1972 op offshore-banken die in het bezit zijn van een verklaring van geen bezwaar, terwijl Rasmal niet over die verklaring beschikte en BNA haar had medegedeeld dat die verklaring ook nooit aan haar zou worden verleend. Toezicht door BNA op uitbetaling aan de deposanten, zoals hiervoor omschreven, was dan ook mogelijk en geboden. (rov. 18).

Naar BNA wist of behoorde te weten, heeft de overgang naar Anguilla plaatsgevonden nog voordat de autoriteiten van Anguilla hadden beslist op het verzoek van Financial Bank (Anguilla) Ltd. om een "Class II" offshore Banking License. Door BNA is voorts niet gesteld, en evenmin is gebleken, dat zij goede grond had om aan te nemen dat Financial Bank (Anguilla) Ltd. een te goeder naam en faam bekend staande bancaire instelling was. Indien onder deze omstandigheden tevens zou komen vast te staan dat – zoals de curatoren stellen en te bewijzen aanbieden – BNA wist dat Rasmal per 30 juni 1992 over aanzienlijke tegoeden op de Nederlandse Antillen beschikte, alsmede dat BNA ermee bekend was dat Rasmal per die datum aanzienlijke schulden aan de deposanten had, moet worden geconcludeerd dat BNA te lichtvaardig met de overgang naar Anguilla heeft ingestemd en derhalve onrechtmatig jegens de deposanten is tekortgeschoten. Het volgen van de ontbindingsmogelijkheid van art. 43 WvKNA zou dan immers de juiste weg zijn geweest. Het Hof zal de curatoren dan ook in beginsel tot het bewijs van hun stelling toelaten. (rov. 19).

Na bij het tweede tussenvonnis de curatoren te hebben toegelaten tot het leveren van bewijs dat BNA wist dat Rasmal in september 1992 over aanzienlijke tegoeden beschikte en aanzienlijke schulden aan de deposanten had, heeft het hof in het eindvonnis geoordeeld dat moet worden aangenomen dat BNA in september 1992 van dit een en ander op de hoogte was. Het hof heeft voor

recht verklaard dat BNA ten opzichte van de crediteuren (deposanten) van Rasmal onrechtmatig heeft gehandeld en dat BNA deswege ten opzichte van de curatoren schadeplichtig is. Het hof heeft BNA veroordeeld tot vergoeding van de schade, nader op te maken bij staat.

4. Beoordeling van de middelen

4.1. Het oordeel van het hof komt erop neer dat, toen een geschikte overnamekandidaat voor Rasmal niet te vinden bleek, BNA, nu zij wist dat Rasmal over aanzienlijke tegoeden op de Nederlandse Antillen beschikte en aanzienlijke schulden aan de deposanten had, niet had mogen instemmen met de overgang van de tegoeden naar Anguilla, maar op de met Rasmal afgesproken uitbetaling aan de deposanten had moeten toezien. Dit toezicht had hierin moeten bestaan dat zij de ontbindingsmogelijkheid van art. 43 WvKNA had moeten benutten. Door dit laatste niet te doen, is BNA in haar toezicht tekortgeschoten en heeft zij onrechtmatig gehandeld.

Bevoegdheden van BNA

4.2.1. Onderdeel 1.2 van middel I bestrijdt op zichzelf terecht het oordeel van het hof in rov. 18 van het eerste tussenvonnis dat art. 14 LTBK 1972 niet ziet op offshore-banken die niet in het bezit zijn van een verklaring van geen bezwaar. Tekst, systeem noch geschiedenis van de totstandkoming van de LTBK 1972 biedt grond voor dit oordeel. De in art. 4 lid 6 LTBK 1972 voorziene bevoegdheid van BNA een termijn te stellen waarbinnen de kredietinstelling gehouden is tot ongedaanmaking van de in art. 4 lid 1 genoemde handelingen die zijn verricht zonder dat een verklaring van geen bezwaar is verleend, is ingevolge art. 14 LTBK 1972 dus niet van toepassing op Rasmal.

Dat neemt evenwel niet weg dat de daaraan door het onderdeel verbonden gevolgtrekking, dat wegens niet-toepasselijkheid van de toezichtsbepalingen van de LTBK 1972 op Rasmal "BNA ook niet aansprakelijk [kon] worden gehouden voor, kort gezegd, falend toezicht", in haar algemeenheid onjuist is, zodat het onderdeel bij gebrek aan belang niet tot cassatie kan leiden. BNA heeft, zoals hiervoor in 3.1.2 onder (iii) is vermeld, afspraken met Rasmal gemaakt die erop neerkwamen dat Rasmal voorzoveel mogelijk de ingelegde gelden aan de deposanten zou uitbetalen. Ook indien BNA deze afspraken, die in zoverre gelijkenis vertonen met toepassing van art. 4 lid 6 op het geval van overtreding van art. 4 lid 1 LTBK 1972, niet heeft kunnen baseren op art. 4 lid 6, heeft het hof de omstandigheid dat BNA het zich tot haar taak heeft gerekend afspraken met deze inhoud te maken kunnen en mogen betrekken bij zijn beoordeling of BNA aansprakelijk is voor "falend toezicht". Daarop stuit tevens onderdeel 1.3 af.

4.2.2. De klacht van onderdeel 1.1 van middel I berust op een onjuiste lezing van rov. 18 van het eerste tussenvonnis. De zinsnede "nog daargelaten dat de curatoren stellen (...) dat Rasmal ook als onshore-bank opereerde" is niet mede dragend voor de verwerping van het verweer van BNA dat Rasmal als offshore-bank was uitgezonderd van het bedrijfseconomisch toezicht.

4.2.3. Middel I kan dus niet tot cassatie leiden.

4.3.1. Onderdeel 3.1 van middel III klaagt dat het hof in rov. 17 van het eerste tussenvonnis heeft miskend dat BNA niet de mogelijkheid had de ontbindingsprocedure van art. 43 WvKNA in gang te zetten. Deze klacht faalt. BNA had, zoals zij in feitelijke aanleg ook zelf heeft gesteld, de procureur-generaal kunnen verzoeken gebruik te maken van zijn bevoegdheid op de voet van art. 43 WvKNA de ontbinding van Rasmal te vorderen.

4.3.2. Voor zover het hof ervan is uitgegaan dat art. 43 WvKNA behoort tot het toezichtsinstrumentarium van BNA klaagt onderdeel 3.2 van middel III daarover terecht. Een verzoek aan de procureur-generaal de ontbinding van een kredietinstelling te vorderen, behoort niet tot de specifieke bevoegdheden die de LTBK 1972 aan BNA toekent. Dat betekent dat BNA niet krachtens de LTBK 1972 gehouden kan zijn van deze mogelijkheid gebruik te maken, maar dat zij in beginsel de vrijheid heeft dit al of niet te doen.

Maatstaf voor aansprakelijkheid

4.4.1. Kern van de bezwaren in cassatie tegen het oordeel van het hof betreft de maatstaf voor de aansprakelijkheid van BNA als toezichthouder. Onderdeel 2.1 van middel II klaagt dat het hof (in het bijzonder in rov. 13-19 van het eerste tussenvonnis) een onjuiste, want te weinig terughoudende, maatstaf heeft aangelegd.

4.4.2. Bij de beoordeling van deze klacht moet het volgende worden vooropgesteld.

Mede blijkens de hiervoor onder 3.2.2 weergegeven wetsgeschiedenis, verschaft de LTBK 1972 BNA in het kader van het bedrijfseconomische

toezicht op kredietinstellingen als de onderhavige slechts zeer beperkte bevoegdheden, die bovendien volgens de wetgever met grote terughoudendheid dienen te worden uitgeoefend. Dit toezicht biedt geen garantie dat voor crediteuren ongewenste ontwikkelingen te allen tijde kunnen worden voorkomen.
Naar hiervoor in 4.2.1 is overwogen, is de in art. 4 lid 6 LTBK 1972 voorziene bevoegdheid van BNA een termijn te stellen waarbinnen de kredietinstelling gehouden is tot ongedaanmaking van de in art. 4 lid 1 genoemde handelingen die zijn verricht zonder dat een verklaring van geen bezwaar is verleend, ingevolge art. 14 LTBK 1972 niet van toepassing op Rasmal. Zelfs indien dit anders zou zijn, ontbeert BNA krachtens de LTBK 1972 bevoegdheden deze ongedaanmaking te doen effectueren.
BNA had voorts de vrijheid al of niet gebruik te maken van de mogelijkheid de procureur-generaal te verzoeken de ontbinding van Rasmal te vorderen, zoals hiervoor in 4.3.2 is overwogen.
4.4.3. Tegen deze achtergrond dient, ter beantwoording van de vraag of BNA jegens de crediteuren onrechtmatig heeft gehandeld door in te stemmen met de overgang van de tegoeden van Rasmal naar Anguilla, te worden onderzocht – niet of, achteraf oordelend, een andere beslissing beter ware geweest, maar – of in de gegeven omstandigheden, gelet op de mogelijkheden en bevoegdheden die BNA had, BNA met het oog op het effectueren van de afgesproken uitbetaling van de tegoeden aan de deposanten in redelijkheid heeft kunnen beslissen de procureur-generaal niet te verzoeken op de voet van art. 43 WvKNA een ontbindingsprocedure aanhangig te maken.
4.4.4. Gelet op het ontbreken van in de LTBK 1972 vervatte bevoegdheden van BNA om in te grijpen indien Rasmal de afspraken met BNA om de ingelegde gelden aan de deposanten uit te betalen niet zou nakomen en in aanmerking genomen de vrijheid die in beginsel aan BNA toekwam van de mogelijkeid gebruik te maken het bedoelde verzoek aan de procureur-generaal te doen, geeft het oordeel van het hof dat BNA de mogelijkheid had moeten benutten de procureur-generaal te verzoeken een ontbindingsprocedure in gang te zetten omdat dit "de juiste weg" was geweest, blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Bij zijn oordeel heeft het hof immers uit het oog verloren dat de genoemde omstandigheden nopen tot een terughoudende toetsing van de handelwijze van BNA.
De klacht van onderdeel 2.1 van middel II is derhalve gegrond.
4.4.5. De overige onderdelen van middel II behoeven geen behandeling.
4.4.6. De onderdelen 7.1 en 7.3 van middel IV, die de door het hof gehanteerde maatstaf en het ontbreken van bevoegdheden van BNA om in te grijpen betreffen, bouwen voort op onderdeel 2.1 van middel II en onderdeel 3.2 van middel III en delen het lot daarvan. De overige onderdelen van middel IV behoeven geen behandeling.

Schade en causaal verband
4.5.1. Het hof heeft in rov. 17 van het eerste tussenvonnis kennelijk geoordeeld dat, indien de procureur-generaal aan een verzoek van BNA gevolg zou hebben gegeven en een vordering tot ontbinding van Rasmal op de voet van art. 43 WvKNA zou hebben ingesteld, de verwachting gerechtvaardigd is dat de rechter Rasmal zou hebben ontbonden en dat daardoor de gerede kans zou hebben bestaan dat de tegoeden voor de deposanten behouden zouden zijn gebleven.
4.5.2. Onderdeel 3.3 van middel III klaagt terecht dat dit oordeel onvoldoende is gemotiveerd. Het hof heeft immers niet duidelijk gemaakt dat en waarom de werkzaamheden van Rasmal van dien aard waren dat – ook voor BNA – met redelijke mate van waarschijnlijkheid te verwachten viel dat Rasmal wegens strijd met de goede zeden of de openbare orde als bedoeld in art. 43 WvKNA zou worden ontbonden.
4.5.3. De onderdelen 9.1-9.3 van middel V, die zich voor gezamenlijke behandeling lenen, klagen met diverse argumenten dat het hof (in het bijzonder in rov. 19 van het eerste tussenvonnis) heeft miskend dat voor aansprakelijkheid van BNA voor de schade van de deposanten is vereist dat met voldoende mate van waarschijnlijkheid vaststaat dat de schade niet zou zijn ingetreden als BNA de procureur-generaal (in september 1992) had verzocht de ontbindingsprocedure te volgen. Deze klachten slagen. Het hof, dat, zoals hiervoor in 4.5.2 is overwogen, niet heeft gemotiveerd waarom een verzoek aan de procureur-generaal een reële kans van slagen had, heeft evenmin inzicht erin gegeven waarom aannemelijk is dat de schade niet zou zijn ingetreden en de tegoeden in de tussentijd (voor 1 oktober 1992) niet zouden zijn verdwenen als BNA van de mogelijkheid ge-

bruik had gemaakt de procureur-generaal te verzoeken de ontbindingsprocedure te volgen.
4.5.4. De overige onderdelen van middel III en middel V behoeven geen behandeling.

5. Beslissing
De Hoge Raad:
vernietigt de vonnissen van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba van 25 juni 2002, 15 juni 2004, 8 maart 2005 en 10 juni 2008;
verwijst het geding naar dat hof ter verdere behandeling en beslissing;
veroordeelt de curatoren in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

NOOT

1. Dit arrest betreft de aansprakelijkheid van de overheid wegens falend toezicht op kredietinstellingen. Het is vooral van belang voor de maatstaf die gehanteerd dient te worden bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de toezichthoudende overheid. Daarnaast is het arrest van belang voor de eisen die aan de motivering van het oordeel omtrent causaal verband worden gesteld.
2. De curatoren van Antilliaanse vennootschap Rasmal Finance NV verwijten in deze zaak de Bank van de Nederlandse Antillen (BNA) dat deze jegens de gezamenlijke crediteuren van Rasmal onrechtmatig heeft gehandeld in de uitoefening van haar wettelijke taak als toezichthouder op Nederlands-Antilliaanse kredietinstellingen. Zij vorderen voor recht te verklaren dat BNA jegens de gezamenlijke crediteuren onrechtmatig heeft gehandeld en verplicht is tot vergoeding van de schade, die zal worden opgemaakt bij staat. De curatoren hebben aan hun vordering – kort gezegd – ten grondslag gelegd dat BNA heeft nagelaten repressief en correctief op te treden. Zij had gebruik moeten maken van de haar ter beschikking staande instrumentaria, hetgeen zij niet, althans onvoldoende gedaan zou hebben. Dientengevolge hebben, volgens de curatoren, de deposanten hun inleggelden verloren. BNA heeft onder meer als verweer gevoerd dat zij op grond van de Landsverordening Toezicht op het Bank- en Kredietwezen (hierna: LTBK 1972) slechts beperkte mogelijkheden had om toezicht uit te oefenen en in te grijpen. Zij heeft gesteld dat ingevolge art. 14 LTBK 1972 van het bedrijfseconomisch toezicht zijn uitgezonderd de offshore-banken, als hoedanig Rasmal, voor zover BNA wist, moest worden aangemerkt. BNA heeft voorts betwist dat zij wetenschap had van de op de Nederlandse Antillen aanwezige tegoeden en de aanzienlijke schulden van Rasmal.
3. De kern van de in cassatie beoordeelde kwestie betreft de maatstaf voor de aansprakelijkheid van BNA als toezichthouder. Het middel klaagt dat het Hof een onjuiste, want te weinig terughoudende, maatstaf heeft aangelegd. Het debat omtrent de maatstaf voor de aansprakelijkheid van een toezichthouder in deze zaak komt in belangrijke mate overeen met het debat dat is gevoerd in de kwestie Vie d'Or en met de uitkomst daarvan. Zie: HR 13 oktober 2006, «JOR» 2006/295, m.nt. Busch; NJ 2008, 527, m.nt. C.C. van Dam onder NJ 2008, 529; «JB» 2007/20, m. nt. G.E. van Maanen; B.P.M. van Ravels, Ondernemingsrecht, p. 626-632, AB-klassiek, Deventer, 2009, 6e dr., nr. 40, m.nt. A.A. van Rossum, p. 581-591; JBselect, 2009, 2e dr., nr. 33, m.nt. G.E. van Maanen, alsmede Hof Den Haag 27 mei 2004, «JOR» 2004/206, m.nt. Van Ravels en Van Andel. Zie voor een korte beschrijving van de desbetreffende discussie in de literatuur:
D. Busch, Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2010, p. 26-28.
4. Het gerecht in eerste aanleg wees in het onderhavige geval de vordering af. Het Hof wees de vordering toe en oordeelde, voor zover hier van belang, dat BNA de mogelijkheid had moeten benutten de procureur-generaal te verzoeken een ontbindingsprocedure in gang te zetten omdat dit "de juiste weg" was geweest. In de overwegingen van het hof wordt aansluiting gezocht bij de THB-arresten (HR 23 december 1994, NJ 1996, 627-629). Daarin heeft de Hoge Raad met betrekking tot de aansprakelijkheid van de notaris overwogen dat de functie van de notaris in het rechtsverkeer hem verplicht onder bijzondere omstandigheden ook tot een zekere zorg voor de belangen van derden (in dit geval de schuldeisers van THB) welke mogelijkerwijs zijn betrokken bij de door zijn cliënten (THB) van hem verlangde ambtsverrichtingen. Volgens het hof is de parallel gelegen in de omstandigheid dat het toezicht door de BNA tevens dient ter bescherming van de belangen van de crediteuren van kredietinstellingen. Mijns inziens gaat die parallel ove-

rigens niet op, omdat er belangrijke verschillen zijn tussen de positie van een notaris en de toezichthoudende overheid, onder meer op het punt van beoordelings- en beleidsvrijheid en gebondenheid aan het legaliteitsbeginsel. Deze verschillen leiden onder andere tot een onderling verschillende maatstaf voor aansprakelijkheid. Het hof toetst – mede omdat aansluiting wordt gezocht bij de THB-arresten – indringender dan voortvloeit uit Vie d'Or, terwijl in het onderhavige geval juist een terughoudender toetsing dan in Vie d'Or aangewezen lijkt te zijn.
De Hoge Raad oordeelt – evenals in het Vie d'Or-arrest – dat het Hof een onjuiste, want te weinig terughoudende, maatstaf heeft gehanteerd, en dat de te dezen relevante omstandigheden nopen tot een terughoudende toetsing door de rechter van de handelwijze van de toezichthouder. Ook dit arrest past in de "klassieke" benadering waarin consequenties worden verbonden aan de in ons staatsbestel nagestreefde verdeling van bevoegdheden over de verschillende staatsmachten (de wetgever, de rechter en het bestuur; vgl. B.P.M. van Ravels, *De rechter tegenover de vrijheden van de toezichthouder*, in: N.S.J. Koeman e.a. (red.), Overheid en markt, (Samkalden-bundel), Deventer, 2004, p. 143-158).
5. Anders dan in het Vie d'Or-arrest speelt in deze zaak in cassatie het relativiteitsvereiste geen rol. Een beroep daarop kon BNA niet baten, omdat uit de geschiedenis van de totstandkoming van de LTBK blijkt dat het toezicht weliswaar primair in het leven is geroepen om de monetaire stabiliteit te bevorderen, maar dat daarnaast "een beperkt bedrijfseconomisch toezicht (werd) geïntroduceerd, gericht op de bescherming van de krediteuren der kredietinstellingen" (conclusie A-G Timmerman onder 4.10).
6. Voordat de Hoge Raad nader ingaat op de te hanteren maatstaf, beoordeelt hij eerst de aard en inhoud van de bestuurlijke bevoegdheid die in het geding is. Hij verwerpt de opvatting dat een toezichthouder in het algemeen niet aansprakelijk kan worden gehouden wegens falend toezicht bij gebreke van specifieke toezichtsbepalingen. De omstandigheid dat de toezichthouder het tot zijn of haar taak heeft gerekend om bepaalde toezichthoudende activiteiten te ontplooien kan en mag, volgens de Hoge Raad, betrokken worden bij de beoordeling of aansprakelijkheid voor "falend toezicht" kan worden aangenomen (r.o. 4.2.1.). De vraag wat al dan niet tot het toezichtsinstrumentarium van de toezichthouder behoort is voor de beoordeling van deze kwestie echter niet zonder belang. Vastgesteld wordt dat BNA de procureur-generaal had kunnen verzoeken gebruik te maken van zijn bevoegdheid op de voet van art. 43 WvKNA de ontbinding van Rasmal te vorderen. Daar wordt echter aan toegevoegd dat deze mogelijkheid niet behoort tot de specifieke bevoegdheden die de LTBK 1972 aan BNA toekent. Dat betekent, volgens de Hoge Raad, dat BNA niet krachtens de LTBK 1972 gehouden kan zijn van deze mogelijkheid gebruik te maken, maar dat zij in beginsel de vrijheid heeft dit al of niet te doen (r.o. 4.3.1. en 4.3.2.).
7. Volgens de Hoge Raad zijn bij de beoordeling betreffende de te hanteren maatstaf, de volgende omstandigheden, gezichtspunten van belang:
i. De aard van het toezicht: in dit geval bedrijfseconomisch toezicht op kredietinstellingen, dat primair in het leven is geroepen om monetaire stabiliteit te bevorderen.
ii. De aard en omvang van de toegekende bevoegdheden: voor gevallen als het onderhavige zijn slechts zeer beperkte bevoegdheden aan de toezichthouder toegekend; specifieke toezichtsbevoegdheden ontbreken. Meer in het bijzonder ontbreekt een bevoegdheid om in te grijpen indien Rasmal de afspraken met BNA om de ingelegde gelden aan de deposanten uit te betalen niet zou nakomen.
iii. De bedoeling van de wetgever omtrent de gewenste intensiteit van uitoefening van toezicht: de wetgever stelt zich op het standpunt dat de door het LTBK 1972 geattribueerde bevoegdheden "met de grootste omzichtigheid" dienen te worden uitgeoefend.
iv. De omstandigheid dat het in de wet bedoelde toezicht geen garantie biedt dat voor crediteuren ongewenste ontwikkelingen te allen tijde kunnen worden voorkomen.
v. De aan de toezichthouder toekomende beleids- en beoordelingsvrijheid: in dit geval had BNA de vrijheid al of niet gebruik te maken van de mogelijkheid de procureur-generaal te verzoeken de ontbinding van Rasmal te vorderen.
8. Tegen deze achtergrond dient volgens de Hoge Raad te worden onderzocht "– niet of, achteraf oordelend, een andere beslissing beter ware geweest, maar – of in de gegeven omstandigheden, gelet op de mogelijkheden en bevoegdheden die BNA had, BNA met het oog op het effectueren van de afgesproken uitbetaling van de tegoeden

aan de deposanten in redelijkheid heeft kunnen beslissen de procureur-generaal niet te verzoeken op de voet van art. 43 WvKNA een ontbindingsprocedure aanhangig te maken." Het Hof heeft volgens de Hoge Raad uit het oog verloren dat de genoemde omstandigheden nopen tot een terughoudende toetsing van de handelwijze van BNA.

9. Onder de aanhef "Schade en causaal verband" treedt de Hoge Raad vervolgens in de beoordeling van de klacht gericht tegen het oordeel van het hof dat, indien de procureur-generaal aan een verzoek van BNA gevolg zou hebben gegeven en een vordering tot ontbinding van Rasmal op de voet van art. 43 WvKNA zou hebben ingesteld, de verwachting gerechtvaardigd is dat de rechter Rasmal zou hebben ontbonden en dat daardoor de gerede kans zou hebben bestaan dat de tegoeden voor de deposanten behouden zouden zijn gebleven. Dit oordeel is volgens de Hoge Raad onvoldoende gemotiveerd. Zijns inziens moet immers beoordeeld worden of de werkzaamheden van het betrokken bedrijf van dien aard waren dat – ook voor de toezichthouder – "met redelijke mate van waarschijnlijkheid te verwachten viel" dat de vennootschap wegens strijd met de goede zeden of de openbare orde als bedoeld in art. 43 WvKNA door de rechter zou worden ontbonden. Zie ik het goed, dan gaat het hier niet zozeer om de beoordeling van het causaal verband, doch veeleer om de beantwoording van de vraag of BNA in de gegeven omstandigheden in redelijkheid heeft kunnen beslissen de procureur-generaal niet te verzoeken op de voet van art. 43 WvKNA een ontbindingsprocedure aanhangig te maken. Bij de beantwoording daarvan moet immers onder ogen worden gezien dat de BNA verschillende afwegingen heeft moeten maken. Zo had BNA het onder meer aannemelijk moeten achten dat de gelden zouden verdwijnen als Rasmal niet voor 1 oktober 1992 op grond van art. 43 WvK zou zijn ontbonden en had zij het voorts voldoende aannemelijk moeten achten dat de P-G vervolgens onverwijld een vordering tot ontbinding zou instellen, dat de rechter vóór 1 oktober 1992 een uitspraak zou doen, en dat de rechter Rasmal zou ontbinden wegens werkzaamheden in strijd met de goede zeden of de openbare orde, als gevolg waarvan de gelden niet zouden kunnen worden overgeheveld. Zie voor andere in de afweging te betrekken kwesties de conclusie van A-G Timmerman onder 4.11. De omstandigheid dat het antwoord op deze vragen destijds (hoogst) onzeker was, draagt mijns inziens primair bij aan de beantwoording van de onrechtmatigheidsvraag en niet zozeer aan de beantwoording van de causaliteitskwestie.

10. Het oordeel van de Hoge Raad dat het Hof geen inzicht heeft gegeven waarom aannemelijk is dat de schade niet zou zijn ingetreden als BNA van de mogelijkheid gebruik had gemaakt de procureur-generaal te verzoeken de ontbindingsprocedure te volgen, ziet wél op de causaliteitskwestie. Voor het aannemen van causaal verband zou immers voldoende aannemelijk moeten zijn dat, in de hypothetische situatie waarin de BNA de P-G zou hebben verzocht om een vordering tot ontbinding in te stellen (i) de P-G positief zou hebben beslist op dit verzoek en tijdig een art. 43-vordering zou hebben ingesteld, (ii) het gerecht in eerste aanleg tijdig hierover zou beslissen, (iii) dat het gerecht Rasmal daadwerkelijk zou ontbinden, en (iv) dat als gevolg van deze ontbinding de gelden niet zouden zijn verdwenen (zie conclusie A-G Timmerman onder 4.42.). Ook op dit punt is het oordeel van het hof onvoldoende gemotiveerd.

11. Dit arrest past binnen de conclusies van verschillende rapportages van wetenschappelijk onderzoek inhoudende, dat de aansprakelijkheid in Nederland voor onvoldoende uitgevoerd toezicht jegens de daardoor benadeelde burgers of bedrijven niet erg streng is (o.a. C.C van Dam, Aansprakelijkheid van toezichthouders. Een analyse van aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders wegens inadequaat handhavingstoezicht voor toekomstig beleid, WODC-rapport 2006). Aansprakelijkheid wegens falend toezicht wordt zelden of nooit aangenomen. De desbetreffende claims stuiten veelal af op het relativiteitsvereiste, het causaliteitsvereiste, of op het concept van de door de rechter te respecteren beslissingsruimte van het bestuur. Dit is ook de conclusie van het vorige kabinet. De visie van dit kabinet komt er, samengevat, op neer dat wijziging van de status quo thans (nog) niet nodig is "omdat de Nederlandse rechter in de praktijk zeer terughoudend is met het aannemen van aansprakelijkheid van financiële toezichthouders" (TK 2009-2010, 31 123, nr. 4). Er zijn echter ook tegengeluiden te horen. In het rapport van de commissie onderzoek DSB Bank van 23 juni 2010 wordt vermeld dat de Commissie de indruk heeft gekregen dat de Nederlandsche Bank (DNB) het

risico van juridische aansprakelijkheid als een belemmering voor effectief toezicht ervaart. De Commissie stelt daarbij de vraag of DNB – uitgaande van het huidige stelsel van aansprakelijkheid – zich niet te veel heeft laten belemmeren door de risico's van aansprakelijkstelling (beschikbaar op www.commissiedsbbank.nl) Deze commissie, onder voorzitterschap van M. Scheltema, lijkt overigens wat minder zwaar te tillen aan de mogelijk belemmerende werking van overheidsaansprakelijkheid ter zake van falend toezicht, dan DNB zelf. Een krachtig tegengeluid geeft A-G Spier in diens conclusie voor het arrest van de Hoge Raad van 9 juli 2010, «JOR» 2010/295, m.nt. Van Ravels inzake de Enschedese vuurwerkramp. Hij wijst "op enkele rapporten van diverse hooggeleerden over de aansprakelijkheid van toezichthouders. Daaruit blijkt dat Nederland het enige land is zonder beperking van de aansprakelijkheid van financiële toezichthouders. De voor de hand liggende conclusie dat zo'n beperking alleen al daarom wenselijk en nodig is (het ligt toch weinig voor de hand dat alle andere landen het helemaal mis hebben) trekken deze geleerden niet. Kennelijk waren ze zo druk bezig met het raadplegen van folianten dat de tijd ontbrak om zich serieus te verdiepen in hetgeen de afgelopen tijd in de financiële wereld is gebeurd." Op Curaçao en Sint Maarten is men er evenmin gerust op dat men zonder een immuniteitsregeling kan. In art. 14, eerste lid, van de Onderlinge Regeling, zoals bedoeld in art. 38, eerste lid van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden regelende een Gemeenschappelijke Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten (Centrale Bank-statuut voor Curaçao en Sint Maarten), is inmiddels het volgende bepaald: "De Bank, diens Raad van Commissarissen, Raad van Bestuur en personeel zijn niet aansprakelijk voor schade teweeggebracht in de normale uitoefening van hun bij of krachtens deze Regeling en overige formele regelgeving uit te oefenen taken en bevoegdheden, tenzij de schade te wijten is aan opzet of bewuste roekeloosheid." Het tweede lid luidt: "De beperking van de aansprakelijkheid, bedoeld in het eerste lid, is ook van toepassing op derden die namens of in opdracht van de Bank, of van de in het eerste lid genoemde organen en personen taken en bevoegdheden uitoefenen". (http://www.centralbank.an/uploads/files/Nieuwe%20bankstatuut%202010.pdf).

B.P.M. van Ravels
advocaat bij AKD (Breda) en als hoogleraar verbonden aan het OO&R, Radboud Universiteit Nijmegen

50

JOR 2011/50

Gemeenschappelijk Hof van Justitie
23 november 2010, AR 1499/05 em 379/07-H-33/10
(mr. Sijmonsma, mr. De Kort, mr. Lock)

Beleggingsverzekering. Verlies van inleg. Schending (precontractuele) zorgplicht. Schadeplicht. Eigen schuld 50%. Hoger beroep van Gerecht in eerste aanleg van de Nederlandse Antillen 10 augustus 2009, «JOR» 2009/265.

[BW art. 6:162]

Het Gerecht in eerste aanleg van de Nederlandse Antillen (GEA) heeft bij vonnis van 10 augustus 2009 («JOR» 2009/265) geoordeeld dat Ennia Caribe Leven NV ("Ennia") wat betreft het risico van verlies van de inleg in haar zorgplicht jegens de eisers is tekortgeschoten. Op de grond dat eisers volgens het GEA zelf te weinig onderzoek hebben gedaan naar het product, heeft het GEA geoordeeld dat ook de eisers tekort waren geschoten en dat sprake was van eigen schuld. Ten aanzien van de andere 56 eisers heeft dit het GEA tot een schuldverdeling bij helfte gebracht, leidende tot een veroordeling van Ennia om de helft van het verschil tussen het ingelegde bedrag en het na afloop van de overeenkomst resterende saldo te vergoeden. Ten aanzien van appellanten heeft het GEA echter geoordeeld dat, gelet op de omstandigheid dat zij een academische opleiding hebben genoten en/of deskundig moeten worden geacht, causaal verband tussen het tekortschieten van Ennia en het aangaan van de overeenkomsten ontbreekt. Hun vorderingen zijn afgewezen.
Tegen deze afwijzende beslissing van het GEA richt zich het hoger beroep van appellanten. Zij

vorderen in hoger beroep dat ten aanzien van hen in dezelfde zin wordt beslist als door het GEA is gedaan ten aanzien van niet-academici.
Niet weersproken is dat appellanten geen ervaring hadden met beleggen. Het Hof merkt daarbij op dat de omstandigheid dat iemand een academische opleiding heeft genoten, hem nog niet deskundig of ervaren maakt op het gebied van beleggingsproducten, of dat jegens hem een minder vergaande zorgplicht zou gelden dan jegens een niet-academicus.
Aan Ennia wordt niet slechts verweten dat zij niet uitdrukkelijk heeft gewaarschuwd voor het risico dat appellanten hun inleg (deels) zouden verliezen, maar ook dat zij het tegendeel heeft gesuggereerd. Het Hof is van oordeel dat het gebruik van de term "sparen" in de folder van Ennia, gelet op de aard van het product, niet accuraat, misplaatst en onzorgvuldig is. Ennia heeft daarmee, zeker gelet op het ontbreken van waarschuwingen voor het risico van verlies van de inleg, haar (precontractuele) zorgplicht jegens appellanten geschonden, hetgeen haar schadeplichtig maakt. De schade die het gevolg is van het onzorgvuldig handelen van Ennia jegens appellanten kan in beginsel worden gesteld op het verschil tussen het bedrag dat appellanten in Money-Plan hebben ingelegd en het saldo dat na afloop van de overeenkomst resteert.
Het Hof zal partijen volgen in hun stelling dat ook appellanten hebben bijgedragen in het ontstaan van de schade en dat hun schade om die reden deels voor hun rekening moet blijven.

1. J. Hardeveld te Curaçao,
en nog 5 anderen,
voorheen eisers, thans appellanten,
gemachtigde: mr. R.A.P.H. Pols,
tegen
Ennia Caribe Leven NV te Curaçao,
voorheen gedaagde, thans geïntimeerde,
gemachtigde: mr. K. Frielink.

(...; *red.*)

3. Beoordeling
3.1. In deze zaak gaat het, samengevat, om het volgende. Appellanten hebben afzonderlijk van elkaar overeenkomsten gesloten met Ennia, waarbij zij geld inlegden in het kader van een door Ennia in 1999 op de markt gebracht financieel product, genaamd MoneyPlan. Ennia heeft appellanten over dit product geïnformeerd door middel van, onder meer, een folder (productie 43 inleidend verzoekschrift). Appellanten hebben ieder een aanvraagformulier getekend (productie 2 conclusie van antwoord), waarna Ennia appellanten een MoneyPlan Levensverzekering-polis heeft verstrekt. De overeenkomsten hebben elk een in de polis genoemde einddatum, waarop tot uitkering wordt overgegaan. Ennia heeft appellanten bericht dat op hun inleg geen rendement is behaald en dat bovendien een deel van hun inleg verloren is gegaan. In eerste aanleg hebben appellanten, tezamen met 56 andere deelnemers aan het MoneyPlan, Ennia aangesproken teneinde, kort gezegd, ook het verloren gegane deel van hun inleg terug te krijgen, vermeerderd met rendement. Zij hebben Ennia met name verweten dat Ennia hen onjuist en onvolledig heeft ingelicht over de aard van het product MoneyPlan en over de daaraan verbonden risico's. Het GEA heeft de in dat kader door de eisers aangevoerde stellingen dat sprake was van dwaling en misleidende reclame verworpen, evenals de stelling dat Ennia onvoldoende heeft gewaarschuwd voor de mogelijkheid dat het rendement op de inleg nihil zou zijn. Het GEA heeft daarentegen wel geoordeeld dat Ennia wat betreft het risico van verlies van de inleg in haar zorgplicht jegens de eisers is tekortgeschoten. Op de grond dat de eisers volgens het GEA zelf te weinig onderzoek hadden gedaan naar het product, heeft het GEA geoordeeld dat ook de eisers tekort waren geschoten en dat sprake was van eigen schuld. Ten aanzien van de andere 56 eisers heeft dit het GEA tot een schuldverdeling bij helfte gebracht, leidende tot een veroordeling van Ennia om de helft van het verschil tussen het ingelegde bedrag en het na afloop van de overeenkomst resterende saldo te vergoeden. Ten aanzien van appellanten heeft het GEA echter geoordeeld dat, gelet op de omstandigheid dat zij een academische opleiding hebben genoten en/of deskundig moeten worden geacht, causaal verband tussen het tekortschieten van Ennia en het aangaan van de overeenkomsten ontbreekt. Hun vorderingen zijn afgewezen.
3.2. Tegen deze afwijzende beslissing van het GEA richt zich het hoger beroep van appellanten. Zij vorderen in hoger beroep dat ten aanzien van hen in dezelfde zin wordt beslist als door het GEA is gedaan ten aanzien van de niet-academici. De drie door appellanten aangevoerde grieven bestrijden het oordeel van het GEA dat, omdat ap-

pellanten academisch geschoold zijn, verwacht mag worden dat zij zich niet alleen laten leiden door de informatie die Ennia als aanbieder verstrekt, maar dat zij ook zelf een grondige analyse maken van het aangeboden product, alsmede tegen het oordeel dat aannemelijk is dat appellanten de overeenkomsten niet lichtvaardig zijn aangegaan en de overeenkomsten ook zouden hebben gesloten als Ennia niet zou zijn tekortgeschoten in haar waarschuwingsplicht.

3.3. Het Hof stelt voorop dat op Ennia als professionele dienstverlener op het terrein van verzekeringen en beleggingen in aandelenfondsen jegens appellanten sub 1 tot en met 5 als particuliere beleggers met wie zij een MoneyPlan-overeenkomst zal aangaan een bijzondere zorgplicht rust, die ertoe strekt particuliere wederpartijen te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Deze bijzondere zorgplicht volgt uit hetgeen waartoe de eisen van redelijkheid en billijkheid een instelling als Ennia, in aanmerking genomen haar maatschappelijke functie en haar deskundigheid, verplichten in gevallen waarin een persoon haar kenbaar heeft gemaakt een overeenkomst als MoneyPlan te willen aangaan en deze instelling daartoe ook een aanbod heeft gedaan. De reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de betrokken wederpartij, de ingewikkeldheid van het beleggingsproduct en de daaraan verbonden risico's. Tegen deze achtergrond worden de grieven beoordeeld.

3.4. Niet, althans onvoldoende gemotiveerd, is weersproken dat appellanten geen ervaring hadden met beleggen. Dat geldt ook voor appellante sub 6, de pensioenstichting van de familie Viana. Het Hof merkt daarbij op dat de omstandigheid dat iemand een academische opleiding heeft genoten, hem nog niet deskundig of ervaren maakt op het gebied van beleggingsproducten, of dat jegens hem een minder vergaande zorgplicht zou gelden dan jegens een niet-academicus.

3.5. Het product MoneyPlan was naar het oordeel van het Hof in de kern een eenvoudig product. Het betreft een belegging in aandelen. Voor het besef dat bij belegging in aandelen het risico bestaat dat de inleg deels of geheel verloren gaat, ook indien de belegging indirect geschiedt via aandelenfondsen, is geen bijzondere deskundigheid vereist. Aan aandelen is eigen dat de waarde als gevolg van koerswijzigingen kan variëren. Appellanten hebben niets aangevoerd waaruit zou kunnen worden afgeleid dat zij daarmee niet bekend waren.

3.6. Aan Ennia wordt echter niet slechts verweten dat zij niet uitdrukkelijk heeft gewaarschuwd voor het risico dat appellanten hun inleg (deels) zouden verliezen, maar ook dat zij het tegendeel heeft gesuggereerd. Met het GEA is het Hof van oordeel dat Ennia met de door haar uitgegeven folder, ook bezien in samenhang met het gebruikte overboekingsformulier en de MoneyPlan Levensverzekering-polis, bij appellanten de indruk heeft kunnen wekken dat MoneyPlan een product was waarbij meer zekerheid werd geboden dan bij een "gewone" deelneming in aandelenfondsen, en wel in die zin dat de inleg niet in gevaar zou komen. In de folder waarin Ennia haar product heeft uiteengezet en aangeprezen, wordt veelvuldig gesproken van "sparen". Dat begint op de voorpagina, die opent met "Voordelen van MoneyPlan – U spaart met het hoge rendement van beleggen", en wordt vervolgd met de door het GEA in zijn vonnis van 7 april 2008 (pag. 4) geciteerde passages. Dit gebruik van de term "sparen" is, gelet op de aard van het product, niet accuraat, misplaatst en onzorgvuldig. Ennia heeft daarmee, zeker gelet op het ontbreken van waarschuwingen voor het risico van verlies van de inleg, haar (precontractuele) zorgplicht jegens appellanten geschonden, hetgeen haar schadeplichtig maakt.

3.7. Het verweer van Ennia dat causaal verband tussen haar tekortkoming en het aangaan door appellanten van de overeenkomsten ontbreekt, moet worden verworpen. Hetgeen het GEA in zijn vonnis van 10 augustus 2009 in r.o. 2.6 tot en met 2.9 heeft overwogen acht het Hof ook van toepassing op appellanten en neemt het Hof in die zin over. De in hoger beroep door appellanten aangevoerde stelling dat zij niet aan het MoneyPlan zouden hebben deelgenomen indien bij hen niet de indruk was ontstaan dat het een spaarproduct betrof, heeft Ennia onvoldoende gemotiveerd betwist.

3.8. De schade die het gevolg is van het onzorgvuldig handelen van Ennia jegens appellanten kan gelet op het voorgaande en gelet op de omvang van het debat in hoger beroep in beginsel worden gesteld op het verschil tussen het bedrag dat appellanten in Money-Plan hebben ingelegd en het saldo dat na afloop van de overeenkomst resteert.

3.9. Ennia heeft wat betreft haar vergoedingsplicht gesteld dat sprake is van eigen schuld aan de zijde van appellanten in de zin van artikel 6:101 BW. Appellanten delen die opvatting van Ennia in zoverre, dat zij een verdeling van de schade bij helfte (50%) voorstaan.
3.10. Het Hof zal partijen volgen in hun stelling dat ook appellanten hebben bijgedragen in het ontstaan van de schade en dat hun schade om die reden deels voor hun rekening moet blijven. Bij zorgvuldige kennisneming van de inhoud van de folder, de polis en het aanvraagformulier met de toelichting daarop, hadden appellanten zich moeten realiseren dat van (gedeeltelijk) sparen in de gangbare betekenis in werkelijkheid geen sprake was en dat bij deelname aan MoneyPlan ook de inleg op het spel stond. Op zijn minst had zorgvuldige kennisneming bij appellanten vragen op dit punt moeten oproepen, waarmee zij zich tot Ennia hadden kunnen wenden, hetgeen appellanten niet hebben gedaan. Het Hof is van oordeel dat dit tekortschieten van appellanten in hun onderzoeksplicht, afgezet tegen de tekortkoming van Ennia in haar informatieplicht, niet kan leiden tot een vermindering van de vergoedingsplicht van Ennia die verder gaat dan de door appellanten voorgestane verdeling bij helfte.
3.11. Gezien het voorgaande zal het Hof het bestreden vonnis ten aanzien van appellanten vernietigen en zal het de vordering van appellanten. zoals in hoger beroep gewijzigd, toewijzen, en wel in na te melden zin. Gelet op de regeling die Ennia reeds met de andere oorspronkelijke eisers heeft getroffen, gaat het Hof ervan uit dat deze vordering voldoende concreet en duidelijk is. Ennia zal als de in het hoger beroep in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep.

Beslissing
Het Hof:
vernietigt het vonnis van het GEA van 10 augustus 2009 voor zover de vordering van appellanten jegens Ennia daarbij is afgewezen en, opnieuw rechtdoende,
veroordeelt Ennia tot vergoeding aan appellanten van de schade en rente op overeenkomstige wijze als in eerste aanleg is vastgesteld voor de overige eisers in eerste aanleg;
veroordeelt Ennia in de kosten van dit hoger beroep aan de zijde van appellanten gerezen (...; *red.*).

12

JOR 2014/12

Gemeenschappelijk Hof van Justitie
22 oktober 2013, AR 46034-H 218/12
(mr. Van der Poel, mr. Drop, mr. Lewin)

Antilliaanse zaak. Vordering vennootschap om door haar bij bank (FCIB) aangehouden tegoeden uit te keren. Centrale Bank is bevoegd te bewerkstelligen dat FCIB uitkering weigert. Deze bevoegdheid dient het doel het risico te beperken dat bankrekeningen van FCIB worden gebruikt voor frauduleuze praktijken. Vennootschap heeft geweigerd verplichte informatie te verstrekken. Bevestiging vonnis waarbij vordering is afgewezen.

[BW art. 6:162; LTBK art. 30]

In dit geding heeft Call Back Trading een verklaring voor recht gevorderd dat de Centrale Bank onrechtmatig handelt door te weigeren de door Call Back Trading bij FCIB aangehouden tegoeden uit te keren, en een bevel aan de Centrale Bank om die tegoeden over te maken op straffe van verbeurte van een dwangsom. Het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao heeft de vorderingen afgewezen.
Het Hof zal eerst oordelen of FCIB zelf bevoegd is uitkering te weigeren. FCIB kan zich jegens Call Back Trading op de algemene voorwaarden beroepen. De omstandigheid dat de noodregeling ten aanzien van FCIB is uitgesproken, heeft daarin geen verandering gebracht. De strekking van de bepalingen van de algemene voorwaarden is onder meer dat FCIB voor zichzelf contractuele bevoegdheden heeft bedongen die haar in staat stellen te voldoen aan verplichtingen die ingevolge regelgeving, afkomstig van diverse jurisdicties, op haar rusten en die erop gericht zijn het risico te beperken dat bankrekeningen van FCIB worden gebruikt voor frauduleuze praktijken, waaronder witwaspraktijken. In het bijzonder is FCIB bevoegd om uitkering van een tegoed te weigeren indien zij redelijkerwijs gelooft dat zij door die uitkering te doen enig voorschrift of

"banking practice" zou kunnen schenden. In het onderhavige geval is FCIB bevoegd uitkering te weigeren. Ingevolge art. 30 lid 1 Landsverordening toezicht bank- en kredietwezen 1994 ("LTBK") oefent de Centrale Bank bij uitsluiting alle bevoegdheden van de bestuurders van FCIB uit. Aldus is de Centrale Bank bevoegd te bewerkstelligen dat FCIB uitkering weigert. De handelwijze van de Centrale Bank is niet in strijd met art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. De hiervoor omschreven bevoegdheid van de Centrale Bank dient het doel het risico te beperken dat bankrekeningen van FCIB worden gebruikt voor frauduleuze praktijken, zodat sprake is van een "legitimate aim". De bevoegdheid van FCIB berust op contractuele bepalingen en daarmee op de in het BW verankerde contractsvrijheid, en die van de Centrale Bank op art. 30 lid 1 LTBK, zodat sprake is van "lawfulness". Ook is voldaan aan het vereiste van "proportionality", mede gelet op de omstandigheid dat het aan Call Back Trading zelf te wijten is dat zij reeds sinds 2006 niet meer over haar tegoeden kan beschikken, hetzij omdat zij de bedoelde informatie niet kan verstrekken vanwege het bestaan van frauduleuze praktijken, hetzij omdat, als er geen sprake is van frauduleuze praktijken, zij niettemin ervoor gekozen heeft de bedoelde informatie niet te verstrekken. Reeds op deze grond moeten de vorderingen worden afgewezen.

Daar komt nog het volgende bij. Bij de beschikking waarbij ten aanzien van FCIB de noodregeling is uitgesproken, is de Centrale Bank mede gemachtigd tot vereffening van het vermogen van FCIB. In zoverre is de Centrale Bank te vergelijken met een curator in een faillissement. Uit dien hoofde heeft zij rekening te houden met belangen van maatschappelijke aard. Het belang dat wordt tegengegaan dat bankrekeningen worden gebruikt voor frauduleuze praktijken, is een belang van maatschappelijke aard. De verregaande bevoegdheden van de Centrale Bank bij de toepassing van een noodregeling en haar verplichting om een bijzonder gewicht toe te kennen aan voornoemd belang van maatschappelijke aard, vormen een extra grond om niet onrechtmatig te achten dat de Centrale Bank bewerkstelligt dat FCIB uitkering aan Call Back Trading weigert.

Het Hof bevestigt het vonnis waarvan beroep.

De vennootschap naar vreemd recht Call Back Trading LLC te Dubai (Verenigde Arabische Emiraten),
appellante,
gemachtigde: mr. D.D. Zahavi,
tegen
de openbare rechtspersoon De Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten te Curaçao,
geïntimeerde,
gemachtigden: mr. M.W.J.H. Welten en mr. D.M. Douwes.

1. Het verloop van de procedure

1.1. Bij akte van appel van 23 maart 2012 is Call Back Trading in hoger beroep gekomen van het tussen partijen gewezen en op 12 maart 2012 uitgesproken vonnis van het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao (verder: GEA).

1.2. Bij op 26 april 2012 ingekomen memorie van grieven heeft Call Back Trading tien grieven tegen het vonnis aangevoerd en toegelicht. Haar conclusie strekt ertoe dat het Hof het vonnis zal vernietigen en, verkort weergegeven, haar vorderingen alsnog zal toewijzen, met veroordeling van de Centrale Bank in de proceskosten in beide instanties.

1.3. Bij op 22 juni 2012 ingekomen memorie van antwoord heeft de Centrale Bank de grieven bestreden. Haar conclusie strekt ertoe dat het Hof het vonnis zal bevestigen, met veroordeling van Call Back Trading, uitvoerbaar bij voorraad, in de proceskosten in beide instanties.

1.4. Op 27 november 2012 hebben partijen de zaak mondeling bepleit ten overstaan van het Hof. De voorzitter van het Hof ten overstaan van wie toen is gepleit, heeft berust in een na die pleitzitting tegen hem ingediend wrakingsverzoek. De twee andere leden van het Hof ten overstaan van wie toen is gepleit, hebben een verschoningsverzoek ingediend dat is toegewezen.

1.5. Op 9 september 2013 hebben partijen de zaak opnieuw mondeling bepleit ten overstaan van het Hof. Zijdens Call Back Trading heeft mr. Zahavi de zaak bepleit, met raadpleging van de eveneens aanwezige prof. mr. A.H. Klip. Zijdens de Centrale Bank heeft mr. Welten de zaak bepleit en heeft ook de advocaat mr. D. Mishre het woord gevoerd. Zijdens de Centrale Bank was ook mr. Douwes aanwezig. Het Hof heeft daarbij beslist dat de producties die mr. Zahavi bij brief van 19 november 2012 heeft toegezonden en de producties die aan zijn pleitnota van 9 september 2013

zijn gehecht, deel uitmaken van de processtukken. Voorts maken de productie die mr. Douwes bij brief van 22 november 2012 heeft toegezonden en de productie die aan de pleitnota van de Centrale Bank van 9 september 2013 is gehecht, deel uit van de processtukken. Voorts heeft het Hof beslist dat het geen kennis neemt van de pleitnota's die op 27 november 2012 zijn overgelegd.

2. De beoordeling

2.1. Tussen partijen staat het volgende vast.

2.1.1. Medio augustus 2006 zijn aan First Curaçao International Bank N.V. (hierna: FCIB) een aantal Britse rechtshulpverzoeken betekend in het kader van een Brits strafrechtelijk onderzoek naar grootschalige btw-carrouselfraude in het Verenigd Koninkrijk, met name in het marktsegment "telecom and computer trading".

2.1.2. Bij brief van 29 september 2006 aan een advocaat van FCIB heeft een officier van justitie, verbonden aan het Functioneel Parket, Handhavingseenheid Amsterdam, Nederland, onder meer het volgende bericht:

"(...) De verdenking bestaat er onder meer uit dat uw cliënte zich zou hebben schuldig gemaakt aan het witwassen van door criminele activiteiten verkregen gelden. (...)

1. Uit onderzoek is gebleken dat FCIB wettelijke bepalingen en compliance voorschriften zoals CDD, EDD, KY C etc. die tot doel hebben om witwasactiviteiten bij banken te voorkomen, niet of niet afdoende in het verleden heeft nageleefd.

2. Daarnaast is gebleken dat onder de klanten van FCIB zich rekeninghouders bevinden uit bekende risicogroepen zoals de telecomsector (...)

5. Om te voorkomen dat FCIB en/of de bij FCIB betrokken verantwoordelijke personen, zich opnieuw schuldig maakt of maken aan het plegen van strafbare feiten, geef ik u in overweging om in overleg met de Bank van de Nederlandse Antillen eerst tot uitbetaling van openstaande saldi aan de rekeninghouders in bekende risicogroepen, dan wel rekeninghouders waarvan uit andere hoofde kan worden vermoed dat deze een risico vormen, over te gaan nadat (zonodig opnieuw) volledige uitvoering is gegeven aan de voorschriften behorende bij de onder 1 gemelde regels en regelingen."

De officier van justitie heeft een afschrift van deze brief verzonden aan onder meer de Centrale Bank van de Nederlandse Antillen, rechtsvoorgangster van de Centrale Bank, hierna eveneens aan te duiden als de Centrale Bank.

2.1.3. Bij beschikking van 9 oktober 2006 heeft de Centrale Bank de vergunning van FCIB om het bedrijf van kredietinstelling uit te oefenen, ingetrokken.

2.1.4. Bij beschikking van 9 oktober 2006 heeft het GEA ten aanzien van FCIB de nooduitregeling uitgesproken, de Centrale Bank gemachtigd zoals bedoeld in art. 28 lid 2 van de Landsverordening toezicht bank- en kredietwezen 1994 (PB 1994 no. 4, hierna: LTBK) en aan de Centrale Bank de bijzondere machtiging verleend, bedoeld in art. 33 lid 1 LTBK.

2.1.5. Begin 2007 is op de website van FCIB een bericht gepubliceerd, inhoudende dat FCIB op een aantal categorieën van cliënten, waaronder cliënten uit de "telecom and computer trading industry" de volgende "settlement procedure" zal toepassen (hierna: de uitkeringsprocedure):

"1. Inform clients via this website of FCIB regarding the procedure for closing accounts and making payments of account balances and the contents of the Auditor's Report to be provided.

2. Classify the individual clients into the certain categories (...)

3. A help desk (...) will be made available for the benefit of clients and auditors.

4. Transactions of the clients will be analyzed to identify possible unusual transactions.

5. Receive the completed Auditor's Report along with any other that may be specifically required information to satisfy FCIB's KYC/EDD requirements.

6. Send reminders to clients who have not fulfilled the documentation requirements including the Auditor's Report.

7. Request at random investigation files from auditors for review.

8. Perform on-site verifications at random.

9. Analyze the Auditor's Reports. Attention will be paid especially to deviations from the standard Auditor's Report and any possible supplementary remarks. The Auditor may be contacted in order to obtain an explanation before a definite qualification is given.

10. The Auditor's Report will be matched with the outcome of the internal KYC/EDD investigation.

11. The results of the above exercise would be documented separately.

12. Legal review of client files will be performed by attorney(s) at law as deemed necessary.

13. The results will be communicated to the Central Bank of Netherlands Antilles (BNA) for approval.
14. After BNA's approval is received, it is intended that 75% of the account balance(s) will be paid within 15 working days.
15. Communicate information on the settlement of the remaining balances at a later date."
2.1.6. FCIB gebruikte bij de overeenkomsten die zij sloot met haar rekeninghouders algemene voorwaarden getiteld "First Curaçao International Bank N.V. eBanking Account Terms and Conditions" (hierna: de algemene voorwaarden). Deze bepalen onder meer:
"'Applicable Laws' means all laws, rules, regulations, and directives, whether inside or outside the Netherlands Antilles relevant or applicable to the Bank or the conduct of its business, including any such laws, rules, regulations, and directives of any jurisdiction in which any Client is located, or where any correspondent bank or service provider to the Bank is located.
A3. Representations, warranties and undertakings.
3.1. The Client hereby represents, warrants and undertakes that:
(...)
f. the Client acknowledges that the Bank is subject to certain 'know-your-customer' obligations and obligations in regard to the detection, disclosure and prevention of money laundering (money laundering being defined to include in any manner dealing with proceeds of or assets used in any unlawful activity, wherever committed, and any dealing with funds or assets with of any person or entity involved or suspected of involvement in any fraudulent or unlawful activity, wherever committed). Accordingly, the Client undertakes and agrees in connection therewith:
i. to fully cooperate with the Bank and to provide all information requested by the Bank from time to time in regard to the Client, the Account(s) and all transactions executed through the Account(s) in order to enable and assist the Bank in discharging its obligations under the Applicable Laws and banking practices in any jurisdiction where the Bank conducts business, where any Client is located, and where any correspondent bank or other service provider to the Bank is located including, but not limited to, copies of such information and documents concerning its business and financial position as the Bank may request;
ii. that the Bank may delay, block or refuse to make a payment of transfer if the Bank reasonably believes that making such payment or transfer may breach any Applicable Law or banking practice, and the Bank will incur no liability to Client if the Bank does so;
iii. the Bank may close or suspend any Account, or freeze funds in any Account, if the Bank reasonably believes that such Account has been used in the commission of any fraud or unlawful activity, and the Bank will incur no liability to Client if the Bank does so;
(...)
C7. Default
7.1.A. Default shall be deemed to occur in the event that:
a. the Client (or where the Client consists of more than one Persons, any such Persons):
i. has failed to comply with or observe any of his or its obligations hereunder or under any Account or Facility; (...)
C8. Termination and other rights
8.1. Without prejudice to any other right of the Bank under these Terms and Conditions or any other agreement with the Client or otherwise at law, the Bank may at any time after the occurrence of a Default, do any one or more of the following without notice:
a. immediately suspend or terminate any or all Accounts, Facilities or transactions entered or effected with or for the account of the Client or the Bank's relationship with the Client and/or any or all Facilities;
(...)"
2.1.7. Call Back Trading is houdster van een bankrekening bij FCIB. Het saldo op die rekening bedraagt GBP 2.900.500,-.
Call Back Trading was actief in het marktsegment "telecom and computer trading".
In een reeks brieven met bijlagen, te beginnen met een brief van 12 februari 2008, heeft Call Back Trading stukken aan FCIB verstrekt. Bij brief van 17 maart 2010 heeft Call Back Trading een rapport getiteld "Additional information on auditor's report with regard to specific activities performed" en een rapport getiteld "Annex 2 – Auditor's report with regard to specific activities performed" ingediend. Pagina 4 van laatstbedoeld rapport vermeldt:
"The bank statements have been analysed and all transactions over GBP 50,000,000 selected for verifications. A small random sample was also

selected. Other items reviewed for unusual items or activity."
Bij e-mailbericht van 3 juni 2010 heeft FCIB aan de advocaat van Call Back Trading onder meer bericht:
"– About the auditor statement. The auditor did not review all transactions only transactions over GBP 50.000.000 and a small sample of the other transactions were audited.
– Furthermore the auditor did not consult any independent sources only the director and unknown trading partners of client.
– Furthermore the auditor mentions a PO box as place of business. The place of business should he a real office and/or storage space. (...)
– ask you client to provide a new auditor report, preferably by a new auditor, based on work performed on an acceptable sound basis (f.i. also consulting independent sources), the auditing of all transactions and taking into account all of above including what is said about the address of client;
– ask the (new) auditor to send in together with his report a copy of his investigation file.
– The commercial license of the company is expired since May, 1st 2010. Please ask client to submit a valid commercial license. (notarized)"
Bij brieven van 11 maart 2011 en 31 augustus 2011 aan de advocaat van de Centrale Bank heeft de advocaat van de Britse fiscus (HM Revenu & Customs, hierna: HMRC) verdenkingen jegens Call Back Trading geuit in verband met "MTIC-fraud" (een afkorting van: "Missing Trader Intra-Community fraud"). Bij e-mailbericht van 12 oktober 2012 heeft FCIB aan Call Back Trading bericht:
"After the forensics review of the file, they still have some questions about the auditor's report. It is unclear if and to what extent the auditor researched the source and backgraound of the transactions with Sunny International Trading, and they need clarification about the actual place of business of Call Back Trading. It is for these and other reasons that FCIB requests you to ask the auditor to provide a copy of the investigation file (as per step 7 of the published settlement procedure and page 12 of the auditor's report)."
2.2. In dit geding heeft Call Back Trading gevorderd, verkort weergegeven: een verklaring voor recht dat de Centrale Bank onrechtmatig handelt door te weigeren de door Call Back Trading bij FCIB aangehouden tegoeden, althans 75% hiervan, uit te keren, en een bevel aan de Centrale Bank om die tegoeden, althans 75% hiervan, over te maken, op straffe van verbeurte van een dwangsom, al dan niet onder door de rechter te stellen voorwaarden.
Het GEA heeft de vorderingen afgewezen. Hiertegen is het hoger beroep gericht. De grieven lenen zich voor gezamenlijk behandeling.
2.3. Het Hof zal eerst beoordelen of FCIB zelf bevoegd is uitkering te weigeren.
2.4. FCIB kan zich jegens Call Back Trading op de algemene voorwaarden beroepen.
De omstandigheid dat de noodregeling ten aanzien van FCIB is uitgesproken, heeft daarin geen verandering gebracht. De strekking van de bepalingen van de algemene voorwaarden, zoals hiervoor in rov. 2.1.6 weergegeven, is onder meer dat FCIB voor zichzelf contractuele bevoegdheden heeft bedongen die haar in staat stellen te voldoen aan verplichtingen die ingevolge regelgeving, afkomstig van diverse jurisdicties, op haar rusten en die erop gericht zijn het risico te beperken dat bankrekeningen van FCIB worden gebruikt voor frauduleuze praktijken, waaronder witwaspraktijken. In het bijzonder is FCIB ingevolge art. A3. l (f)(ii) van de algemene voorwaarden bevoegd om uitkering van een tegoed te weigeren indien zij, vrij vertaald, redelijkerwijs gelooft dat zij door die uitkering te doen, enig voorschrift of "banking practice" zou kunnen schenden.
2.5. Een redelijke uitleg van voornoemde algemene voorwaarden brengt mee dat deze, nog los van de noodregeling, aan FCIB de contractuele bevoegdheid verschaffen om naar aanleiding van de ontvangst van de hiervoor in rov. 2.1.1 en 2.1.2 bedoelde berichten, een uitkeringsregeling als de hiervoor in rov. 2.1.5 bedoelde in het leven te roepen en te gaan handhaven. Voorts brengen de algemene voorwaarden de bevoegdheid voor FCIB mee om niet tot uitkering van tegoeden van haar bankrekeninghouders over te gaan, indien die bankrekeninghouders vallen onder de uitkeringsregeling en niet de stappen van de uitkeringsregeling hebben doorlopen.
2.6. In het geval van Call Back Trading is de uitkeringsregeling blijven steken bij stap 5. Meer in het bijzonder heeft de Centrale Bank gesteld dat de ontvangen auditor's report niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen, nu daarin slechts transacties boven de GBP 50 miljoen zijn onderzocht en een kleine steekproef van andere transacties, en voorts de "investigation file" van de auditor niet is

overgelegd. Hiertegenover is de enkele stelling van Call Back Trading dat zij alle informatie heeft verschaft een onvoldoende specifieke betwisting. Uit de algemene voorwaarden vloeit de bevoegdheid van FCIB voort om die gegevens van Call Back Trading te verlangen en om, zo lang zij die gegevens niet verstrekt heeft gekregen, uitkering te weigeren op de grond dat haar "reasonable belief" als bedoeld in art. A3.1(f)(ii) van de algemene voorwaarden niet is weggenomen.
2.7. Op grond van het voorgaande is FCIB bevoegd uitkering te weigeren. Ingevolge art. 30 lid 1 LTBK oefent de Centrale Bank bij uitsluiting alle bevoegdheden van de bestuurders van FCIB uit. Aldus is de Centrale Bank uit hoofde van art. 30 lid 1 LTBK bevoegd te bewerkstelligen dat FCIB uitkering weigert. Hierbij is niet van belang of de FCIB en/of de Centrale Bank redelijkerwijs moet(en) vrezen voor strafvervolging, indien zij wel tot uitkering zouden overgaan.
2.8. De handelwijze van de Centrale Bank is niet in strijd met art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. De hiervoor omschreven bevoegdheid van de Centrale Bank dient het doel het risico te beperken dat bankrekeningen van FCIB worden gebruikt voor frauduleuze praktijken, zodat sprake is van een "legitimate aim". De bevoegdheid van FCIB berust op contractuele bepalingen en daarmee op de in het Burgerlijk Wetboek verankerde contractsvrijheid, en die van de Centrale Bank op art. 30 lid 1 LTBK, zodat sprake is van "lawfullness". Ook is voldaan aan het vereiste van "proportionality", mede gelet op de omstandigheid dat het aan Call Back Trading zelf te wijten is dat zij reeds sinds 2006 niet over haar tegoeden kan beschikken, hetzij omdat zij de bedoelde informatie niet kan verstrekken vanwege het bestaan van frauduleuze praktijken, hetzij omdat, als er geen sprake is van frauduleuze praktijken, zij niettemin ervoor gekozen heeft de bedoelde informatie niet te verstrekken.
2.9. Reeds op grond van het voorgaande moeten de vorderingen worden afgewezen.
2.10. Daar komt het volgende bij. Bij de beschikking waarbij ten aanzien van FCIB de noodregeling is uitgesproken, is de Centrale Bank mede gemachtigd tot vereffening van het vermogen van FCIB (ingevolge art. 28 lid 2 LTBK). In zoverre is de Centrale Bank te vergelijken met een curator in een faillissement. Uit dien hoofde heeft zij rekening te houden met belangen van maatschappelijke aard (vergelijk: HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1634, NJ 1996/472 en HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, NJ 1996/727). Het belang dat wordt tegengegaan dat bankrekeningen worden gebruikt voor frauduleuze praktijken, is een belang van maatschappelijke aard.
In de LTBK heeft de wetgever een centrale rol aan de Centrale Bank toebedeeld bij de toepassing van een noodregeling, kennelijk (mede) vanwege de omstandigheid dat de Centrale Bank de overheidsinstelling is die met de toezicht op het banken kredietwezen is belast. Gelet daarop moet worden aangenomen dat de Centrale Bank bij het uitoefenen van haar taken en bevoegdheden in het kader van een uitgesproken noodregeling, een bijzonder gewicht moet toekennen aan het belang van maatschappelijke aard dat wordt tegengegaan dat bankrekeningen worden gebruikt voor frauduleuze praktijken. Bij de beschikking waarbij ten aanzien van FCIB de noodregeling is uitgesproken, heeft de Centrale Bank voorts een bijzondere machtiging verleend gekregen tot wijzing van overeenkomsten tot het ter beschikking verkrijgen van gelden (ingevolge art. 33 lid 1 LTBK). Deze verregaande bevoegdheden van de Centrale Bank en haar verplichting om een bijzonder gewicht toe te kennen aan voornoemd belang van maatschappelijke aard, vormen een extra grond om niet onrechtmatig te achten dat de Centrale Bank bewerkstelligt dat FCIB uitkering aan Call Back Trading weigert.
2.11. De grieven behoeven (voor het overige) geen bespreking. Het bestreden vonnis dient te worden bevestigd. Call Back Trading zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten in hoger beroep.

Beslissing
Het Hof:
bevestigt het vonnis waarvan beroep;
veroordeelt Call Back Trading in de kosten van dit hoger beroep (...; *red.*);
verklaart dit vonnis, wat de proceskostenveroordeling betreft, uitvoerbaar bij voorraad.

204

JOR 2014/204

Gerecht in Eerste Aanleg van Sint Maarten
29 oktober 2013, AR 81/2013,
ECLI:NL:OGEAM:2013:1
(mr. Tijhuis)

Opzegging bankrelatie. Reputatierisico levert een voldoende zwaarwegende grond op voor opzegging van relatie met vennootschappen door bank. Bank is voor vennootschappen niet de enige toegang tot het bancaire systeem op Sint Maarten en er is geen sprake van een kredietrelatie (alleen betaalrekeningen). Opzegging bankrelatie gerechtvaardigd. Verband met Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 6 juni 2014, «JOR» 2014/205.

[BW art. 6:248]

Kern van het geschil is de vraag of de bank jegens Atlantis World Management NV ("Atlantis") c.s. door het opzeggen van de overeenkomsten, en daarmee de bankrelatie, in strijd met de redelijkheid en billijkheid heeft gehandeld.
De bank heeft aan de opzegging van de bankrelatie ten grondslag gelegd dat sprake is van een "gewijzigd risicoprofiel". De bank heeft dit nader toegelicht, aldus dat de voortzetting van de bankrelatie vanwege de betrokkenheid van de indirect aandeelhouder en "beneficial owner" van Atlantis c.s. een onaanvaardbaar reputatierisico oplevert voor de bank. Reputatierisico levert op zichzelf een voldoende zwaarwegende grond op voor opzegging.
De vraag die dan voorligt is of in dit geval sprake is van het gestelde reputatierisico.
Vast staat dat er negatieve publiciteit rond de persoon van Corallo is geweest en dat die negatieve publiciteit ook nog recentelijk was (namelijk na opzegging van de relatie) en daarom nog steeds mogelijk is. Gelet op (de aard van) deze negatieve berichtgeving en het feit dat de vermoedelijke strafrechtelijke gedragingen mede op de relatie met en diensten van een andere bank zien, is naar het oordeel van het Gerecht de vrees voor reputatieschade terecht. Nu de bank vanwege haar maatschappelijke verantwoordelijkheid haar financiële integriteit dient te bewaken, bestaat een zwaarwegende grond voor de opzegging van de bankrelatie.
Niet kan worden gezegd dat de bank voor Atlantis c.s. de enige toegang is tot het bancaire systeem. Nu voorts slechts van betaalrekeningen sprake is en er geen kredietrelatie tussen de bank en Atlantis c.s. bestaat, dient, ondanks de lange duur van de bankrelatie en de omstandigheid dat zich binnen de bankrelatie nooit problemen hebben voorgedaan, het zwaarwegende belang van de bank bij opzegging van de bankrelatie te prevaleren. De opzegging was dan ook gerechtvaardigd.

1. Atlantis World Management NV,
2. de vennootschap naar vreemd recht Dawn Properties Ltd.,
3. de vennootschap naar vreemd recht International Financial Planning Services Ltd.,
alle te Sint Maarten,
eiseressen,
gemachtigden: mr. J. Veen en mr. W.J. Nelissen,
tegen
RBC Royal Bank NV te Sint Maarten,
gedaagde,
gemachtigden: mr. R.F. Gibson en mr. M. Snijder.

(...; *red.*)

2. De feiten
2.1. Atlantis is een managementbedrijf dat vier casino's van de Atlantis groep op Sint Maarten beheert. Haar werkzaamheden bestaan onder meer uit het beheer van de omzet, het afdragen van belasting en het betalen van personeel en crediteuren van de Atlantis groep. Atlantis bankiert sinds 14 jaar bij RBC en heeft drie bankrekeningen bij RBC met nummers 622-886491, 622-42028272 en 622-42028264.
2.2. DP is eigenaresse van het winkelcentrum Paradise Mall te Sint Maarten. Haar werkzaamheden bestaan uit het incasseren van de huurpenningen van de huurders en het betalen van de bedrijfskosten ten behoeve van de exploitatie van de onroerende zaak. DP bankiert sinds 7 jaar bij RBC en heeft één bankrekening bij RBC met nummer 620-80024033.
2.3. IFPS beheert het bedrijvencomplex bij het Atlantis Casino te Cupecoy, Sint Maarten. Zij incasseert de huurpenningen en betaalt de bedrijfs-

kosten ten behoeve van de exploitatie van de onroerende zaak. IFPS bankiert sinds 16 jaar bij RBC en heeft zeven bankrekeningen bij RBC met de nummers 620-645451, 620-645478, 622-42057272, 622-886912, 620-647691, 620-584673 en 620-645486.
2.4. In de tussen RBC en Atlantis c.s. toepasselijke Algemene Voorwaarden is onder meer als volgt bepaald:
"(...) de Bank [kan] op elk moment een door een cliënt gehouden rekening sluiten na voorafgaand bericht aan de cliënt van een maand (...)."
en
"Zowel de cliënt als de Bank zijn te allen tijde bevoegd de relatie op te zeggen; de positie wordt alsdan zo spoedig mogelijk afgewikkeld. Termijnen zullen daarbij in acht worden genomen, indien en voor zover de aard van een transactie zulks meebrengt (...)."
2.5. Francesco Corallo (hierna: Corallo) is indirect aandeelhouder van Atlantis c.s. en staat bij RBC geregistreerd als "beneficial owner" van Atlantis c.s.
2.6. In 2012 en begin 2013 is Corallo negatief in het nieuws geweest vanwege eventuele banden met de Italiaanse maffia en betrokkenheid bij strafrechtelijke gedragingen.
2.7. RBC heeft bij brief van 15 februari 2013 de bankrelatie met Atlantis c.s. opgezegd. In de – nagenoeg gelijkluidende brieven – staat onder meer vermeld:
"We write to advise you that our policy guidelines require us to risk assess our client portfolio on a regular basis. Regretfully at times, we are left with no other choice but to end longstanding relationships as a result of changed risk profiles which no longer fit our risk appetite.
After careful consideration, we advise that we are not in a position to maintain our banking relationship with you and accordingly, the (...) Account held by RBC Royal Bank will be closed (...). We recognize that you will need to seek alternative banking arrangements to meet your banking needs and request that you do so no later than the date of *march 16th 2013* ('Termination Date')."
2.8. Atlantis c.s. hebben tegen de opzegging doen protesteren.
2.9. Bij vonnis in kort geding van 5 april 2013, heeft dit Gerecht geoordeeld dat naar zijn voorlopig oordeel niet onaannemelijk is dat de bodemrechter tot het oordeel komt dat een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging van de overeenkomsten bestaat, maar dat de wijze waarop RBC van haar opzeggingsbevoegdheid gebruik heeft gemaakt de toets aan de redelijkheid en billijkheid niet kan doorstaan. Het Gerecht heeft (onder meer) bevolen dat de bankrelatie met Atlantis c.s. moet worden voortgezet tot maximaal één jaar na betekening van het vonnis.

3. De standpunten van partijen
3.1. Atlantis c.s. vorderen – zakelijk weergegeven – dat het Gerecht bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, RBC zal bevelen de bankrelatie met Atlantis c.s. te continueren en het gebruik van alle bankrekeningen van Atlantis c.s. op de gebruikelijke wijze voort te zetten, een en ander onder verbeurte van een dwangsom en RBC zal veroordelen in de kosten van het geding.
3.2. Atlantis c.s. hebben aan hun vordering ten grondslag gelegd dat de kennelijk door RBC aan de opzegging ten grondslag gelegde vrees voor reputatieschade ongegrond is en dat RBC heeft gehandeld in strijd met de redelijkheid en billijkheid door na te laten om bij de opzegging de vereiste zorgvuldigheid toe te passen. Niet alleen is geen (goede) reden gegeven voor de opzegging, ook is Atlantis c.s. slechts een opzegtermijn van één maand gegeven en is hen geen overleg of hulp geboden om de bankrelatie met RBC te redden of tot en goed einde te brengen. Het opzeggen van de bankrelatie brengt onaanvaardbare gevolgen met zich, nu andere banken geen rekeningen voor Atlantis c.s. willen openen en zij daardoor niet (meer) kunnen deelnemen aan het economische verkeerd, aldus Atlantis c.s.
3.3. RBC heeft verweer gevoerd. Zij heeft aangevoerd dat zij niet de huisbankier is van Atlantis c.s. en dat Atlantis c.s. (dus) nog rekeningen aanhoudt bij (een) andere bank(en), dat een deel van de rekeningen niet of zelden wordt gebruikt en dat de voortzetting van de bankrelatie voor RBC tot een onacceptabel reputatierisico leidt.
3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna – voor zover van belang – ingegaan.

4. De beoordeling
4.1. Tussen partijen is niet in geschil dat de aan de bankrelatie tussen partijen overeenkomsten ten grondslag liggen die als duurovereenkomst moeten worden aangemerkt. RBC heeft de overeenkomsten opgezegd. Zij is daartoe op grond van haar algemene voorwaarden in beginsel bevoegd,

maar die bevoegdheid wordt beheerst door de eisen van de redelijkheid en billijkheid.
4.2. Kern van het geschil is de vraag of RBC jegens Atlantis c.s. door het opzeggen van de overeenkomsten, en daarmee de bankrelatie, in strijd met de redelijkheid en billijkheid heeft gehandeld.
4.3. Als uitgangspunt geldt dat voor de opzegging van de aan de bankrelatie ten grondslag liggende duurovereenkomsten in de concrete omstandigheden van het geval een voldoende zwaarwegende grond dient te bestaan. Daarbij moet enerzijds in ogenschouw worden genomen dat het voor rechtspersonen voor hun voortbestaan of functioneren van eminent belang is dat zij toegang hebben tot het bancaire systeem. Anderzijds moet de maatschappelijke functie van banken in het oog worden gehouden. Deze functie verlangt van de bank de grootst mogelijke integriteit, hetgeen onder meer meebrengt dat zij zich dienen te distantiëren van activiteiten die het daglicht niet kunnen verdragen. De maatschappelijke positie van de bank brengt echter ook mee dat zij een bijzondere zorgplicht heeft ten opzichte van haar cliënten en met de belangen van haar cliënten rekening houdt. De reikwijdte van die zorgplicht hangt af van de bijzondere omstandigheden van het geval. De relatie met haar cliënten kan slechts op grond van goede redenen en met toepassing van de vereiste zorgvuldigheid worden opgezegd. Bij de afweging of de reden tot opzegging voldoende zwaarwegend is in verhouding tot het belang van de cliënt bij de voortzetting van de relatie, moeten in beginsel het belang van de cliënt bij de beschikking over een bankrekening als meest zwaarwegende belang worden gezien. Het is aan de bank om gemotiveerd aan te tonen op welke gronden het belang van de cliënt dient te wijken voor het (integriteitsbelang) van de bank.
4.4. RBC heeft aan de opzegging van de bankrelatie met Atlantis c.s. ten grondslag gelegd dat sprake is van een 'gewijzigd risicoprofiel'. In het kader van de onderhavige procedure heeft RBC dit nader toegelicht, aldus dat de voortzetting van de bankrelatie met Atlantis c.s. vanwege de betrokkenheid van Corallo bij Atlantis c.s. als indirect aandeelhouder en 'beneficial owner' een onaanvaardbaar reputatierisico oplevert voor RBC. Reputatierisico levert op zichzelf een voldoende zwaarwegende grond op voor opzegging. Dit hebben Atlantis c.s. ook niet betwist.
4.5. De vraag die dan voorligt is of in dit geval sprake is van het gestelde reputatierisico.
4.6. Ter adstructie van haar stelling dat sprake is van een reputatierisico, heeft RBC een aantal krantenartikelen overgelegd en aangevoerd dat Corallo meermalen en ook nog zeer recentelijk negatief in het nieuws is geweest vanwege vermeende banden met de Italiaanse maffia, drugshandel, het witwassen van gelden via Sint Maarten, het betalen van steekpenningen en fraude en corruptie met betrekking tot leningen aan zijn bedrijven van de Banco Popolare di Milano. Voorts zijn meermalen arrestatiebevelen tegen Corallo uitgevaardigd en bevindt hij zich thans in voorlopige hechtenis vanwege zijn vermoedelijke betrokkenheid bij de strafrechtelijke gedragingen met betrekking tot de Banco Popolare di Milano, aldus nog steeds RBC. Op grond van de door haar gehanteerde 'Client Due Diligence'/'Compliance Policy Guidlines' heeft RBC een risk assessment uitgevoerd en daaruit is naar voren gekomen dat Atlantis c.s. vanwege voormelde omstandigheden buiten de grenzen vallen van de risico's die RBC wenst te aanvaarden. Voormelde omstandigheden leiden immers tot de gerechtvaardigde vrees voor reputatieschade als zij met Corallo wordt geassocieerd, aldus nog steeds RBC.
4.7. Atlantis c.s. hebben niet bestreden dat Corallo negatief in het nieuws is geweest. Zij hebben dienaangaande echter gesteld dat Corallo van alle blaam is gezuiverd nu het Tribunale Civile di Roma in haar arrest van 9 september 2011 heeft overwogen dat verwijzingen naar de maffia ten aanzien van Corallo onterecht zijn en Corallo volgens een faxbericht van de Italiaanse overheid van 3 augustus 2031 (lees: 2011; *red.*) 'van onbesproken gedrag' is. Om die reden is de vrees voor reputatieschade dan ook ongegrond, aldus Atlantis c.s. Tevens geldt volgens Atlantis c.s. dat zij niet in relatie tot Corallo in de media zijn genoemd en dat ook om die reden geen gevaar voor reputatieschade bestaat.
4.8. Dienaangaande geldt als volgt. Vast staat dat er negatieve publiciteit rond de persoon van Corallo is geweest en dat die negatieve publiciteit ook nog recentelijk was (namelijk na opzegging van de relatie) en daarom nog steeds mogelijk is. Corallo is uitgebreid en herhaaldelijk in de publiciteit gekomen vanwege onder meer zijn mogelijke banden met de Italiaanse maffia, het witwassen van gelden via Sint Maarten en een bankschandaal waarbij de Italiaanse bank Banco Popolare di Milano is betrokken. Gelet op (de aard van) deze negatieve berichtgeving en het feit dat – zoals

RBC ook heeft betoogd – de vermoedelijke strafrechtelijke gedragingen mede op de relatie met en diensten van een andere bank zien, is naar het oordeel van het Gerecht de vrees voor reputatieschade terecht. Het risico dat negatieve beeldvorming ontstaat over de financiële betrokkenheid van RBC bij aan Corallo gelieerde vennootschappen is immers niet denkbeeldig nu Corallo de 'beneficial owner' en indirect aandeelhouder van Atlantis c.s. is en uit dien hoofde een financieel belang heeft bij Atlantis c.s. Dat de werkelijke betrokkenheid van Corallo (nog) niet (in rechte) vast staat en/of is komen vast te staan, doet aan dit reputatierisico niet af. Ook de omstandigheden voorts dat, zoals Atlantis c.s. hebben gesteld, Corallo van alle blaam is gezuiverd en volgens de Italiaanse overheid van onbesproken gedrag is, leidt niet tot een ander oordeel. Nadat deze uitspraak door het Tribunale Civile di Roma en de mededeling door de Italiaanse overheid in 2011 zijn gedaan, is Corallo nog herhaaldelijk aangaande dezelfde verdenkingen negatief in het nieuws geweest.

4.9. Het vorengaande brengt mee dat de vrees van RBC voor reputatieschade gegrond is en dat, nu RBC vanwege haar maatschappelijke verantwoordelijkheid haar financiële integriteit dient te bewaken, een zwaarwegende grond voor de opzegging van de bankrelatie bestaat. Dat, zoals Atlantis c.s. hebben betoogd, de negatieve berichtgeving ook in 2010 al aan de orde was en toen niet tot een opzegging heeft geleid, laat onverlet dat thans kennelijk de – zoals hiervoor is overwogen terecht getrokken – grens van het aanvaardbare voor RBC is bereikt.

4.10. Atlantis c.s. hebben gesteld dat de gevolgen van de opzegging voor hun onaanvaardbaar zijn en dat (zo begrijpt het Gerecht) om die reden hun belangen dienen te prevaleren boven het zwaarwegende belang van RBC bij de opzegging. Voor de exploitatie van hun ondernemingen zijn zij afhankelijk van het bancaire systeem en daarom moeten zij over bankrekeningen kunnen beschikken. Nu zij niet bij een andere bank op Sint Maarten terecht kan, betekent de opzegging door RBC de facto dat zij zijn gedwongen hun ondernemingen te sluiten, aldus Atlantis c.s.

4.11. Dienaangaande geldt als volgt. Ter onderbouwing van hun stelling dat zij niet bij een andere bank op Sint Maarten terecht kunnen, hebben Atlantis c.s. (als productie 5 bij inleidend verzoekschrift) een drietal brieven overgelegd van respectievelijk Banco di Caribe N.V. (hierna: BdC), The Windward Islands Bank (hierna: WIB) en CIBC FirstCaribean (hierna: CIBC). Met RBC is het Gerecht van oordeel dat deze brieven niet tot de conclusie kunnen leiden dat voor Atlantis c.s. niet de mogelijkheid bestaat om elders op Sint Maarten te bankieren. Zo is blijkens de inhoud van de brief van de BdC verzocht om een rekening te openen voor een andere vennootschap dan Atlantis c.s., is bij de WIB kennelijk een aanvraag gedaan om een rekening te openen voor casino's en wordt in de brief van de CIBC vermeld dat een rekening kan worden geopend, mits 'with income (credits) solely from resources of rental income/ sale of loan assets and no other external sources of deposits'. Voorts geldt dat RBC, zoals zij onweersproken heeft aangevoerd, niet de huisbankier van Atlantis c.s. is, Atlantis c.s. blijkens haar eigen stellingen ook bij een buitenlandse bank bankiert en dat Atlantis c.s., zoals zij ter gelegenheid van pleidooi desgevraagd hebben betoogd, door middel van het reorganiseren van hun ondernemingen alsnog bij andere banken op Sint Maarten zal kunnen bankieren. De (door RBC weersproken) stelling van Atlantis c.s. dat zij niet ergens anders kunnen bankieren, treft dan ook geen doel.

4.12. Gelet op het voorgaande kan, anders dan Atlantis c.s. hebben gesteld, niet worden gezegd dat RBC voor Atlantis c.s. de enige toegang is tot het bancaire systeem. Nu voorts slechts van betaalrekeningen (waarvan een deel ongebruikt) sprake is en er geen kredietrelatie tussen RBC en Atlantis c.s. bestaat, dient, ondanks de lange duur van de bankrelatie en de omstandigheid dat zich binnen de bankrelatie nooit problemen hebben voorgedaan, het zwaarwegende belang van RBC bij opzegging van de bankrelatie te prevaleren. De opzegging was dan ook, gelet op een afweging van de wederzijdse belangen, gerechtvaardigd.

4.13. Voorts hebben Atlantis c.s. nog gesteld dat de wijze waarop PBC de bankrelatie heeft opgezegd, in strijd met de redelijkheid en billijkheid is, omdat zonder opgaaf van reden en overleg en met een veel te korte opzegtermijn is opgezegd. Ook deze stelling treft geen doel. Met Atlantis c.s. is het Gerecht van oordeel is dat de opzegbrief slechts summierlijk is onderbouwd en dat het vanwege de op haar rustende bijzondere zorgplicht op de weg van RBC had gelegen om met Atlantis c.s. in overleg te treden over de afwikkeling van de bankrelatie en een langere opzegtermijn in acht te nemen. Nu het in dezen echter slechts om betaal-

rekeningen (en geen bijzondere financieringsconstructies) gaat en RBC, zoals zij onweersproken heeft aangevoerd, op eerste verzoek van Atlantis c.s. een nadere toelichting op de opzeggingsgrond had kunnen geven en in gesprek over de afwikkeling had willen treden, maar dat een dergelijk verzoek niet is gedaan, brengen voormelde omstandigheden in dit geval niet mee dat de wijze van opzegging zodanig onzorgvuldig is dat de opzegging van de bankrelatie daarom de toets aan de redelijkheid en billijkheid niet kan doorstaan.
4.14. Gelet op het voorgaande, is het Gerecht van oordeel dat de opzegging niet in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Dat betekent dat de vorderingen van Atlantis c.s. moeten worden afgewezen.
4.15. Atlantis c.s. zullen als de in het ongelijk te stellen partij worden veroordeeld in de kosten van het geding. (...; *red.*)

5. De beslissing
Het Gerecht in eerste aanleg:
5.1. wijst de vorderingen af;
5.2. veroordeelt Atlantis c.s. in de kosten van het geding, (...; *red.*);
5.3. verklaart dit vonnis voor wat de proceskosten betreft uitvoerbaar bij voorraad.

205

JOR 2014/205

Gerecht in Eerste Aanleg van Sint Maarten
6 juni 2014, KG 2014/34,
ECLI:NL:OGEAM:2014:2
(mr. Luijks)

Opzegging bankrelatie. Kort geding. Vennootschappen hebben na opzegging bankrelatie geen toegang meer tot bancaire systeem op Sint Maarten. Gevolgen onoverzienbaar. Belang van vennootschappen bij voortzetting van de relatie weegt zwaarder dan belang van bank bij beëindiging daarvan. Bank moet relatie continueren totdat bodemrechter onherroepelijk vonnis heeft gewezen. Vervolg op Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 29 oktober 2013, «JOR» 2014/204.

[BW art. 6:74]

In dit geding is naar het voorlopige oordeel inmiddels komen vast te staan dat – anders dan de bodemrechter nog oordeelde – geen der banken in Sint Maarten bereid is gebleken om een bankrelatie met Atlantis c.s. aan te gaan. Verder is voorshands komen vast te staan dat de gevolgen voor Atlantis c.s. en hun schuldeisers onoverzienbaar zullen zijn indien de bankrelaties tussen partijen daadwerkelijk zullen worden beëindigd.
Het Gerecht onderkent dat het zich in kort geding zal hebben te richten naar de uitspraak van de bodemrechter. Het onderkent ook dat de bank de vrijheid moet hebben om bankrelaties op te zeggen, zeker als de bank meent dat deze relaties reputatierisico's voor haar meebrengen, hoewel het Gerecht daarvan nu niet direct is gebleken.
Desondanks dient de rechter in kort geding bij de beoordeling van de vordering tot het treffen van een voorziening bij voorraad de wederzijdse belangen van partijen af te wegen, hetgeen er ook toe kan leiden dat de rechter in kort geding zich niet bij de beoordeling van de bodemrechter aansluit in het geval zich nieuwe feiten en omstandigheden na het wijzen van dit vonnis van de bodemrechter hebben voorgedaan.

Het Gerecht is voorshands van oordeel dat bij afweging van de in aanmerking komende belangen van partijen het belang van Atlantis c.s. bij voortzetting van de bankrelaties zwaarder weegt, ook omdat beëindiging van de bancaire relaties met de bank met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid tot onomkeerbare gevolgen voor Atlantis c.s. (en haar crediteuren) zal leiden, terwijl de (tijdelijke) voortzetting van de bankrelaties tussen Atlantis c.s. en de bank deze gevolgen niet heeft.
Het Gerecht beveelt de bank de bankrelaties met Atlantis c.s. te continueren en het gebruik door Atlantis c.s. van hun bankrekeningen bij de bank op de gebruikelijke wijze voort te zetten totdat de bodemrechter onherroepelijk vonnis heeft gewezen, op verbeurte van een dwangsom.

1. Atlantis World Management NV te Sint Maarten,
2. Dawn Properties Ltd. te Nevis,
3. International Financial Planning Services Ltd. te Tortola,
gemachtigden: mr. J. Veen en mr. W.J. Nelissen,
tegen
RBC Royal Bank NV te Sint Maarten,
gedaagde,
gemachtigde: R.F. Gibson jr.

(...; *red.*)

2. Het geschil in kort geding
2.1. Atlantis c.s. vorderen – zakelijk weergegeven – na wijziging van de eis – primair, subsidiair, en meer subsidiair – dat het Gerecht bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis RBC beveelt de bankrelaties met Atlantis c.s. te continueren en het gebruik van (een van) hun bankrekeningen bij RBC voort te zetten totdat een andere bank in Sint Maarten bereid is de bankrelatie over te nemen dan wel totdat de bodemrechter vonnis heeft gewezen in de op 4 februari 2014 aanhangig gemaakte bodemprocedure op straffe van een dwangsom en onder veroordeling van RBC in de proceskosten. De 'nog meer subsidiair' geformuleerde vordering zal het Gerecht onbesproken laten nu het Gerecht aan de beoordeling hiervan niet toekomt.
2.2. Atlantis c.s. leggen aan de vorderingen ten grondslag dat het voor de bedrijfsvoering van Atlantis c.s. noodzakelijk is dat Atlantis c.s. kunnen beschikken over bankrekeningen. Het is voor Atlantis c.s. niet mogelijk gebleken om een andere bank in Sint Maarten te vinden die bereid is om met Atlantis c.s. relaties aan te gaan op grond waarvan Atlantis c.s. (i) over bankrekeningen kunnen beschikken, (ii) kasstortingen kunnen doen en girale bijschrijvingen aanvaarden, (iii) overboekingsopdrachten en andere betalingen kunnen uitvoeren, (iv) over creditkaarten en hieraan verbonden faciliteiten kunnen beschikken en (v) en andere bancaire diensten kunnen verrichten. Atlantis c.s. hebben geen andere bank in Sint Maarten kunnen vinden die bereid is met hen in zee te gaan. Zonder over dergelijke bancaire relaties te beschikken, kunnen Atlantis c.s. eigenlijk niet voortbestaan. De gevolgen voor Atlantis c.s. om van het bancaire betalingsverkeer uitgesloten te worden, zijn mitsdien onaanvaardbaar:
– RBC zal de banktegoeden van Atlantis c.s. in cash moeten afgeven (miljoenen in diverse valuta);
– influx van cash geld in Sint Maarten met alle veiligheidsrisico's van dien;
– schuldeisers van Atlantis c.s. zullen alleen cash geld kunnen ontvangen waaronder de Landsontvanger, GEBE en de 300 werknemers van Atlantis c.s.
Deze consequenties zijn niet alleen voor Atlantis c.s. onaanvaardbaar, maar ook voor de betrokken schuldeisers zullen de gevolgen van de beëindiging van de bankrelaties onoverzienbaar zijn ook gelet op de omvang van de betalingen door Atlantis c.s. Ook de aanzienlijke veiligheidsrisico's springen hierbij onmiddellijk in het oog. Het is voor Atlantis c.s. daarom van essentieel belang om bankrelaties met een bank in Sint Maarten te hebben en om bankrekeningen te kunnen gebruiken. Hieraan voegen Atlantis c.s. nog toe dat het met de reputatierisico's van RBC overigens wel mee valt. Atlantis c.s. zijn nog nimmer met politie en justitie in aanraking geweest, laat staan dat zij in Sint Maarten voor strafbare feiten (onherroepelijk) zijn veroordeeld. En recentelijk heeft Atlantis World Management N.V. bij RBC in Canada, Toronto, een beleggersrekening geopend met vermelding van de Ultimate Beneficial Owner ("UBO" Francesco Corallo: de persoon die verantwoordelijk zou zijn voor de reputatierisico's van RBC.
2.3. RBC voert gemotiveerd verweer waarop het Gerecht hierna, waar nodig, zal ingaan.

3. De feiten

3.1. Ter zake van de feiten verwijst het Gerecht naar de vaststelling van de feiten in het kort gedingvonnis van 5 april 2013 van het Gerecht (KG 22/2013) en de vaststelling van de feiten in het vonnis van 29 oktober 2013 van het Gerecht (AR 81/2013). Het Gerecht neemt deze feitenvaststellingen in dit geding over en welke vaststellingen in de producties 2 en 3 van het inleidende verzoekschrift zijn na te lezen.

3.2. Bij het kort geding vonnis heeft het Gerecht onder andere RBC bevolen de bankrelaties met eisers sub 1-3 voor ten minste een jaar voort te zetten.

3.3. Bij vonnis van 29 oktober 2013 (AR 81/2013) heeft het Gerecht de tegen RBC ingestelde vordering van Atlantis c.s. afgewezen. Deze vordering strekte er toe dat RBC de bankrelaties tussen Atlantis c.s. en RBC alsmede het gebruik van alle bankrekeningen van Atlantis c.s. bij RBC diende voort te zetten. Onder sub 4.12 van dit vonnis is geoordeeld dat 'Gelet op het voorgaande kan, anders dan Atlantis c.s. hebben gesteld, niet worden gezegd dat RBC voor Atlantis c.s. de enige toegang is tot het bancaire systeem. Nu voorts slechts van betaalrekeningen (waarvan een deel ongebruikt) sprake is en er geen kredietrelatie tussen RBC en Atlantis c.s. bestaat, dient, ondanks de lange duur van de bankrelatie en de omstandigheid dat zich binnen de bankrelatie nooit problemen hebben voorgedaan, het zwaarwegende belang van RBC bij opzegging van de bankrelatie te prevaleren. De opzegging was dan ook, gelet op een afweging van de wederzijdse belangen, gerechtvaardigd.' Onder sub 4.13 van dit vonnis oordeelt het Gerecht uiteindelijk 'brengen voormelde omstandigheden in dit geval niet mee dat de wijze van opzegging zodanig onzorgvuldig is dat de opzegging van de bankrelatie daarom de toets aan de redelijkheid en billijkheid niet kan doorstaan.' Onder sub 4.14 van dit vonnis trekt het Gerecht de eindconclusie 'Gelet op het voorgaande is het gerecht van oordeel dat de opzegging niet in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Dat betekent dat de vorderingen van Atlantis c.s. moeten worden afgewezen.'

4. De beoordeling in kort geding

4.1. In de aard van de vorderingen ligt de spoedeisendheid besloten.

4.2. In dit geding is naar het voorlopige oordeel inmiddels komen vast te staan dat – anders dan de bodemrechter nog oordeelde – dat geen der banken in Sint Maarten bereid is gebleken om een bankrelatie met Atlantis c.s. aan te gaan. Verder is voorshands door Atlantis c.s. aangetoond dat ook in de nabije toekomst geen der banken in Sint Maarten bereid is om met Atlantis c.s. bancaire relaties aan te gaan hetgeen allemaal zou samenhangen met de betrokkenheid van Corallo bij Atlantis c.s. Verder is voorshands komen vast te staan de gevolgen voor Atlantis c.s. en hun schuldeisers onoverzienbaar zullen zijn, indien de bankrelaties tussen partijen daadwerkelijk zullen worden beëindigd. Los daarvan zullen de veiligheidsrisico's aanzienlijk vergroten doordat talrijke transacties nog slechts met baar geld zullen moeten worden uitgevoerd. Het risico bestaat zelfs dat Atlantis c.s. de deuren zullen moet sluiten met alle gevolgen van dien voor de werknemers van Atlantis c.s. en de landskas.

4.3. Het Gerecht onderkent dat het in kort geding zal hebben te richten naar de uitspraak van de bodemrechter inzake AR 81/2013. Het Gerecht onderkent ook dat RBC de vrijheid moet hebben om bankrelaties op te zeggen zeker als de RBC meent dat deze relaties reputatierisico's voor haar meebrengen, hoewel daarvan het Gerecht nu niet direct is gebleken. Immers, in de publicaties die door RBC in dit geding zijn gebracht, is geen verband gelegd tussen Francisco Corallo (of zijn vermeende betrokkenheid bij maffia-achtige groeperingen) en de RBC. Het is ook nog maar de vraag wie het verband zal leggen tussen RBC en Corallo. Van strafbare feiten zijdens Atlantis c.s. gepleegd in Sint Maarten is het Gerecht niets gebleken.

4.4. Desondanks dient de rechter in kort geding bij de beoordeling van de vordering tot het treffen van een voorziening bij voorraad, zoals hiervoor geformuleerd, de wederzijdse belangen van partijen af te wegen hetgeen er ook toe kan leiden dat de rechter in kort geding zich niet bij de beoordeling van de bodemrechter aansluit in het geval zich nieuwe feiten en omstandigheden na het wijzen van dit vonnis van de bodemrechter hebben voorgedaan. Zoals hier de omstandigheid dat geen andere bank bereid is gebleken om met Atlantis c.s. zaken te doen, maar waarvan de bodemrechter nog wel was uitgegaan.

4.5. Tegenover het belang van RBC om de vrijheid te hebben een bankrelatie op te zeggen, staat het belang van RBC verschoond te blijven van de verstrekkende – hiervoor omschreven – gevolgen

van de daadwerkelijke beëindiging van deze bankrelaties tussen partijen.
4.6. Het Gerecht is voorshands van oordeel dat bij afweging van de in aanmerking komende belangen van partijen het belang van Atlantis c.s. bij voortzetting van de bankrelaties zwaarder weegt ook omdat beëindiging van de bancaire relaties met RBC met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid tot onomkeerbare gevolgen voor Atlantis c.s. (en haar crediteuren) zal leiden, terwijl de (tijdelijke) voortzetting van de bankrelaties tussen Atlantis c.s. en RBC deze gevolgen niet heeft, althans hiervan is het Gerecht niets gebleken.
4.7. De contractsvrijheid ten spijt en ondanks de gehoudenheid van het Gerecht zich te moeten richten naar de hiervoor genoemde beslissing van de bodemrechter zal het Gerecht op grond van deze belangenafweging RBC moeten bevelen de bankrelaties met Atlantis c.s. op na te melden wijze te continueren.
4.8. Deze belangafweging valt dus in het voordeel uit van Atlantis c.s. en dient naar het voorlopige oordeel van het Gerecht mee te brengen dat de meer subsidiaire vordering van Atlantis c.s. dient te worden toegewezen. Immers, nu niet aannemelijk is dat Atlantis c.s. in Sint Maarten een andere bank zal kunnen vinden die bereid is met Atlantis c.s. zaken te doen, zou toewijzing van de primaire en subsidiaire vorderingen meer dan slechts een voorlopige voorziening of ordemaatregel betekenen. Dit soort beslissingen ten gronde dient het Gerecht in kort geding achterwege te laten.
4.9. De naleving van deze veroordeling dient te worden versterkt met de na te vermelden dwangsommen.
4.10. Als de in het ongelijk gestelde partij zal RBC in de proceskosten van Atlantis c.s. worden veroordeeld (...; *red.*).
4.11. De veroordelingen zullen hierna uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.
4.12. Het meer of anders gevorderde zal hierna worden afgewezen.

3. De beslissing in kort geding
Het Gerecht:
4.1. beveelt RBC de bankrelaties met Atlantis c.s. te continueren en het gebruik door Atlantis c.s. van hun bankrekeningen bij RBC zoals vermeld op de als productie 1 overgelegde brieven dan wel het gebruik door Atlantis c.s. van ten minste één bankrekening van elk van eiseressen sub 1-3 bij RBC in EUR en USD zoals vermeld op de als productie 1 overgelegde brieven op gebruikelijke wijze voort te zetten totdat de bodemrechter onherroepelijk vonnis heeft gewezen in de op 4 februari 2014 aanhangig gemaakte bodemprocedure op verbeurte van een dwangsom van US $ 250.000,00 voor iedere bankrekening die RBC in strijd met dit bevel opheft en op verbeurte van een dwangsom van US $ 250,00 voor elke overige bancaire dienst die RBC in strijd met dit bevel opzettelijk weigert uit te voeren;
4.2. veroordeelt RBC om de kosten van dit geding aan Atlantis c.s. te betalen (...; *red.*);
4.3 verklaart het vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
4.4 wijst af het meer of anders gevorderde.

132

JOR 2016/132

Gemeenschappelijk Hof van Justitie
22 maart 2016, Ghis 76737 H-400/15
(mr. De Boer, mr. Lewin, mr. Tijhuis)
Noot K. Frielink

Arubaanse zaak. Tussentijdse renteherziening. Bijzondere zorgplicht. Bank is evenwel niet gehouden contractueel overeengekomen rente uit eigener beweging te verlagen dan wel geïntimeerde erop te wijzen dat deze verzoek tot renteverlaging kan doen. Ontwikkeling van maatschappelijke opvattingen in de richting van in Nederland geldend recht.

[Bgfo Wft art. 68b]

Op Fatum rust als financiële instelling op grond van de maatschappelijke functie die zij uitoefent, een bijzondere zorgplicht ten aanzien van het verstrekken van krediet aan particulieren. Deze zorgplicht strekt tot bescherming van de (potentiële) klant tegen eigen lichtvaardigheid of ondeskundigheid en vloeit voort uit hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid, gelet op de aard van de verhouding tussen financiële instellingen en haar particuliere cliënten, meebrengen. Anders dan door het Gerecht in eerste aanleg van Aruba is aangenomen, reikt de zorgplicht evenwel niet zo

ver dat Fatum is gehouden om uit eigener beweging ten gunste van Pietersz de contractueel overeengekomen rente te verlagen, slechts omdat de rentestand lager is dan (destijds) tussen partijen is overeengekomen. Voor het aannemen van een zo vergaande zorgplicht bestaat geen grond.
De reikwijdte van haar zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval en de aard van de door Fatum verleende dienst. In het onderhavige geval betreft de aard van de overeenkomst een reguliere hypothecaire geldleningsovereenkomst, waarbij de rechten en plichten – ook dat de rente om de vijf jaar door Fatum kan worden gewijzigd – voldoende duidelijk uit de overeenkomst blijken. Een financiële instelling voldoet bij overeenkomsten als de onderhavige aan haar zorgplicht wanneer zij voor het sluiten van de overeenkomst de kredietwaardigheid van de geldlener heeft gecontroleerd en zich over diens leen- en aflossingsgedrag heeft geïnformeerd. De aard van deze overeenkomst geeft thans geen aanleiding tot het aannemen van een zwaardere zorgplicht. Pietersz moet bekend worden verondersteld met de in de overeenkomst neergelegde bepaling dat Fatum de rente na ommekomst van een bepaalde periode kan wijzigen. Naar huidige zorgvuldigheidsmaatstaven ligt het op zijn weg om zich over de voorwaarden dan wel redenen daarvoor (nader) te laten informeren. De op Fatum rustende zorgplicht brengt thans dus niet mee dat zij Pietersz er op had moeten wijzen dat hij een verzoek tot renteverlaging kan doen.
De slotsom is dat Fatum jegens Pietersz niet in strijd met de op haar rustende zorgplicht heeft gehandeld. Daarbij overweegt het Hof dat de maatschappelijke opvattingen over wat de zorgplicht van financiële dienstverleners zoals Fatum omvat, zich ontwikkelen in de richting van hetgeen thans in Nederland geldt (te weten dat de hypothecair kredietverstrekker de consument een aantal maanden voor het aflopen van de rentevaste periode daarover dient te informeren, alsmede informatie dient te verschaffen over (de mogelijkheden van) het boetevrij oversluiten bij het aflopen van de rentevaste periode (art. 68b Bgfo Wft)). Gelet op deze ontwikkelingen acht het Hof niet uitgesloten dat de zorgplicht van financiele dienstverleners in de nabije toekomst hier te lande een zodanige invulling krijgt.

Fatum Life Aruba NV te Aruba,
appellante,
gemachtigden: mr. M.R. Hammoud en mr. D.W. Ormel,
tegen
J.A. Pietersz te Aruba,
geïntimeerde,
gemachtigde: mr. D.G. Kock.

(...; *red.*)

2. De feiten
2.1. Het GEA heeft in het vonnis van 29 april 2015 onder 3.2 de feiten vastgesteld die het tot uitgangspunt heeft genomen. Over de juistheid van die feiten bestaat geen geschil, zodat ook het Hof mede van die feiten zal uitgaan.

3. De beoordeling
3.1. Het gaat in deze zaak om het volgende.
3.1.1. Pietersz heeft bij notariële akte van 26 januari 1999 (hierna: de akte) een hypothecaire geldlening verkregen bij Fatum ten bedrage van Afl. 200.000,- tegen een jaarlijkse rente van 9,7%. In de akte is bepaald dat het "rentepercentage voor de duur van vijf (5) jaar zal gelden, waarna de rente om de vijf (5) jaar, voor het eerst op een maart tweeduizend vier, door de schuldeiseres kan worden gewijzigd".
3.1.2. Bij brief van 25 oktober 2013 heeft Pietersz als volgt aan Fatum bericht: "Ondergetekende (...) doet een dringend beroep op u om in aanmerking te kunnen komen voor een aanpassing van het rentepercentage (...). Vanaf de afsluiting van de hypotheek in 1999 heeft geen aanpassing van het rentepercentage plaatsgevonden".
3.1.3. Bij brief van 1 november 2013 heeft Fatum aan Pietersz bericht dat zij de rentevoet van zijn hypothecaire geldlening met ingang van 1 november 2013 heeft aangepast naar 6,0% op jaarbasis en dat dit rentepercentage minimaal voor een periode van 5 jaar geldt.
3.1.4. Pietersz heeft vervolgens Fatum bij brief van 21 januari 2014 verzocht de renteverlaging met terugwerkende kracht door te voeren. Fatum heeft dit verzoek afgewezen.
3.2. Pietersz heeft in eerste aanleg gevorderd dat (i) voor recht wordt verklaard dat
Fatum onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld door aan Pietersz niet en aan andere hypotheekgevers met een zelfde soort hypotheekakte wel om de vijf jaar een renteverlaging toe te kennen, (ii)

Fatum wordt bevolen de hypotheekrente voor Pietersz met ingang van 1 maart 2004 respectievelijk 1 maart 2009 te verlagen naar de op dat moment gangbare en jegens andere hypotheekgevers met eenzelfde type hypotheekakte bij Fatum toepasselijke rentetarieven, (iii) Fatum wordt bevolen om hetgeen Pietersz wegens het uitblijven van de renteverlagingen per 1 maart 2004 respectievelijk 1 maart 2009 te veel heeft betaald aan Pietersz te restitueren, en dat (iv) Fatum wordt veroordeeld in de kosten van het geding, (v) alles uitvoerbaar bij voorraad.

3.3. Aan deze vorderingen heeft Pietersz ten grondslag gelegd dat de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat aan hem dezelfde renteverlagingen moeten worden toegekend als aan de andere hypotheekgevers, alsmede dat uit de door Fatum jegens hem te betrachten zorgplicht voortvloeit dat Fatum na ommekomst van de rentevaste periode de rente uit eigener beweging dient te verlagen zodra de renteontwikkelingen daar ruimte toe bieden en dat Fatum hem had behoren te informeren dat renteverlaging eerst aan de orde kan zijn na een daartoe strekkend verzoek.

3.4. Het GEA heeft de vorderingen (ii), (iii), (iv) en (v) van Pietersz toegewezen, oordelende dat Fatum in haar bijzondere zorgplicht jegens Pietersz toerekenbaar is tekortgeschoten en daarom aansprakelijk is voor de als gevolg daarvan door Pietersz geleden schade. Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt Fatum in hoger beroep op.

3.5. De grieven 1 tot en met 3 lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Met deze grieven motiveert Fatum haar standpunt dat het haar na ommekomst van de rentevaste periode van vijf jaar vrij staat over te gaan tot wijziging van de rente en dat Pietersz vanwege deze discretionaire bevoegdheid van Fatum had moeten begrijpen dat Fatum pas zou kunnen overgaan tot renteverlaging nadat zij daartoe aanleiding had, bijvoorbeeld na ontvangst van een daartoe strekkend verzoek. Voorts heeft Fatum bestreden dat zij in strijd met haar zorgplicht handelt indien zij niet steeds wijst op de mogelijkheid om verlaging van de rente te verzoeken.

3.6. Tussen partijen is niet in geschil dat de tussen hen gesloten overeenkomst van geldlening Fatum de discretionaire bevoegdheid geeft om na een periode van vijf jaren het overeengekomen rentepercentage te wijzigen. Het is derhalve aan Fatum om, al dan niet na een daartoe strekkend verzoek, tot een door Pietersz voorgestane verlaging van de rente over te gaan.

3.7. De vraag die in de eerste plaats voorligt is of Fatum na ommekomst van de rentevaste periode op grond van haar zorgplicht jegens Pietersz op eigen initiatief, en dus zonder dat Pietersz daar om heeft verzocht, tot een renteverlaging dient over te gaan zodra de renteontwikkelingen daar ruimte toe bieden. Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord.

3.8. Op Fatum rust als financiële instelling op grond van de maatschappelijke functie die zij uitoefent, een bijzondere zorgplicht ten aanzien van het verstrekken van krediet aan particulieren. Deze zorgplicht strekt tot bescherming van de (potentiële) klant tegen eigen lichtvaardigheid of ondeskundigheid en vloeit voort uit hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid, gelet op de aard van de verhouding tussen financiële instellingen en haar particuliere cliënten, meebrengen. Anders dan door het GEA is aangenomen, reikt de zorgplicht evenwel niet zo ver dat Fatum is gehouden om uit eigener beweging ten gunste van Pietersz de contractueel overeengekomen rente te verlagen, slechts omdat de rentestand lager is dan (destijds) tussen partijen is overeengekomen. Voor het aannemen van een zo vergaande zorgplicht bestaat geen grond.

3.9. Voorts ligt de vraag voor of op Fatum uit hoofde van haar zorgplicht de verplichting rust om Pietersz (steeds) te wijzen op de mogelijkheid om een renteverlaging te verzoeken.

3.10. De reikwijdte van haar zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval en de aard van de door Fatum verleende dienst. In het onderhavige geval betreft de aard van de overeenkomst een reguliere hypothecaire geldleningsovereenkomst, waarbij de rechten en plichten – ook dat de rente om de vijf jaar door Fatum kan worden gewijzigd – voldoende duidelijk uit de overeenkomst blijken. Een financiële instelling voldoet bij overeenkomsten als de onderhavige aan haar zorgplicht wanneer zij voor het sluiten van de overeenkomst de kredietwaardigheid van de geldlener heeft gecontroleerd en zich over diens leen- en aflossingsgedrag heeft geïnformeerd. De aard van deze overeenkomst geeft thans geen aanleiding tot het aannemen van een zwaardere zorgplicht. Pietersz moet bekend worden verondersteld met de in de overeenkomst neergelegde bepaling dat Fatum de rente na om-

mekomst van een bepaalde periode kan wijzigen. Naar huidige zorgvuldigheidsmaatstaven ligt het op zijn weg om zich over de voorwaarden dan wel redenen daarvoor (nader) te laten informeren. De op Fatum rustende zorgplicht brengt thans dus niet mee dat zij Pietersz er op had moeten wijzen dat hij een verzoek tot renteverlaging kan doen.
3.11. De slotsom van het voorgaande is dat Fatum jegens Pietersz niet in strijd met de op haar rustende zorgplicht heeft gehandeld en dat de grieven 1 tot en met 3 slagen. Daarbij overweegt het Hof dat de maatschappelijke opvattingen over wat de zorgplicht van financiële dienstverleners zoals Fatum omvat, zich ontwikkelen in de richting van hetgeen thans in Nederland geldt (te weten dat de hypothecair kredietverstrekker de consument een aantal maanden voor het aflopen van de rentevaste periode daarover dient te informeren, alsmede informatie dient te verschaffen over (de mogelijkheden van) het boetevrij oversluiten bij het aflopen van de rentevaste periode (artikel 68b Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft)). Gelet op deze ontwikkelingen acht het Hof niet uitgesloten dat de zorgplicht van financiële dienstverleners in de nabije toekomst hier te lande een zodanige invulling krijgt.
3.12. Ook faalt het betoog van Pietersz dat Fatum op grond van de redelijkheid en billijkheid is gehouden hem dezelfde renteverlagingen toe te kennen als dat zij aan de andere hypotheekgevers heeft gedaan, reeds omdat in het licht van de betwisting daarvan door Fatum niet kan worden gezegd dat bij alle andere hypothecaire geldleningsovereenkomsten dan die met Pietersz de rente in 2004 en 2009 (op initiatief van Fatum) is verlaagd.
3.13. Nu de stellingen van Pietersz niet kunnen slagen, behoeft grief 4, die ziet op de verjaring van de vordering van Pietersz, geen bespreking meer.
3.14. Het vonnis van beroep zal worden vernietigd en de vorderingen van Pietersz zullen worden afgewezen.
3.15. Pietersz zal als de in het ongelijk te stellen partij worden veroordeeld in de kosten van het geding in beide instanties. (...; *red.*)

Beslissing
Het Hof:
vernietigt het bestreden vonnis, en opnieuw rechtdoende;
wijst het gevorderde af;
veroordeelt Pietersz in de kosten van het geding (...; *red.*);
verklaart dit vonnis voor wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. De feiten in deze zaak liggen eenvoudig. Pietersz heeft bij notariële akte van 26 januari 1999 een hypothecaire geldlening verkregen bij Fatum ten bedrage van Afl. 200.000,-- tegen een jaarlijkse rente van 9,7%. De akte vermeldt inzake het rentepercentage: "(...), welk rente-percentage voor de duur van vijf (5) jaar zal gelden, waarna de rente om de vijf (5) jaar, voor het eerst op een maart tweeduizend vier, door de schuldeiseres kan worden gewijzigd". Pietersz heeft niet eerder dan bij brief van 25 oktober 2013 om een aanpassing gevraagd en Fatum heeft die nimmer eigener beweging aangeboden. Met ingang van 1 november 2013 heeft Fatum het rentepercentage verlaagd naar 6%. Pietersz heeft verzocht deze verlaging met terugwerkende kracht toe te passen, hetgeen Fatum heeft geweigerd.
2. Pietersz stelt zich op het standpunt dat uit de redelijkheid en billijkheid en de door Fatum jegens hem te betrachten zorgplicht voortvloeit, dat Fatum uit eigen beweging of initiatief na ommekomst van een rentevaste periode de rente dient te verlagen zodra de rentevoetontwikkelingen daartoe ruimte bieden. Ook uit het feit dat sprake is van een discretionaire bevoegdheid van Fatum volgt volgens Pietersz dat Fatum ter zake van een renteverlaging het initiatief had dienen te nemen, ook zonder een daartoe strekkend verzoek van hem als hypotheekgever.
3. Pietersz vordert, kort gezegd, (i) een verklaring voor recht dat Fatum onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld door aan hem niet, maar aan andere hypotheekgevers met een soortgelijke hypothecaire geldlening wel om de vijf jaar een renteverlaging toe te kennen, (ii) een bevel aan Fatum om de voor Pietersz met ingang van 1 maart 2004 respectievelijk 1 maart 2009 geldende hypotheekrente te verlagen naar de op die momenten gangbare en bij andere hypotheekgevers met een soortgelijke met Fatum overeengekomen hypothecaire geldlening toegepaste rentetarieven, en (iii) een veroordeling tot terugbetaling van hetgeen Pietersz te veel heeft betaald.

4. Het Gerecht in eerste aanleg van Aruba overwoog in zijn vonnis van 29 april 2015 dat op financiële instellingen, zoals Fatum, een bijzondere zorgplicht rust ten opzichte van hun clientèle, die onder meer met zich brengt dat zij cliënten (hypotheekgevers) voldoende duidelijkheid dienen te verschaffen met betrekking tot het product dat door hen wordt of is afgenomen, teneinde zoveel mogelijk te voorkomen dat zij als gevolg van onduidelijkheden schade kunnen lijden. Dit alles vloeit volgens het Gerecht voort uit (de aanvullende werking van) de redelijkheid en billijkheid, welke maatstaven de contractuele verhouding tussen de financiële instelling en haar cliënt beheersen. Uit de hypotheekakte valt naar het oordeel van het Gerecht niet af te leiden dat na ommekomst van een rentevaste periode wijziging van rente in de zin van verlaging daarvan eerst aan de orde kan zijn indien de hypotheekgever een daartoe strekkend verzoek heeft ingediend bij Fatum. Volgens het Gerecht valt niet in te zien dat Fatum er zonder meer vanuit mocht gaan dat Pietersz de door Fatum gestelde inhoud van de passage zo begreep (of had behoren te begrijpen) en dat hij met die inhoud heeft ingestemd. Tegen de achtergrond hiervan had het naar het oordeel van het Gerecht op de weg van Fatum gelegen om aan de passage de volgende zin toe te voegen: "Hierbij heeft te gelden dat renteverlaging eerst aan de orde kan zijn indien de schuldenaar een daartoe strekkend verzoek heeft ingediend bij de schuldeiseres". Met die toevoeging zou Fatum op dit punt zonder meer hebben voldaan aan de door haar te betrachten bijzondere zorgplicht jegens Pietersz. Nu Fatum dit heeft nagelaten, en Pietersz evenmin in 2004 op de mogelijkheid van het indienen van een verzoek heeft geattendeerd noch eigener beweging (telkens) het rentepercentage heeft verlaagd, is volgens het Gerecht sprake van een toerekenbare tekortkoming van Fatum (waardoor zij ten koste van Pietersz voordeel heeft genoten), hetgeen meebrengt dat Fatum aansprakelijk is voor de door Pietersz als gevolg daarvan geleden schade.
5. Het Gemeenschappelijk Hof heeft dit vonnis vernietigd. Op een financiële instelling rust, aldus het Hof, op grond van de maatschappelijke functie die zij uitoefent, een bijzondere zorgplicht ten aanzien van het verstrekken van krediet aan particulieren. Deze zorgplicht strekt tot bescherming van de (potentiële) klant tegen eigen lichtvaardigheid of ondeskundigheid en vloeit voort uit hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid, gelet op de aard van de verhouding tussen financiële instellingen en hun particuliere cliënten, meebrengen. Echter, volgens het Hof reikt de bijzondere zorgplicht niet zo ver dat Fatum is gehouden eigener beweging ten gunste van de hypotheekgever de contractueel overeengekomen rente te verlagen, slechts omdat de rentestand lager is dan (destijds) tussen partijen is overeengekomen. Op Fatum rust evenmin de verplichting om Pietersz (steeds) te wijzen op de mogelijkheid om een renteverlaging te verzoeken.
6. Aan zijn oordeel legt het Hof ten grondslag dat het hier gaat om een reguliere hypothecaire geldleningsovereenkomst, waarbij de rechten en verplichtingen voldoende duidelijk uit de overeenkomst blijken, waaronder dat de rente om de vijf jaar door Fatum kan worden gewijzigd. De aard van de overeenkomst geeft volgens het Hof thans geen aanleiding tot het aannemen van een zwaardere zorgplicht, dan dat bij overeenkomsten als hier aan de orde, de financiële instelling vóór het sluiten daarvan de kredietwaardigheid van de geldlener heeft gecontroleerd en zich over diens leen- en aflossingsgedrag heeft geïnformeerd. Naar huidige zorgvuldigheidsmaatstaven ligt het volgens het Hof op de weg van Pietersz om zich over de voorwaarden dan wel redenen daarvoor (nader) te laten informeren.
7. Het Hof heeft de beginselen van redelijkheid en billijkheid (de zorgplicht) derhalve zo ingevuld dat op Fatum (op dit moment) niet de verplichting rust de rente eigener beweging aan te passen noch de verplichting om Pietersz (steeds) te wijzen op de mogelijkheid om een renteverlaging te verzoeken. De rechter moet zich bij het inkleuren van open normen bewust zijn van het 'temporele' aspect: wat was de inhoud van het rechtsbewustzijn ten tijde van het verweten handelen of nalaten? Hoewel het Hof dat verder niet motiveert, gesproken wordt over 'huidige zorgvuldigheidsmaatstaven', is het duidelijk dat het Hof wat betreft de reikwijdte van de zorgplicht aansluiting zoekt bij wat thans – en in de voorbije periode – deel uitmaakt van het rechtsbewustzijn in Aruba. De wijze waarop het Hof de norm heeft ingevuld lijkt mij juist.
8. Het Hof geeft vervolgens een signaal – ik zou menen: aan Fatum, maar ook aan de markt – door te overwegen dat de maatschappelijke ontwikkelingen zich ontwikkelen naar wat thans in Nederland geldt, waarbij wordt verwezen naar

art. 68b Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft. Het Hof sluit niet uit dat de zorgplicht van financiële dienstverleners in de nabije toekomst ook in Aruba een zodanige invulling krijgt.

9. Overeenkomsten worden (ook) in Aruba, Curaçao, St. Maarten en de BES-eilanden mede beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid en de daarmee samenhangende zorgplicht die professionele partijen jegens met name niet-professionele partijen (consumenten) in acht moeten nemen. Het gaat hier om open normen, althans om normen die (nader) door de rechter moeten worden ingevuld. Op grond van het rechtszekerheidsbeginsel is van belang dat het recht (zoveel mogelijk) voorspelbaar is: justitiabelen moeten er hun gedrag (vooraf) op kunnen afstemmen. Gedragsvoorschriften kunnen uit hun aard immers slechts voor de toekomst gelden (vgl. K. Frielink, noot bij Hof van Justitie van de Europese Unie 29 april 2015, *Ondernemingsrecht* 10/11 (2015), p. 397-400). Tegen die achtergrond moet het signaal van het Hof worden begrepen.

10. In Nederland geldt op grond van art. 68b Bgfo, naar welk artikel het Hof verwijst, dat in geval van een rentevastperiode van een overeenkomst inzake hypothecair krediet met een vaste debetrentevoet, die afloopt na 1 april 2013, de aanbieder de consument ten minste drie maanden voor het aflopen van de rentevastperiode moet informeren over het aflopen van die periode. Daarnaast moet informatie worden verstrekt over de maximale debetrentevoet die zal gelden voor de komende rentevastperiode, waarbij de maximale debetrentevoet bij minimaal drie rentevastperiodes, indien aangeboden, wordt aangegeven. Gelijktijdig met dit aanbod moet de aanbieder tevens informatie verstrekken over de mogelijkheid om boetevrij over te sluiten bij het aflopen van de rentevastperiode, en over de mogelijkheid om advies over oversluitmogelijkheden in te winnen bij de aanbieder of een andere aanbieder. Het idee is dat de consument een reële mogelijkheid wordt gegeven om over te stappen naar een andere aanbieder. Dat deze wettelijke regeling recent in Nederland is ingevoerd, en hetgeen daarin is bepaald kennelijk niet uit de zorgplicht voortvloeide, is een aanwijzing dat vergelijkbare verplichtingen in Aruba, waar ter zake geen zodanige wettelijke regeling bestaat, thans niet uit de zorgplicht voortvloeien. Het vonnis van het Hof zou daarin op relatief korte termijn verandering kunnen brengen.

11. In Nederland geldt daarnaast blijkens art. 81a Bgfo nog een behoorlijke beperking, namelijk die van het eensporig rentebeleid. In geval een consument een overeenkomst inzake hypothecair krediet wil aangaan, moet de aanbieder daarvan hem dezelfde debetrentevoet bij dezelfde rentevastperiode aanbieden als voor een consument aan wie op dat moment een aanbod wordt gedaan voor de komende rentevastperiode bij een vergelijkbaar risicoprofiel. Er mag bijvoorbeeld wel korting aan individuele klanten worden gegeven, maar dan moet deze ook beschikbaar zijn voor nieuwe en (in geval van verlenging van de rentevastperiode voor) bestaande klanten met een vergelijkbaar risicoprofiel. De vraag is natuurlijk of ook deze bepaling naar het Caribische deel van het Koninkrijk zal 'overwaaien' en aldaar via de zorgplicht afdwingbaar wordt dan wel of deze zo verstrekkend is dat daarvoor een wettelijke basis is vereist. Pietersz heeft – met kennelijk het gelijkheidsbeginsel in gedachte – een beroep gedaan op rentetarieven die zouden zijn toegepast bij andere hypotheekgevers met een soortgelijke met Fatum overeengekomen hypothecaire geldlening, maar dat beroep is door het Hof verworpen, omdat niet kan worden gezegd dat bij alle andere hypothecaire geldleningsovereenkomsten de rente in 2004 en 2009 (op initiatief van Fatum) is verlaagd.

12. Naast de twee hiervoor genoemde artikelen geldt in Nederland dat het de financiële instelling vrijstaat gebruik te maken van een eenzijdige wijzigingsbevoegdheid die (alleen) wordt begrensd door de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (vgl. Commissie van Beroep KiFiD 31 januari 2014, nr. 2014-005 en C.H.D.W. van den Borne-Verheijen, 'Variabele rente bij consumentenkrediet', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 4/2014, p. 126-133).

13. Het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof is gewezen naar het recht van Aruba, maar geldt op grond van het beginsel van concordantie van rechtspraak in beginsel ook voor Curaçao, St. Maarten en de BES-eilanden (Bonaire, St. Eustatius en Saba). Ik wijs er echter op dat de BES-eilanden met de Wet financiële markten BES en daarop gebaseerde regelgeving vrij gedetailleerde voorschriften voor financiële instellingen bevatten. Ter illustratie noem ik hier dat financiële instellingen op de BES-eilanden bij het verstrek-

ken van krediet aan particulieren bij wet gebonden zijn aan het verbod van overkreditering en te allen tijde de 'leefnorm' van de kredietnemer in acht moeten nemen. Ten aanzien van dat laatste geldt dat financiële instellingen verplicht zijn het daarvoor ontworpen AFM-rekenmodel te hanteren. In Curaçao en St. Maarten gelden met ingang van 1 mei 2015 de door de Centrale Bank aldaar uitgevaardigde voorschriften genaamd "Provisions on Preventing Overextension of Credit", die sterk op de BES-normen lijken. Wat Curaçao, St. Maarten en de BES-eilanden betreft gaat de zorgplicht inzake een hypothecair krediet dan ook verder dan dat de financiële instelling "voor het sluiten daarvan de kredietwaardigheid van de geldlener heeft gecontroleerd en zich over diens leen- en aflossingsgedrag heeft geïnformeerd", zoals het Hof het voor Aruba vrij algemeen heeft geformuleerd. De tijd zal leren in welke mate de in de diverse jurisdicties geldende normen de zorgplicht in de andere jurisdicties verder zullen inkleuren.

K. Frielink

308

JOR 2018/308

Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao
12 november 2018, CUR201702232 t/m -2236 en -2272, ECLI:NL:OGEAC:2018:281
(mr. Haan)
Noot S.M.C. Nuijten

Brief van bank aan ontheffingshouders omtrent jaarlijks kostenpercentage voor consumentenkrediet kwalificeert als beschikking.

[Lar art. 3]

De van een rechtsmiddelenclausule voorziene brieven van verweerder aan eisers van 8 januari 2015 strekken ertoe de APR (annual percentage rate) provisions te incorporeren in de individuele aan eisers verleende ontheffingen en vormen daarmee een aanpassing van de voorschriften en beperkingen waaronder die zijn verleend. In dat licht bezien kunnen de brieven van 2 mei 2017 niet anders worden begrepen dan als aanvulling van de individuele ontheffingen van eisers met een nieuw voorschrift. Die brieven zijn dan ook niet louter informatief van aard, maar zijn gericht op het rechtsgevolg dat eisers vanaf de vermelde datum gebonden zijn aan een maximum-APR van 27% bij het verlenen van nieuwe consumentenkredieten, waar voorheen daarvoor geen maximum gold en percentages van honderden procenten gebruikelijk waren. Dit rijmt ook met verweerders standpunt dat de ontheffingshouders daaraan inderdaad gebonden zijn.
De brieven van 2 mei 2017 zijn op rechtsgevolg gericht, zodat daartegen bezwaar kon worden gemaakt.

1. Continual BV,
2. RHM Management and Investment Group NV,
3. Caribbean Cash Services NV,
4. Bignet BV,
5. Joyfields International BV,
6. Horizon Financing Curaçao BV,
eisers,
alle gevestigd in Curaçao,
gemachtigden: mr. M.F. Bonapart en mr. P.T. Tweeboom,
tegen
de openbare rechtspersoon
De Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten,
verweerder,
gemachtigden: mr. L.M. Virginia en mr. M. Weijand.

(...; *red.*)

Overwegingen
1. Op grond van artikel 45, eerste lid, van de Landsverordening toezicht bank en kredietwezen 1994, zoals gewijzigd bij P.B. 2015, no. 67 (de Ltbk), is het een ieder verboden zich direct of indirect tot het publiek te wenden ter zake van het aantrekken van opvorderbare gelden of het verlenen van kredieten door anderen dan de kredietinstellingen die zijn ingeschreven in het register, bedoeld in artikel 11, eerste lid. Op grond van het tweede lid is het een ieder verboden, al dan niet door middel van een netwerksysteem, kredietbemiddelingsactiviteiten te verrichten dan wel te faciliteren. Op grond van het vierde lid kan verweerder van het verbod, bedoeld in het eerste en tweede lid, al dan niet op verzoek ontheffing verlenen. Aan de ontheffing kunnen beperkingen

worden gesteld en voorschriften worden verbonden.
2. Eisers zijn houders van ontheffingen ter zake van het verbod van kredietbemiddelingsactiviteiten (de ontheffingen).
Bij brieven van 8 januari 2015 heeft verweerder aan (onder meer) eisers bericht dat: "The enclosed (APR) provisions are hereby made part of your dispensation pursuant to article 45, paragraph 2 (thans: vierde lid) of the National Ordinance on the Supervision of Banking and Credit Institutions 1994 (NG 1994, no. 4) and will become effective on May 1, 2015. Finally, we inform you that as of January 1, 2016 a maximum APR is to be included in the APR provisions which is to be determined by the outcome of a further investigation."
Verweerder heeft de APR provisions in mei 2017 herzien. Daarbij is onder punt 5 "Maximum APR" toegevoegd: "The revised APR provisions will include a maximum APR of 27% which will apply for all new consumer credit as of May 5, 2017 with a transition period of two months, effective as of July 5, 2017."
3. Onder verwijzing naar de uitspraak op het verzoek om voorlopige voorziening van het Gerecht van 2 augustus 2017 heeft verweerder bij de bestreden besluiten de bezwaren van eisers tegen de aan hen gerichte brieven van 2 mei 2017 kennelijk niet-ontvankelijk verklaard, omdat die brieven ertoe zouden strekken eisers in kennis te stellen van de herziening van de APR provisions. Daarmee zouden het mededelingen zijn met een louter informatief karakter, die niet op rechtsgevolg zijn gericht, en die aldus niet als beschikkingen in de zin van artikel 3, eerste lid, van de Lar zouden zijn aan te merken waartegen beroep openstaat.
4. Het Gerecht volgt niet het voorlopige oordeel neergelegd in de vermelde uitspraak op het verzoek om voorlopige voorziening, zoals overgenomen door verweerder bij de bestreden besluiten.
De van een rechtsmiddelenclausule voorziene brieven van verweerder aan eisers van 8 januari 2015 strekken ertoe de APR provisions te incorporeren in de individuele aan eisers verleende ontheffingen en vormen daarmee een aanpassing van de voorschriften en beperkingen waaronder die zijn verleend. In dat licht bezien, kunnen de vermelde brieven van 2 mei 2017 niet anders worden begrepen dan als aanvulling van de individuele ontheffingen van eisers met een nieuw voorschrift. Die brieven zijn dan ook niet louter informatief van aard, maar zijn gericht op het rechtgevolg dat eisers vanaf de vermelde datum gebonden zijn aan een maximum APR van 27% bij het verlenen van nieuwe consumentenkredieten, waar voorheen daarvoor geen maximum gold en percentages van honderden procenten gebruikelijk waren. Dit rijmt ook met verweerders standpunt dat de ontheffingshouders daaraan inderdaad gebonden zijn.
Dat de aanvulling van de APR provisions op termijn met een maximum APR bij de brieven van 8 januari 2015 reeds werd aangekondigd, doet er verder niet aan af dat eerst bij de brieven van 2 mei 2017 een concreet maximum APR als voorschrift aan de individuele ontheffingen werd verbonden. Substantiële wijzigingen van de APR provisions kunnen ontheffingshouders immers alleen binden door aanpassing van de individuele ontheffingen.
5. De slotsom is dat de brieven van 2 mei 2017 op rechtsgevolg zijn gericht, zodat daartegen bezwaar kon worden gemaakt. Verweerder heeft de bezwaren van eisers daartegen dan ook ten onrechte niet-ontvankelijk verklaard. De beroepen zijn gegrond en de bestreden besluiten moeten worden vernietigd. In de omstandigheid dat eisers te kennen hebben gegeven een inhoudelijke bezwaarschriftenprocedure te willen, ook omdat er nog geen kenbare en concrete belangenafweging voorhanden is, ziet het Gerecht aanleiding om te volstaan met vernietiging van de bestreden besluiten en de opdracht aan verweerder om opnieuw, en thans inhoudelijk, op de bezwaren te beslissen.
6. Er bestaat aanleiding om verweerder met toepassing van het Besluit proceskosten bestuursrecht te veroordelen in de proceskosten van eisers bestaande uit de kosten van door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand. Het Gerecht kent daarvoor vier punten toe à NAf 700,-, waarbij het rekening houdt met de voorlopige voorziening en de omstandigheid dat het samenhangende zaken betreft die zijn te beschouwen als één zaak. Verder zal het Gerecht bepalen dat verweerder het voor de behandeling van hun beroepen door eisers betaalde griffierecht aan hen dient te vergoeden.

Beslissing
Het Gerecht:
– *verklaart* de beroepen *gegrond*;
– *vernietigt* de bestreden besluiten;

– *bepaalt* dat verweerder nieuwe inhoudelijke beslissingen op de bezwaarschriften van eisers moet nemen;
– *veroordeelt* verweerder tot betaling aan eisers van hun proceskosten (...; *red.*)

NOOT

1. Zes vennootschappen procederen in deze uitspraak tegen de Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten (CBCS). Zij hebben elk van CBCS een ontheffing gekregen van het verbod al dan niet door middel van een netwerksysteem, kredietbemiddelingsactiviteiten te verrichten dan wel te faciliteren (art. 45 lid 2 Landsverordening toezicht bank en kredietwezen 1994). Bij brief van 8 januari 2015 heeft de CBCS aan de vennootschappen bekendgemaakt dat aan de ontheffingen vanaf 1 mei 2015 het voorschrift werd verbonden dat voldaan moet worden aan de voorschriften inzake het openbaar maken van het jaarlijks kostenpercentage (annual percentage rate, APR) voor consumentenkrediet. In die voorschriften wordt sinds 1 januari 2016 ook een maximaal percentage bepaald. In mei 2017 zijn de voorschriften gewijzigd en is de maximale APR bepaald op 27%. In brieven van 2 mei 2017 zijn de zes vennootschappen daarover geïnformeerd. De vennootschappen maakten bezwaar tegen de brieven van 2 mei 2017 en verzochten de voorzieningenrechter van het Gerecht hangende bezwaar een voorlopige voorziening te treffen door de beslissing in die brieven te schorsen.
2. De voorzieningenrechter moest eerst bepalen of de brieven kunnen worden aangemerkt als een beschikking als bedoeld in art. 3 Landsverordening administratieve rechtspraak (Lar). Daarin wordt een beschikking gedefinieerd als een schriftelijk besluit van een bestuursorgaan inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling die niet van algemene strekking is. Dat de brief schriftelijk was en afkomstig van een bestuursorgaan stond buiten twijfel. De voorzieningenrechter overwoog echter dat naar zijn voorlopig oordeel geen sprake was van een rechtshandeling. In de brief stelde de CBCS de vennootschappen slechts op de hoogte van een wijziging in de voorschriften zodat deze uitsluitend een informatief karakter had. De verzoeken werden dan ook afgewezen (Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 2 augustus 2017, ECLI:NL:OGEAC:2017:288).
3. Gelet op deze uitspraak was te verwachten dat de CBCS het bezwaar niet-ontvankelijk zou achten omdat geen sprake is van een beschikking. Dat gebeurde ook. De CBCS verklaarde de bezwaren op 28 september 2017, bijna twee maanden later, kennelijk niet-ontvankelijk. De vennootschappen stelden beroep in tegen deze beslissing op bezwaar. Het Gerecht begint de beoordeling in r.o. 4 met de mededeling dat het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter niet wordt gevolgd. Het Gerecht overweegt dat de brief van 8 januari 2015, waarin bekend werd gemaakt dat voortaan voldaan moest worden aan de voorschriften, een rechtsmiddelenclausule bevatte en de individuele ontheffingen wijzigde. Omdat in de brieven van 2 mei 2017 bekend werd gemaakt dat deze voorschriften werden gewijzigd, moeten ook deze brieven naar het oordeel van het Gerecht als beschikkingen worden gezien die de individuele ontheffingen wijzigden. Het Gerecht overweegt dat wijzigingen van de voorschriften de betrokken vennootschappen alleen kunnen binden door wijzigingen van de individuele ontheffingen.
4. Dat oordeel leidt tot een opvallend verschil tussen de rechtsbescherming van marktpartijen op wie de voorschriften rechtstreeks van toepassing zijn en van marktpartijen op wie de voorschriften van toepassing zijn via een verleende ontheffing. De eerste groep, marktpartijen die rechtstreeks onder de voorschriften vallen, kunnen geen bezwaar en beroep instellen tegen wijzigingen van de voorschriften nu het algemeen verbindende voorschriften betreft (art. 7 lid 2 Lar, zie ook art. 8:3 Awb). Zij kunnen de rechtsgeldigheid van de voorschriften alleen aan de orde stellen in een exceptief verweer dat gericht is tegen een besluit dat genomen is onder toepassing van de voorschriften. Marktpartijen op wie de voorschriften via de ontheffingsvoorwaarden van toepassing zijn, kunnen tegen wijzigingen echter wel bezwaar en beroep instellen. Helaas gaat het Gerecht op dit verschil en de gevolgen daarvan niet in. Wellicht komt dat in een hoger beroep nog aan de orde.

S.M.C. Nuijten
advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam

12

JOR 2019/12

Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao
4 juli 2018, CUR201802164,
ECLI:NL:OGEAC:2018:160
(mr. Sijsma)
Noot E.P.M. Joosen

Noodregeling Curaçaose verzekeraar ENNIA. Reikwijdte. Verzekeringsbedrijf wordt uitgeoefend door verweersters gezamenlijk. Gezien maatschappelijk belang en in belang van schuldeisers strekt noodregeling zich uit tot niet vergunninghoudende groepsvennootschappen. Machtiging van Centrale Bank.

[Landsverordening Toezicht Verzekeringsbedrijf art. 60]

De door de Centrale Bank ter onderbouwing van haar verzoek aangedragen omstandigheden zijn aannemelijk geworden en vergen naar het oordeel van het Gerecht dat, ter waarborging van de belangen van de schuldeisers (onder wie de verzekerden) van Ennia, de noodregeling wordt uitgesproken.
Alle verweersters behoren tot dezelfde groep, met verweersters 1, 2, 3 en 4 als dochtervennootschappen van verweerster 5. Als niet-weersproken staat vast dat de zeggenschap in alle verweersters uiteindelijk via Parman International BV gelegen is bij groot-aandeelhouder Ansary.
De Centrale Bank verzoekt dat de noodregeling zich niet zal beperken tot de rechtspersonen aan wie de vergunning onder de Landsverordening Toezicht Verzekeringsbedrijf (LTV) was verstrekt (verweersters sub 1, 2 en 3, dus Ennia Caribe Leven, Ennia Caribe Schade en Ennia Caribe Zorg), maar zich ook zal uitstrekken over verweerster 4 (dus EC Investments) en verweerster 5 (dus Ennia Caribe Holding).
Het Gerecht zal de noodregeling ook ten aanzien van verweersters 4 en 5 uitspreken. Aannemelijk is geworden dat het verzekeringsbedrijf van Ennia wordt uitgeoefend door alle verweersters gezamenlijk, waarbij verweerster sub 4 fungeert als een entiteit waarin de onderliggende activa (goeddeels afkomstig uit door verzekeringnemers afgedragen premies) zijn ondergebracht, en waarbij verweerster sub 4 en 5 zich bezighouden met het beheer van de gelden en activa ten behoeve van de verzekeringnemers, verzekerden of andere gerechtigden op uitkeringen. Onbetwist is dat de activa van verweersters 1, 2 en 3 voor 82% bestaan uit leningen aan en vorderingen op gelieerde entiteiten, welke leningen en vorderingen in totaal circa NAf 1,5 miljard bedragen. De Centrale Bank heeft aangevoerd dat zij met de noodregeling primair tot een herstructurering wil komen, om daarmee de solvabiliteit van Ennia te herstellen. Dat is volgens de Centrale Bank slechts mogelijk indien de Centrale Bank in de positie wordt gebracht dat zij de thans bestaande constructie van middellijk beleggen ongedaan kan maken en kan beschikken over de onderliggende activa van het verzekeringsbedrijf. Aannemelijk is geworden dat een noodregeling zonder verweersters 4 en 5, de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van Ennia niet of nauwelijks zal kunnen dienen. Het belang van de schuldeisers van Ennia en het maatschappelijk belang (onbetwist is aangevoerd dat Ennia goed is voor 50% van de totale verzekeringsmarkt in Curaçao en Sint Maarten en voor 80% van de pensioenmarkt van Curaçao) vorderen dat de noodregeling ook ten aanzien van verweersters 4 en 5 wordt uitgesproken.

Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten te Curaçao,
verzoekster,
advocaten: mr. S.M. Altena, mr. K.D. Keizer en mr. S.N.I. Francisco,
tot het uitspreken van de noodregeling ten aanzien van:
1. ENNIA Caribe Leven NV,
2. ENNIA Caribe Schade NV,
3. ENNIA Caribe Zorg NV,
4. EC Investments BV,
5. ENNIA Caribe Holding NV,
alle gevestigd te Curaçao.
verweersters,
hierna gezamenlijk ook 'Ennia',
advocaten: mr. C.H.M. Fiévez en mr. G.P. Roth.

(...; *red.*)

2. Het verzoek
De Centrale Bank verzoekt het Gerecht:
– de noodregeling als bedoeld in artikel 60 LTV uit te spreken ten aanzien van ieder van verweersters;
– de Centrale Bank te machtigen conform het bepaald in artikel 60 lid 2 LTV ten aanzien van al de onder de noodregeling geplaatste vennootschappen; en,
– het bedrag van de kosten van de noodregeling voorlopig vast te stellen op NAf 500.000.

3. De beoordeling
3.1. Verweersters sub 1, 2 en 3 zijn in Curaçao gevestigde verzekeraars in de zin van de LTV en staan onder toezicht van de Centrale Bank.
3.2. Bij besluit van 3 juli 2018 heeft de Centrale Bank de vergunningen van verweersters 1, 2 en 3 ingetrokken, welk besluit diezelfde dag bij deurwaardersexploot aan hen is betekend. Op een hedenmorgen door verweersters 1, 2 en 3 ingediend bestuursrechtelijk verzoek de intrekking bij wijze van voorlopige voorziening te schorsen, is door dit Gerecht afwijzend beslist.
3.3. De Centrale Bank verzoekt thans de noodregeling uit te spreken ten aanzien van Ennia. Ennia heeft verweer gevoerd.
3.4. Artikel 60 lid 1 LTV (zoals gewijzigd in de Landsverordening PB 2015 nr. 67, Landsverordening actualisering en harmonisatie toezichtlandsverordeningen Centrale Bank van Curacao en Sint Maarten (http://www.centralbank.cw/uploads/files/67.%20Lv.%20actualisering%20en%20harmonisering%20toezichtslandsverordeningen%20CBCS%282%29.pdf)) luidt:
Wanneer het belang der gezamenlijke schuldeisers van de verzekeraar, wiens vergunning is ingetrokken een bijzondere voorziening vordert, kan het Gerecht, op verzoek van de Bank de noodregeling uitspreken.
3.5. Volgens de Centrale Bank heeft Ennia een ernstig solvabiliteitstekort dat alleen maar verder verslechtert. Volgens Ennia rechtvaardigt alleen al dit feit het uitspreken van de noodregeling. Daarnaast speelt volgens de Centrale Bank:
(i) dat de beleidsbepalers van verweersters 1, 2 en 3 en de uiteindelijke aandeelhouder de heer H. Ansary (verder: Ansary) de aanwijzingen van de Centrale Bank en de stille curatoren niet opvolgen;
(ii) dat de activa die toebehoren aan Ennia via verweersters 4 en 5 aan het toezicht van de Centrale Bank worden onttrokken, en
(iii) dat is gepoogd 100 miljoen USD te onttrekken aan de effectenrekening van verweerster 4 bij Merrill Lynch in New York de vrees rechtvaardigen dat die activa buiten Ennia worden gebracht.
Deze omstandigheden dragen volgens de Centrale Bank verder bij aan de noodzaak om de noodregeling uit te spreken.
3.6. Ennia heeft in de eerste plaats opgemerkt dat de intrekking van de vergunningen van verweersters 1, 2 en 3 niet zonder meer meebrengt dat zij hun verzekeringsbedrijf niet meer kunnen uitoefenen. Deze opmerking, wat daar verder van zij, laat onverlet dat ingevolge artikel 60 lid 7 LTV een door de verzekeraar tegen de intrekking van een vergunning ingesteld bezwaar of beroep de behandeling van het verzoek tot het uitspreken van de noodregeling niet schorst.
3.7. De door de Centrale Bank ter onderbouwing van haar verzoek aangedragen omstandigheden zijn aannemelijk geworden en vergen naar het oordeel van het Gerecht dat, ter waarborging van de belangen van de schuldeisers (onder wie de verzekerden) van Ennia, de noodregeling wordt uitgesproken. Voor zover door Ennia ter zitting om aanhouding van de beslissing is verzocht, wordt dit afgewezen.
3.8. Alle verweersters behoren tot dezelfde groep, met verweersters 1, 2, 3 en 4 als dochtervennootschappen van verweerster 5. Als niet-weersproken staat vast dat de zeggenschap in alle verweersters uiteindelijk via Parman International B.V. gelegen is bij groot-aandeelhouder Ansary. Bij het verzoekschrift is het volgende organisatieschema gevoegd van de groep waartoe Ennia behoort:

Plaatje niet opgenomen.

3.9. De Centrale Bank verzoekt dat de noodregeling zich niet zal beperken tot de rechtspersonen aan wie de vergunning onder de LTV was verstrekt (verweersters sub 1, 2 en 3, dus Ennia Caribe Leven, Ennia Caribe Schade en Ennia Caribe Zorg), maar zich ook zal uitstrekken over verweerster 4 (dus EC Investments) en verweerster 5 (dus Ennia Caribe Holding). Ennia verzet zich hier tegen en stelt dat het Gerecht en de Centrale Bank voor wat betreft de LTV geen bevoegdheden toekomen met betrekking tot die twee vennootschappen.
3.10. Het Gerecht zal de noodregeling ook ten aanzien van verweersters 4 en 5 uitspreken. Aannemelijk is geworden dat het verzekeringsbedrijf

van Ennia wordt uitgeoefend door alle verweersters gezamenlijk, waarbij verweerster sub 4 fungeert als een entiteit waarin de onderliggende activa (goeddeels afkomstig uit door verzekeringnemers afgedragen premies) zijn ondergebracht, en waarbij verweerster sub 4 en 5 zich bezighouden met het beheer van de gelden en activa ten behoeve van de verzekeringnemers, verzekerden of andere gerechtigden op uitkeringen. Onbetwist is dat de activa van verweersters 1, 2 en 3 voor 82% bestaan uit leningen aan en vorderingen op gelieerde entiteiten, welke leningen en vorderingen in totaal circa NAf 1,5 miljard bedragen. De Centrale Bank heeft aangevoerd dat zij met de noodregeling primair tot een herstructurering wil komen, om daarmee de solvabiliteit van Ennia te herstellen. Dat is volgens de Centrale Bank slechts mogelijk indien de Centrale Bank in de positie wordt gebracht dat zij de thans bestaande constructie van middellijk beleggen ongedaan kan maken en kan beschikken over de onderliggende activa van het verzekeringsbedrijf. Aannemelijk is geworden dat een noodregeling zonder verweersters 4 en 5, de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van Ennia niet of nauwelijks zal kunnen dienen. Het belang van de schuldeisers van Ennia en het maatschappelijk belang (onbetwist is aangevoerd dat Ennia goed is voor 50% van de totale verzekeringsmarkt in Curacao en Sint Maarten en voor 80% van de pensioenmarkt van Curacao) vorderen dat de noodregeling ook ten aanzien van verweersters 4 en 5 wordt uitgesproken. In dat verband wordt verwezen naar HR 15 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1925, NJ 1996, 653 en 24 juni 2005 ECLI:NL:PHR:2005:AT6005).

3.11. Artikel 60 lid 2 LTV luidt:

Bij het uitspreken van de noodregeling machtigt het Gerecht de Bank tot:

a. vereffening van het geheel of van een gedeelte van de portefeuille van de verzekeraar;

b. overdracht van alle of van een deel van zijn rechten en verplichtingen uit of krachtens overeenkomsten van verzekering: of

c. herstructurering van het bedrijf van de verzekeraar.

Zolang de Bank nog niet is gebleken dat de verzekeraar een negatief eigen vermogen heeft, strekt de machtiging mede tot vereffening van het vermogen van de onderneming van de verzekeraar.

3.12. Het op dit artikellid gebaseerde verzoek van de Centrale Bank tot machtiging is dan ook toewijsbaar.

3.13. Ingevolge artikel 69 LTV stelt het Gerecht het bedrag vast van de kosten van de noodregeling en komen deze kosten ten laste van de verzekeraar. De Centrale Bank verzoekt de kosten voorlopig vast te stellen op NAf 500.000.

3.14. Het Gerecht zal het voorschot op de kosten voorlopig vaststellen op NAf 100.000. Het Gerecht verwijst voorts naar het e-mailbericht van de rechter-commissaris in faillissementen aan de Centrale Bank van 19 juli 2016 over de verantwoording en vaststelling van kosten bij noodregelingen (onder de LTBK, maar voor de LTV geldt hetzelfde):

"Zoals u weet is de rol van de rechter te Curaçao bij noodregelingen zeer beperkt. De rechter beslist op het verzoek tot toepassing van de noodregeling, maar komt vervolgens nog slechts in beeld voor de vaststelling van de kosten. Anders dan in Nederland, kent onze wet geen toezicht door en verslaglegging aan een rechter-commissaris. Het toezicht is geheel toevertrouwd aan de Centrale Bank, met een uitzondering dus voor de kosten.

(...)

In alle dossiers worstelen de RC's met het feit dat zij zonder zicht op de uitvoering van de noodregeling invulling moeten geven aan hun wettelijke taak de kosten (marginaal) te toetsen. Ik verwijs in het bijzonder naar de aangehechte brief van RC mr. Hoppers van 5 augustus 2003.

Ik zou willen voorstellen dat in het vervolg bij verzoeken ex art. 35 LTBK ten behoeve van de RC een informatief verslag wordt bijgevoegd, vergelijkbaar met de openbare verslagen zoals curatoren in faillissementen die gewoon zijn in te dienen. Dit zoveel mogelijk met inachtneming van de Faillissementsrichtlijnen 2012 en de daarbij gevoegde modellen, te vinden op de website van het Hof: (...)

Voor de cijfermatige onderbouwing van verzoeken om kostenvaststelling zou voorts standaard op zijn minst een overzicht moeten worden bijgevoegd van de betaalde facturen van externe deskundigen, met vermelding van de namen van de betrokkenen, de basis waarop wordt gedeclareerd (uur/dag), het afgesproken tarief en de aard van de werkzaamheden, alsmede een overzicht van de interne kosten van de Centrale Bank (door wie, wat, wanneer, hoeveel tijd, hoe berekend).

En uiteraard dient na vaststelling van een voorschot (...) steeds een afrekening te volgen."
3.15. Bepaald zal worden dat de Centrale Bank een eventueel nader verzoek om vaststelling van kosten vergezeld dient te laten gaan van een verslag en overzichten als hier bedoeld.

4. Beslissing
Het Gerecht:
4.1. spreekt uit de noodregeling als bedoeld in artikel 60 LTV ten aanzien van ieder van verweersters;
4.2. machtigt de Centrale Bank conform het bepaald in artikel 60 lid 2 LTV ten aanzien van al de onder de noodregeling geplaatste verweersters;
4.3. stelt het bedrag van de kosten van de noodregeling, ingevolge artikel 69 LTV, voorlopig vast op NAf 100.000 en bepaalt dat de Centrale Bank een eventueel nader verzoek om vaststelling van kosten vergezeld dient te laten gaan van een verslag en overzichten als hiervoor onder 3.14 en 3.15 bedoeld.

NOOT

1. Verweersters zijn alle opgenomen in de ENNIA-groep van vennootschappen waarin drie vennootschappen een vergunning hebben van de Centrale Bank tot het uitoefenen van het schadeverzekeringsbedrijf, het levensverzekeringsbedrijf en het zorgverzekeringsbedrijf. De Centrale Bank heeft na een lange voorgeschiedenis en het zich aftekenen van grote financiële problemen bij ENNIA, een verzoek ingediend tot het uitspreken van een noodregeling als bedoeld in art. 60 Landsverordening Toezicht Verzekeringsbedrijf die van toepassing is op verzekeraars gevestigd te Curaçao en Sint Maarten. De Centrale Bank heeft daarbij in het verzoek de drie vergunninghoudende vennootschappen betrokken, maar ook een tweetal niet over een vergunning beschikkende groepsvennootschappen, namelijk de uiteindelijke moedermaatschappij ENNIA Caribe Holding NV en een 100% (naar later blijkt, indirecte) dochtermaatschappij in de groep zonder vergunning van de Centrale Bank, namelijk EC Investments BV.
2. In het eerste verzoekschrift van 4 juli 2018 gaat het om vijf vennootschappen, namelijk alle verweersters in deze zaak. Twee dagen later is een zesde vennootschap, EC Holding NV, bij de aanvraag betrokken. Bij separaat verzoekschrift van de Centrale Bank van 6 juli 2018 is deze zesde vennootschap gevoegd bij de vennootschappen waarop de noodregeling van toepassing dient te zijn. Bij separate beschikking van 6 juli 2018 (ECLI:NL:OGEAC:2018:153, abusievelijk is de uitspraak van het Gerecht in Eerste Aanleg op rechtspraak.nl vermeld als een uitspraak van 6 juni 2018) is deze zesde vennootschap betrokken in de op de groep van toepassing zijnde noodregeling die twee dagen eerder, op 4 juli 2018, tegen de vijf verweersters is uitgesproken. Dit nadat de Centrale Bank had geconstateerd dat zij door ENNIA onjuist was voorgelicht over de structuur van de groep, en dat EC Holding BV als tussenholding door ENNIA was tussengeschoven tussen de uiteindelijke moedermaatschappij (ENNIA Caribe Holding NV) en de werkmaatschappijen, waaronder de drie verzekeraars. De tweede beschikking last de overwegingen en beslissingen van de eerste beschikking van 4 juli 2018 in, in de tegen EC Holding NV uitgesproken noodregeling, omdat aannemelijk is dat het doel van de tegen de andere ENNIA-vennootschappen uitgesproken noodregeling ook voor deze vennootschap geldt.
3. De Centrale Bank beoogt met de acties tegen de ENNIA-vennootschappen te komen tot een herstructurering van de groep en de verbetering van de solvabiliteit van de onder toezicht staande verzekeraar. Het aanvragen van de noodregeling ten aanzien van de zes vennootschappen is voorafgegaan door de intrekking van de vergunning van de drie verzekeraars in de groep en daags erna het aanvragen van de noodregeling. De noodregeling zoals deze is geregeld in de Landsverordening Toezicht Verzekeringsbedrijf wijkt in zoverre af van de noodregeling zoals we die in regelingen voor verzekeraars met zetel in Nederland kenden (de noodregeling wordt per 1 januari 2019 vervangen door de nieuwe regelingen voor herstel en afwikkeling van verzekeraars, zie: *Kamerstukken II* 2017/18, 34 842, Wet herstel en afwikkeling van verzekeraars). In de "Nederlandse" variant van de noodregeling, leidde de toewijzing van het verzoek tot het uitspreken van de noodregeling voor een bank of een verzekeraar tot het benoemen van een bewindvoerder door de rechtbank. In de noodregeling uit hoofde van de Landsverordening Toezicht Verzekeringsbedrijf wordt de desbetreffende machtiging tot het tref-

fen van maatregelen rechtstreeks aan de Centrale Bank verleend.
4. Een van de maatregelen die de Centrale Bank voor ogen staat, nadat de noodregeling tegen de vennootschappen is uitgesproken, is het opheffen van de organisatie van het vermogensbeheer van de ENNIA-groep dat was belegd bij EC Investments BV. Het komt erop neer dat deze vennootschap nagenoeg alle activa van de verzekeraars op haar naam heeft doen stellen en dat de verzekeraars uitsluitend een intragroepvordering op deze vennootschap bezaten. Voorts was gebleken dat het bestuur van EC Investments BV en van ENNIA Caribe Holding NV (de uiteindelijke moedermaatschappij), doende waren om beleggingen die op naam waren gesteld van EC Investments BV te vervreemden. Deze beleggingen, zo wordt door de Centrale Bank impliciet in het verzoek tot uitspreken van de noodregeling genoemd, strekken waarschijnlijk ter dekking van de verzekeringsverplichtingen van de drie onder toezicht staande verzekeraars. Omdat de verzekeraars een ernstig solvabiliteitstekort bezaten en die situatie alleen maar verslechterde, was het uitspreken van de noodregeling tegen de verzekeraars in elk geval geboden. Maar de Centrale Bank verzoekt ook de noodregeling uit te spreken tegen de uiteindelijke moedermaatschappij en de niet onder toezicht staande dochtermaatschappij EC Investments BV, waarin alle beleggingen van de groep waren geconcentreerd. ENNIA verzet zich tegen deze reikwijdte van de verzochte noodregeling, en stelt daarbij dat de Centrale Bank noch het Gerecht in Eerste Aanleg bevoegd zijn om een en ander te verzoeken, respectievelijk daaromtrent een beslissing te nemen.
5. Het Gerecht wijst het verzoek tot het uitspreken van de noodregeling toe, en betrekt daarbij in zijn overwegingen uitdrukkelijk het aspect van de reikwijdte van de noodregeling tot de twee (later drie) niet onder toezicht staande vennootschappen. Het Gerecht overweegt daarbij dat het aannemelijk is geworden dat het verzekeringsbedrijf door alle verweersters (derhalve zowel de verzekeraars als de niet vergunninghoudende groepsvennootschappen) gezamenlijk wordt uitgeoefend. Er is als het ware sprake van een "geconsolideerd" verzekeringsbedrijf. Het Gerecht overweegt daarbij ENNIA Caribe Holding NV en EC Investments BV geacht moeten worden gelden en activa ten behoeve van de verzekeringnemers, verzekerden of andere gerechtigden op uitkeringen te beheren. De Centrale Bank heeft aangevoerd dat zij de constructie van het middellijk beleggen ongedaan wil maken, met andere woorden het zal erop neerkomen, dat de bezittingen van EC Investments BV weer ondergebracht dienen te worden bij de drie verzekeraars. Om een en ander te kunnen bewerkstelligen, zal de aan de Centrale Bank te verlenen machtiging ook dienen te strekken tot de twee (later drie) niet rechtstreeks onder toezicht staande vennootschappen.
6. Het Gerecht wijst het verzoek tot het uitspreken van de noodregeling voor alle in het verzoekschrift genoemde vennootschappen toe. Het Gerecht overweegt daarbij dat zonder het betrekken van ENNIA Caribe Holding NV en EC Investments BV in de noodregelingen en de aan de Centrale Bank te verstrekken machtiging, er niet toegekomen wordt aan het dienen van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers (waaronder de polishouders). Het belang van de schuldeisers van ENNIA en het maatschappelijk belang (ENNIA is met voorsprong de grootste verzekeraar op Curaçao) vergt dat de reikwijdte van de noodregeling zich ook tot de andere vennootschappen uitstrekt. Het Gerecht verwijst daarbij onder meer naar de Hoge Raad-uitspraak inzake het verzoek toepassing noodregeling ex art. 71 e.v. Wtk 1992 op Barings BV (HR 15 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1925, *NJ* 1996/653, m.nt. Perrick). Mij leek die verwijzing naar deze uitspraak minder relevant, omdat volgens de "oude" regelingen van de Wtk 1992, financieringsmaatschappijen die niet voldeden aan de voorwaarden van de Ministeriële Regeling van 4 februari 1993 (Nr. BGW 93/6), van rechtswege als "kredietinstelling" kwalificeerden en er dan ook gronden zijn om ten aanzien van dergelijke instellingen de noodregeling op grond van art. 71 Wtk aan te vragen.
7. In het onderhavige geval was van een dergelijke "herkwalificatie" van de niet onder toezicht staande vennootschappen in de ENNIA-groep geen sprake, zodat toepassing van de noodregeling op deze vennootschappen noodzakelijkerwijs diende te zijn gebaseerd op een nadere uitleg van de Landsverordening. In het onderhavige geval waren de belangen echter zeer zwaarwegend en is een dergelijke extensieve uitleg van de Landsverordening mijns inziens zeer goed verdedigbaar. Ter onderbouwing van een en ander zou het Gerecht ook hebben kunnen verwij-

zen naar de regeling van art. 3A:78 Wft, waarbij (conform de moderne inzichten rondom effectieve afwikkelprocedures) in het nieuwe regime voor de afwikkeling van verzekeraars ook de houdstermaatschappij kan zijn onderworpen aan de afwikkelingsprocedure die dan vervolgens "top-down" wordt geïmplementeerd en betrekking heeft op alle dochterondernemingen in de groep eventueel met inbegrip van niet-gereguleerde entiteiten.

E.P.M. Joosen
bijzonder hoogleraar Financieel Recht, Vrije Universiteit te Amsterdam en advocaat te Amsterdam

108

JOR 2019/108

Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao
31 januari 2019, CUR201803525
(mr. Veling)
Noot E.P.M. Joosen

Noodregeling Curaçaose verzekeraar. Ennia-vennootschappen worden gezamenlijk beschouwd als "verzekeraar" in de zin van Landsverordening Toezicht Verzekeringsbedrijf (LTV). Belang van schuldeisers vereist ingrijpen door toezichthouder. Buiten toepassing laten van noodregeling op entiteiten waar vermogen is ondergebracht is niet aannemelijk in bodemprocedure. Afwijzing vordering tot intrekking c.q. schorsing noodregeling. Verband met Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao 4 juli 2018, «JOR» 2019/12, m.nt. Joosen.

[LTV art. 60]

CBCS heeft in redelijkheid tot de conclusie kunnen komen dat het indienen van een verzoek ex art. 60 lid 1 LTV nodig was en dat in dat verband geen sprake is van schending van opgewekt vertrouwen en/of het proportionaliteitsbeginsel.
Niet aannemelijk is dat de bodemrechter tot het oordeel zal komen dat CBCS onrechtmatig heeft gehandeld door over te gaan tot indiening van het verzoek ex art. 60 lid 1 LTV. Ook is niet aannemelijk dat de bodemrechter tot het oordeel zal komen dat de noodregeling niet moet worden uitgesproken. De situatie is, samenvattend, immers aldus dat Verzekeraars al lange tijd niet voldoen aan de geldende regels op het gebied van solvabiliteit, dat hierin geen verbetering is opgetreden ondanks instructies van CBCS, dat een laatste plan is geblokkeerd door de (uiteindelijke) aandeelhouder en dat in plaats daarvan juist een substantieel bedrag uit de groep wordt gehaald. In die omstandigheden is aannemelijk dat (ook) een bodemrechter tot het oordeel zal komen dat het belang van de gezamenlijke schuldeisers ingrijpen door de toezichthouder vordert en dat dit ingrijpen in de vorm van de noodregeling moet plaatsvinden.
De Ennia-groep is zo vormgegeven dat de activa van Verzekeraars voor veruit het grootste deel bestaan uit vorderingen op de groepsmaatschappijen ENNIA Caribe Holding NV (ECH) en E.C. Investments NV (ECI) en dat laatstgenoemden zijn belast met het beheer van het hun toevertrouwde vermogen. Niet ter discussie staat dat een verzekeraar zijn bedrijf zonder dergelijk vermogensbeheer niet op een economisch gezonde manier kan uitoefenen. Hieruit volgt dat de activiteiten van Verzekeraars niet los van die van ECH en ECI kunnen worden gezien. Dat betekent dat Verzekeraars en ECH en ECI gezamenlijk als "verzekeraar" in de zin van de LTV moeten worden beschouwd. Het belang van de gezamenlijke polishouders vergt dat deze conclusie wordt getrokken. Zouden slechts Verzekeraars als "verzekeraar" in de zin van de LTV worden gezien, dan zou dat betekenen dat degenen die verantwoordelijk zijn voor het beheer van het vermogen van Verzekeraars – en dus voor de vraag of de polishouders erop kunnen rekenen dat Verzekeraars in de toekomst in staat zijn om uitkeringen te doen – geheel aan het zicht van de toezichthouder zijn onttrokken.
De feitelijke gang van zaken biedt steun voor deze beoordeling. Niet ter discussie staat dat CBCS met de Ennia-vennootschappen in overleg was en dat het in dat overleg mede ging om maatregelen die ECI moest nemen om het solvabiliteitsprobleem van Verzekeraars op te lossen. Dit wijst erop dat de verschillende vennootschappen niet los van elkaar gezien kunnen worden.
Het gerecht komt tot het voorlopige oordeel dat de Ennia-vennootschappen gezamenlijk als "verzekeraar" in de zin van de LTV moeten worden beschouwd. CBCS was dus bevoegd om ook ten

aanzien van ECH en ECI om toepassing van de noodregeling te verzoeken. Aangenomen moet worden dat toepassing van de noodregeling met betrekking tot uitsluitend Verzekeraars geen zin zou hebben, gelet op het belang van de gezamenlijke polishouders, nu immers de activa van Verzekeraars materieel in ECI en ECH zitten. Niet aannemelijk is daarom dat de bodemrechter tot het oordeel zal komen dat de noodregeling niet behoort te worden toegepast op ECI en ECH.

Parman International BV te Curaçao,
eiseres,
gemachtigden: mr. A. Bach Kolling, mr. G. te Winkel en mr. F.C. Leijdesdorff,
tegen
de openbare rechtspersoon
Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten te Curaçao,
gedaagde,
gemachtigden: mr. A.M. Altena en mr. K.D. Keizer.

(...; *red.*)

2. De feiten
2.1: Parman is aandeelhouder van ENNIA Caribe Holding N.V. (hierna: ECH).
Meerderheidsaandeelhouder en bestuurder van Parman is de heer H. Ansary.
2.2. ECH is (direct of indirect) aandeelhouder van E.C. Investment B.V. (hierna: ECI), ENNIA Caribe Leven N.V. (hierna: ECL), ENNIA Caribe Zorg N.V. (hierna: ECZ), ENNIA Caribe Schade N.V. (hierna: ECS) en EC Holding N.V. (hierna: Holding).
2.3. ECL, ECZ en ECS zijn actief in de verzekeringsbranche. De drie vennootschappen worden hierna ook aangeduid als Verzekeraars.
2.4. Op grond van de Landsverordening toezicht verzekeringsbedrijf (hierna: L TV) houdt CBCS toezicht op het verzekeringsbedrijf.
2.5. Verzekeraars beschikten tot 3 juli 2018 over een vergunning in de zin van de LTV.
2.6. De activa van Verzekeraars bestaan voor een substantieel deel uit vorderingen op ECH en ECI (zogenoemde "intercompany receivables"). Als gevolg hiervan voldoen Verzekeraars niet aan de solvabiliteitseisen, zoals CBCS die in 2015 heeft gewijzigd.
2.7. Vanaf (in elk geval) 2015 heeft CBCS bij verschillende gelegenheden bij Verzekeraars aangedrongen op verbetering van de solvabiliteit en op terugdringing van het concentratierisico. Bij brief van 4 augustus 2016 heeft CBCS aan Verzekeraars in dit verband een tiental instructies gegeven, waaronder een verbod op een "verdere toename van leningen aan en vorderingen op geaffilieerde entiteiten."
2.8. Bij brief van 22 september 2016 heeft CBCS aan Verzekeraars laten weten dat het door Verzekeraars naar aanleiding van de brief van 4 augustus 2016 gedane voorstel "niet zal leiden tot de vereiste verlaging van het concentratierisico." In de brief heeft CBCS te kennen gegeven voornemens te zijn om stille curatoren bij Verzekeraars aan te stellen (op grond van artikel 31 L TV). Hiertoe is CBCS bij brief van 29 september 2016 overgegaan.
2.9. Bij brief van 21 december 2017 heeft CBCS aan ECL onder meer het volgende bericht:
In light of the above it is the Bank's preliminary conclusion that the proposals concemed, apart from
not being in compliance with the instructions of the Bank, do not provide tangible solutions for the problems at hand.
[...]
Non-compliance with this matter will induce the Bank to take stronger measures against ECL, with the emergency measure as contained in article 60 [...] being one of the possibilities. [...]
[...]
Finally, the Bank reminds you that in the meantime more than a year has passed since the instructions issued by the Bank in its letter of September 22nd, 2016 and that no significant improvement was noted in the exposure ofECL in affiliates.
2.10. In de daarop volgende periode heeft verschillende keren overleg plaatsgevonden tussen de Ennia-groep en CBCS. Op 21 juni 2018 vond een bespreking plaats over een voorstel van het bestuur van de Ennia-groep om te komen tot herstructurering van de groep. Bij deze bespreking was ook Ansary aanwezig.
2.11. Op 22 juni 2018 heeft ECI een bedrag van USD 100 miljoen overgemaakt naar Parman Enterprises LLC. Van deze vennootschap is Ansary bestuurder.
2.12. Op 3 juli 2018 heeft CBCS de vergunning van Verzekeraars ingetrokken.
Verzekeraars hebben tegen die intrekking beroep ingesteld en het gerecht verzocht bij wijze van

voorlopige voorziening het besluit tot intrekking te schorsen. Het gerecht heeft dit verzoek op 4 juli 2018 afgewezen.
2.13. Op (eveneens) 3 juli 2018 heeft CBCS het gerecht verzocht ten aanzien van Verzekeraars en ECH en ECI de noodregeling als bedoeld in artikel 60 L TV uit te spreken. Dit verzoek is op 4 juli 2018, na de in 2.12 bedoelde beslissing van het gerecht, ter zitting behandeld. Bij beschikking (Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao 4 juli 2018, «JOR» 2019/12, m.nt. Joosen; *red.*) van diezelfde dag heeft het gerecht de noodregeling uitgesproken. De uitspraak luidt, voor zover van belang, als volgt:
3.5 Volgens de Centrale Bank heeft Ennia een ernstig solvabiliteitstekort dat alleen maar verder verslechtert. Volgens Ennia [*lees: Centrale Bank; toevoeging gerecht*] rechtvaardigt alleen al dit feit het uitspreken van de noodregeling. Daarnaast speelt volgens de Centrale Bank:
(i) dat de beleidsbepalers van verweersters 1, 2 en 3 [*Verzekeraars; toevoeging gerecht*] en de uiteindelijke aandeelhouder de heer H. Ansary (verder: Ansary) de aanwijzingen van de Centrale Bank en de stille curatoren niet opvolgen;
(ii) dat de activa die toebehoren aan Ennia via verweersters 4 en 5 [*ECH en ECI; toevoeging gerecht*] aan het toezicht van de Centrale Bank worden onttrokken, en
(iii) dat is gepoogd 100 miljoen USD te onttrekken aan de effectenrekening van verweerster 4 bij Merrill Lynch in New York de vrees rechtvaardigen dat die activa buiten Ennia worden gebracht.
Deze omstandigheden dragen volgens de Centrale Bank verder bij aan de noodzaak om de noodregeling uit te spreken.
[...]
3.7 De door de Centrale Bank ter onderbouwing van haar verzoek aangedragen omstandigheden zijn aannemelijk geworden en vergen naar het oordeel van het Gerecht dat, ter waarborging van de belangen van de schuldeisers (onder wie de verzekerden) van Ennia, de noodregeling wordt uitgesproken. Voor zover door Ennia ter zitting om aanhouding van de beslissing is verzocht, wordt dit afgewezen.
3.8 Alle verweersters behoren tot dezelfde groep, met verweersters 1, 2, 3 en 4 als dochtervennootschappen van verweerster 5. Als niet-weersproken staat vast dat de zeggenschap in alle verweersters uiteindelijk via Parman International B.V. gelegen is bij groot-aandeelhouder Ansary. [...]
[...]
3.10 Het Gerecht zal de noodregeling ook ten aanzien van verweersters 4 en 5 uitspreken. Aannemelijk is geworden dat het verzekeringsbedrijf van Ennia wordt uitgeoefend door alle verweersters gezamenlijk, waarbij verweerster sub 4 fungeert als een entiteit waarin de onderliggende activa (goeddeels afkomstig uit door verzekeringnemers afgedragen premies) zijn ondergebracht, en waarbij verweerster sub 4 en 5 zich bezighouden met het beheer van de gelden en activa ten behoeve van de verzekeringnemers, verzekerden of andere gerechtigden op uitkeringen. Onbetwist is dat de activa van verweersters 1, 2 en 3 voor 82% bestaan uit leningen aan en vorderingen op gelieerde entiteiten, welke leningen en vorderingen in totaal circa NAf 1,5 miljard bedragen. De Centrale Bank heeft aangevoerd dat zij met de noodregeling primair tot een herstructurering wil komen, om daarmee de solvabiliteit van Ennia te herstellen. Dat is volgens de Centrale Bank slechts mogelijk indien de Centrale Bank in de positie wordt gebracht dat zij de thans bestaande constructie van middellijk beleggen ongedaan kan maken en kan beschikken over de onderliggende activa van het verzekeringsbedrijf. Aannemelijk is geworden dat een noodregeling zonder verweersters 4 en 5, de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van Ennia niet of nauwelijks zal kunnen dienen. Het belang van de schuldeisers van Ennia en het maatschappelijk belang (onbetwist is aangevoerd dat Ennia goed is voor 50% van de totale verzekeringsmarkt in Curacao en Sint Maarten en voor 80% van de pensioenmarkt van Curacao) vorderen dat de noodregeling ook ten aanzien van verweersters 4 en 5 wordt uitgesproken. In dat verband wordt verwezen naar HR 15 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1925, NJ 1996, 653 en 24 juni 2005 ECLI:NL:PHR:2005:AT6005).
[...]
3.12 Het op [artikel 60 lid 2 LTV; *toevoeging gerecht*] gebaseerde verzoek van de Centrale Bank tot machtiging is dan ook toewijsbaar.
[...]

4. Beslissing
Het Gerecht:
4.1 spreekt uit de noodregeling als bedoeld in artikel 60 LTV ten aanzien van ieder van verweersters;

4.2 machtigt de Centrale Bank conform het bepaald in artikel 60 lid 2 LTV ten aanzien van al de onder de noodregeling geplaatste verweersters;

2.14. Op 6 juli 2018 heeft het gerecht op verzoek van CBCS de noodregeling ook uitgesproken ten aanzien van Holding.
2.15. Na het uitspreken van de noodregeling hebben Verzekeraars het beroep tegen de intrekking van de vergunning ingetrokken. Parman heeft als derde (ook) beroep ingesteld tegen de intrekking van de vergunning. Op dit beroep is nog niet beslist.
2.16. Bij beslissing van 20 december 2018 heeft het Amerikaanse Bankruptcy Court te New York de procedure die heeft geleid tot het uitspreken van de noodregeling erkend als "foreign main proceeding" in de zin van de Bankruptcy Code.
2.17. Artikel 60 LTV luidt als volgt, voor zover van belang:
1. Wanneer het belang der gezamenlijke schuldeisers van de verzekeraar, wiens vergunning is ingetrokken een bijzondere voorziening vordert, kan het Gerecht, op verzoek van de Bank de noodregeling uitspreken.
2. Bij het uitspreken van de noodregeling machtigt het Gerecht de Bank tot:
a. vereffening van het geheel of van een gedeelte van de portefeuille van de verzekeraar;
b. overdracht van alle of van een deel van zijn rechten en verplichtingen uit of krachtens overeenkomsten van verzekering: of
c. herstructurering van het bedrijf van de verzekeraar.
Zolang de Bank nog niet is gebleken dat de verzekeraar een negatief eigen vermogen heeft, strekt de machtiging mede tot vereffening van het vermogen van de onderneming van de verzekeraar.
3. [...]
4. Het Gerecht behandelt het verzoek van de Bank tot het uitspreken van de noodregeling met de meeste spoed op een openbare terechtzitting op de voet van de rechtspleging in burgerlijke zaken, voor zover daarvan bij deze landsverordening niet is afgeweken.
5. [...]
6. Het Gerecht geeft geen beschikking dan nadat de verzekeraar en de Bank zijn gehoord althans behoorlijk zijn opgeroepen.
7. Een door de verzekeraar tegen de intrekking van een vergunning ingesteld bezwaar of beroep schorst de behandeling van het verzoek van de Bank tot het uitspreken van de noodregeling niet.
8. [...]
9. Tegen de beschikking staat generlei voorziening open behoudens cassatie in het belang der wet.

3. Het geschil
3.1. Pannan vordert in kort geding, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad, het volgende:
REDENEN WAAROM
Parman zich wendt tot Uw Gerecht met het verzoek bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:
PRIMAIR
a) Met betrekking tot de Verzekeraars en de Niet Gereguleerde Entiteiten:
i. de CBCS te bevelen een verzoek ex artikel 61 lid 3 LTV in te dienen tot intrekking van de noodregeling binnen een dag gerekend van de datum van het kort gedingvonnis of de CBCS te verbieden uitvoering te geven aan de noodregeling; en
ii. de reeds in het kader van de noodregeling genomen maatregelen en besluiten te schorsen; en
b) de CBCS te bevelen met Parman in overleg te treden met als doel om binnen een door het Gerecht te bepalen termijn een voor alle partijen acceptabele herstructurering van de ENNIA Groep overeen te komen,
SUBSIDIAIR
In geval de primaire vorderingen onder (a) en (b) worden afgewezen,
c) uitsluitend met betrekking tot de Niet Gereguleerde Entiteiten:
iii. de CBCS te bevelen een verzoek ex artikel 61 lid 3 LTV in te dienen tot intrekking van de noodregeling binnen een dag gerekend van de datum van het kort gedingvonnis of de CBCS te verbieden uitvoering te geven aan de noodregeling; en
iv. de reeds in het kader van de noodregeling genomen maatregelen en besluiten te schorsen; en
d) de CBCS te bevelen om binnen zeven dagen na de datum van het kort gedingvonnis schriftelijk uiteen te zetten welke stappen dienen te worden genomen in het kader van de herstructurering van de ENNIA Groep, zodat de Verzekeraars weer voldoen aan het vereiste solvabiliteitsniveau; en
e) de CBCS te bevelen dat de herstructurering binnen een door het Gerecht te bepalen termijn zal worden geïmplementeerd; en
f) te verbieden dat de CBCS enige activa van de ENNIA Groep verkoopt en/of overdraagt aan een

partij of partij en die niet behoren tot de ENNIA Groep; en
g) de CBCS te bevelen om direct nadat de herstructurering is uitgevoerd, een verzoek ex artikel 61 lid 3 LTV in te dienen tot intrekking van de noodregeling ten aanzien van de Verzekeraars en de Niet Gereguleerde Entiteiten (laatstgenoemde entiteiten uitsluitend in geval de vorderingen onder (c) worden afgewezen); en
h) te bevelen dat de CBCS zich onthoudt van negatieve berichtgevingen over Parman, de ENNIA Groep en aan hen gelieerde personen; en
i) de CBCS te veroordelen om uiterlijk binnen veertien dagen na betekening van het vonnis afschrift van de Bescheiden te verstrekken aan Parman, waartoe behoren:
i. alle correspondentie en documentatie vanaf 2006 tot heden die verband houden met de aanwijzingen of instructies die de CBCS aan de
ENNIA Groep hebben gegeven in het kader van de herstructurering van de ENNIA Groep, van 2009, alsmede van de thans beoogde herstructurering, inclusief maar niet beperkt tot schriftelijke aanwijzingen of instructies, notulen van vergaderingen en correspondentie tussen de CBCS, Parman en/of de ENNIA Groep;
ii. de jaarrekeningen van de Verzekeraars en de Niet Gereguleerde Entiteiten van 2006 tot en met 2017;
iii. alle documentatie vanaf 2006 tot heden, waaronder correspondentie tussen de ENNIA Groep en Parman enerzijds en de CBCS anderzijds, betreffende de intercompany receivables van de Verzekeraars en de Niet Gereguleerde Entiteiten, dan wel en de daaraan ten grondslag liggende besluiten, inclusief maar niet beperkt tot schriftelijke aanwijzingen of instructies, notulen van vergaderingen en correspondentie tussen de CBCS, Parman en/of de ENNIA Groep;
iv. bankafschriften van EC Investments die zien op de afgelopen vijf jaar gerekend van de datum van het kort gedingvonnis;
v. alle correspondentie en documentatie die verband houden met alle betalingen die zijn verricht door EC Investments in de periode 2006 tot heden; en
vi. het verzoekschrift tot uitspreken van de noodregeling ten aanzien van EC Holding ingediend door de CBCS op 6 juli 2018, een en ander op straffe van een dwangsom van ANG 500.000 (zegge: vijfhonderdduizend Antilliaanse guldens) per dag dat de CBCS in gebreke blijft aan dit gebod te voldoen, althans een door het Gerecht in goede justitie te bepalen bedrag.
ZOWEL PRIMAIR ALS SUBSIDIAIR
j) een en ander (behoudens het gevorderde onder (i)) op straffe van een dwangsom van ANG 1 miljoen (zegge: een miljoen Antilliaanse guldens) per dag dat de CBCS in gebreke blijft aan een of meer van deze veroordelingen te voldoen, met een maximum van ANG 500 miljoen (zegge: vijfhonderd miljoen Antilliaanse guldens); en
k) de CBCS te veroordelen tot betaling van de kosten van dit geding, alsmede de nakosten, alles te vermeerderen met de wettelijke rente, voor zover mogelijk, indien deze kosten niet zijn voldaan binnen veertien da gen na betekening van het vonnis.
3.2. CBCS heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Zij heeft geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen van Parman, met veroordeling van Parman in de proceskosten.

4. De beoordeling
4.1. Parman heeft aangevoerd dat het vermogen van de Ennia-vennootschappen en daarmee de waarde van haar aandelen is verminderd als gevolg van de toepassing van de noodregeling en dat deze vermindering oploopt naarmate de noodregeling langer duurt. Hiermee is voldoende spoedeisend belang bij de vorderingen gegeven, in elk geval voor wat betreft de vorderingen die betrekking hebben op de schorsing en op het einde van de noodregeling.
4.2. Aan haar vorderingen heeft Parman het volgende betoog ten grondslag gelegd, kort samengevat. Er bestond voor CBCS geen grond om een verzoek in de zin van artikel 60 lid 1 LTV in te dienen. De door CBCS aan het verzoek ten grondslag gelegde redenen deden zich niet voor. Weliswaar is juist dat Verzekeraars niet voldoen aan de solvabiliteitseisen, maar dat is louter een boekhoudkundige kwestie die op eenvoudige wijze kon worden opgelost en die zeker geen drastische maatregel als de noodregeling rechtvaardigde. Bovendien was nog overleg met CBCS over een en ander gaande. In elk geval ontbreekt iedere grondslag om de noodregeling toe te passen ten aanzien van entiteiten die geen verzekeraar zijn, zoals ECH, ECI en Holding. Voorts zijn fundamentele beginselen van een eerlijk proces en diverse algemene beginselen van behoorlijk bestuur geschonden. Ten slotte kon de noodregeling nog helemaal niet worden uitgesproken omdat de in-

trekking van de vergunning van Verzekeraars nog niet onherroepelijk was.
4.3. In het navolgende zal het gerecht dit betoog beoordelen. Het gerecht zal daarbij veronderstellenderwijs aannemen dat Pannan als aandeelhouder de bodemrechter zal kunnen adiëren met een vordering jegens CBCS uit omechtmatige daad (op de grond dat CBCS omechtmatig heeft gehandeld door het verzoek ex artikel 60 LTV in te dienen) dan wel dat voor Parman een rechtsmiddel open staat tegen de beschikking van 4 juli 2018, hoewel op grond van artikel 60 lid 7 LTV ieder gewoon rechtsmiddel is uitgesloten en Parman bovendien geen partij was bij de procedure die tot die beschikking heeft geleid. Denkbaar is dat deze aannames niet juist zijn en dat Pannan reeds om die reden niet-ontvankelijk zou zijn in haar vorderingen, maar omdat partijen in deze procedure grotendeels een inhoudelijk debat hebben gevoerd acht het gerecht het aangewezen ook inhoudelijk op de zaak in te gaan.
4.4. Vast staat dat Verzekeraars niet voldoen aan de richtlijnen van CBCS op het terrein van de solvabiliteit. Uit de aard van de zaak moet worden aangenomen dat die richtlijnen ertoe strekken te waarborgen dat de desbetreffende verzekeraar op langere termijn in staat is om aan zijn verplichtingen te voldoen. De aard van een verzekeringsbedrijf brengt mee dat CBCS in redelijkheid zeer groot gewicht mag toekennen aan de naleving van de desbetreffende richtlijnen. Het vaststaande feit dat Verzekeraars niet aan de desbetreffende regels voldeden en het belang dat aan naleving van die regels toekomst maakt dat CBCS op zichzelf kon overgaan tot het nemen van maatregelen.
4.5. Parman heeft uitvoerig betoogd dat het hier slechts gaat om een boekhoudkundige kwestie die voortvloeit uit het feit dat in 2015 de regels zijn gewijzigd, als gevolg waarvan intercompany receivables niet langer volledig mochten meetellen voor het bepalen van de solvabiliteit van een verzekeraar. Ook heeft Pannan betoogd dat dit probleem eenvoudig kan worden opgelost door een herstructurering van de Ennia-groep. Naar het oordeel van het gerecht legt dit betoog geen gewicht in de schaal.
4.6. In de eerste plaats niet, omdat in dit kort geding de thans geldende regels tot uitgangspunt moeten worden genomen. Nu het tegendeel niet is gesteld of gebleken, moet aangenomen worden dat CBCS in 2015 goede gronden had om de regels met betrekking tot intercompany receivables aan te scherpen. Naar die regels hebben Verzekeraars zich te gedragen, en doen zij dat niet, dan mag de toezichthouder ingrijpen. In dit verband herhaalt het gerecht dat het ingrijpen door CBCS is ingegeven door de problemen met betrekking tot de solvabiliteit van Verzekeraars, dus de financiële gegoedheid op de langere termijn. Het uitvoerige betoog van Parman met betrekking tot de rooskleurige financiële situatie van de Ennia-groep lijkt vooral betrekking te hebben op de mate waarin Verzekeraars in staat zijn om op korte termijn aan hun verplichtingen te voldoen. Dat staat los van de redenen voor het ingrijpen.
4.7. In de tweede plaats slaagt het betoog van Pannan niet, omdat, als juist zou zijn dat de kwestie eenvoudig door middel van een herstructurering zou kunnen worden opgelost, niet valt in te zien waarom die oplossing niet al lang is gerealiseerd. De nieuwe regels gelden immers al geruime tijd. Sterker nog: CBCS heeft onbetwist en onderbouwd met stukken aangevoerd dat de Ennia-vennootschappen al enkele jaren vóór 2015 wisten dat deze nieuwe regels eraan zaten te komen en ook dat dit consequenties zou hebben voor de vennootschappen.
4.8. In het licht van het voorgaande is niet relevant het betoog van Parrnan dat de structuur van de Ennia-groep, die heeft geleid tot de grote omvang van de intercompany receivables, in het verleden (voor 2015) met medeweten of zelfs op last van CBCS tot stand zou zijn gekomen. Wat daar immers ook van zij, dit doet er niet aan af dat de regels nadien zijn gewijzigd en dat Verzekeraars zich daarnaar hebben te voegen.
4.9. Dit alles zou mogelijk in een ander daglicht komen te staan indien CBCS in redelijkheid niet zou hebben kunnen betwijfelen dat de intercompany receivables voldoende financiële zekerheid opleveren voor Verzekeraars of als Verzekeraars inmiddels vergevorderd waren met het terugdringen van de intercompany receivables. Dat kan echter naar voorlopig oordeel van het gerecht niet worden aangenomen. CBCS heeft onbetwist gesteld dat de intercompany receivables sinds 2015 juist zijn toegenomen. Dat dit mede het gevolg was van de noodzaak om een dekkingsprobleem bij een aan de Ennia-groep verbonden bank op te lossen, zoals Parman heeft gesteld, doet hier niet aan af. Verder heeft CBCS concreet onderbouwd dat gerede twijfel bestaat over de waarde van de assets van ECH en ECI, welke assets dienen als zekerheid voor de betaling van de vorderingen

van Verzekeraars. Van belang is in dit verband vooral de waarde van het onroerend goed Mullet Bay in Sint Maarten. Volgens de boeken van ECI is dit veruit de grootste asset. Partijen twisten over de waarde van dit onroerend goed. CBCS beroept zich op een recent rapport waarin de waarde op NAf 90 miljoen wordt getaxeerd. Parrnan betwist de deugdelijkheid van dat rapport en beroept zich op (oudere) taxatierapporten van andere taxateurs, waarin een waarde van omstreeks NAf 770 miljoen wordt genoemd. In dit kort geding is geen plek voor bewijslevering ten aanzien van de exacte waarde van het onroerend goed. Gelet op de door CBCS geboden onderbouwing, is bij de huidige stand van zaken echter onvoldoende aannemelijk dat de opvatting van CBCS met betrekking tot die waarde onjuist is.

4.10. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat voldoende aannemelijk is dat Verzekeraars kampen met een substantieel solvabiliteitstekort, hetgeen op zichzelf ingrijpen van CBCS als toezichthouder rechtvaardigde.

4. 11. Parrnan heeft betoogd dat CBCS ten onrechte het zwaarste middel uit de LTV heeft ingezet en niet heeft gekozen voor minder ingrijpende maatregelen, zoals de last onder dwangsom. CBCS heeft de Ennia-groep met de noodregeling overvallen op een moment dat partijen nog in onderhandeling waren en de eerder gegunde termijn van drie jaren nog niet verstreken was. CBCS heeft hierdoor het vertrouwen van de Enniagroep geschonden en bovendien de vereiste proportionaliteit uit het oog verloren, aldus Parrnan. Het gerecht deelt deze opvatting niet en overweegt daartoe het volgende.

4.12. In de eerste plaats is van belang dat CBCS al andere middelen had beproefd voordat zij tot indiening van het verzoek ex artikel 60 lid 1 LTV overging. Bij brief van 29 september 2016 heeft zij immers stille curatoren bij ECL aangesteld. Dat dit ingrijpen, dat naar voorlopig oordeel niet kan worden beschouwd als een lichte maatregel, eind 2017 volgens CBCS nog niet tot de gewenste verbetering had geleid, blijkt onmiskenbaar uit de brief van CBCS van 21 december 2017. In die brief dreigt CBCS met zoveel woorden met (nog) zwaardere maatregelen, waaronder toepassing van de noodregeling. Uit deze brief volgt ook dat de eerder door CBCS genoemde termijn van drie jaren in redelijkheid niet door de Ennia-groep kon worden beschouwd als een vaste termijn, in die zin dat CBCS zich zou hebben verplicht om geen maatregelen te nemen zolang die termijn niet verstreken was. Eerder ligt in de rede die termijn te beschouwen als een periode waarbinnen Verzekeraars wezenlijke verbetering moesten laten zien, bij gebreke waarvan CBCS alsnog andere maatregelen kon treffen.

4.13. In de tweede plaats geldt het volgende. Juist is dat tussen de Ennia-groep en CBCS nog overleg plaatsvond. Dit overleg heeft geleid tot een bijeenkomst op 21 juni 2018, bij welke gelegenheid ook Ansary aanwezig was en waarbij is gesproken over een plan van (het management van) de Ennia-groep om tot oplossing van de knelpunten te komen. CBCS heeft gesteld dat Ansary bij die gelegenheid geweigerd heeft dit plan te steunen. Ook heeft CBCS aangevoerd dat Ansary tijdens dit overleg het bestaan van het solvabiliteitstekort, dat bevestigd werd in de door de externe accountant gecontroleerde jaarrekeningen, heeft ontkend en voorstellen heeft gedaan die per saldo zouden leiden tot een verzwakking in plaats van een versterking van de vermogenspositie van Verzekeraars. Ten slotte heeft CBCS gesteld dat Ansary op enig moment uit het overleg is weggelopen met de woorden "ok, then you just start the emergency regulation." Parman heeft geen van deze stellingen betwist, zodat het gerecht in dit kort geding uitgaat van de juistheid van de weergave door CBCS. Met de stelling dat partijen "nog volledig in gesprek met elkaar" waren en "zo goed als een oplossing" hadden bereikt (pleitnota Parman sub 6.2), miskent Parman de gang van zaken tijdens het laatste overleg.

4.14. Niet ter discussie staat, in de derde plaats, dat ECI een dag na het hier bedoelde overleg, een bedrag van USD 100 miljoen heeft overgemaakt naar een vennootschap die geheel los staat van de Ennia-groep, maar wel wordt beheerst door Ansary. In het licht van de al geruime tijd door CBCS geuite zorgen over de vermogenspositie van Verzekeraars en de hiervoor besproken gang van zaken tijdens het overleg van 21 juni 2018, heeft CBCS in redelijkheid hieraan de conclusie kunnen verbinden dat een substantieel bedrag nog verder buiten het bereik van Verzekeraars werd gebracht, wat er ook zij van de vraag of het hier een voor ECI normale transactie betrof. Voor de volledigheid overweegt het gerecht nog dat Parman weliswaar heeft gesteld dat CBCS (in de persoon van een van haar bestuurders) op de hoogte was van de beoogde transactie, maar dat CBCS die wetenschap uitdrukkelijk heeft betwist,

zodat in dit kort geding niet van de juistheid van de stelling van Parman kan worden uitgegaan.
4.15. Al met al volgt uit de in 4.12, 4.13 en 4.14 besproken omstandigheden, in onderlinge samenhang beschouwd, dat CBCS in redelijkheid tot de conclusie heeft kunnen komen dat het indienen van een verzoek ex artikel 60 lid 1 L TV nodig was en dat in dat verband geen sprake is van schending van opgewerkt vertrouwen en/of het proportionaliteitsbeginsel.
4.16. Parman stelt zich op het standpunt dat de noodregeling niet kon worden uitgesproken zolang de intrekking van de vergunning van Verzekeraars nog niet definitief is. Omdat eerst Verzekeraars en later Parman (als derde-belanghebbende) tegen die intrekking beroep hebben ingesteld en die beroepsprocedure nog loopt, kon de noodregeling nog niet worden uitgesproken. Dit standpunt is naar voorlopig oordeel van het gerecht onjuist. Uit artikel 60 lid 7 LTV volgt met zoveel woorden dat een rechtsmiddel tegen de intrekking van de vergunning de behandeling van een verzoek ex artikel 60 lid 1 L TV niet schorst. Uit deze tekst en uit de bijbehorende memorie van toelichting volgt dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om de noodregeling te kunnen uitspreken, ongeacht enig rechtsmiddel tegen de intrekking van de vergunning. Het gerecht onderkent dat het instellen van een rechtsmiddel tegen de intrekking van de vergunning als gevolg hiervan mogelijk weinig zin heeft (omdat de intussen onder de noodregeling geplaatste verzekeraar dat beroep vervolgens op last van CBCS zal intrekken), maar dat betekent niet dat in strijd met de bedoeling van de wetgever moet worden geoordeeld dat het uitspreken van de noodregeling moet wachten op het definitief worden van de intrekking. Voor het stellen van een prejudiciële vraag hierover, zoals door Parman gesuggereerd, ziet het gerecht geen aanleiding, daargelaten of in dit geval voldaan is aan de vereisten voor het stellen van een dergelijke vraag als bedoeld in artikel 392 lid 1 Rv-NL (in verbinding met artikel Ic Rijkswet rechtsmacht Hoge Raad).
4.17. Parman heeft ook betoogd dat de beginselen van een goede procesorde zijn geschonden doordat de Ennia-vennootschappen te weinig tijd is gegeven om ordelijk verweer te voeren. Op 3 juli 2018 is het verzoekschrift van CBCS bij het gerecht ingediend en reeds op 4 juli 2018 in de middag vond de behandeling plaats. Deze termijn was onredelijk kort, aldus Parman.
4.18. Het gerecht verwerpt dit betoog. Buiten kijf staat dat de termijn om zich voor te bereiden op de behandeling van het verzoek kort was. Deze korte termijn, die gelet op de aard van de procedure overigens niet ongebruikelijk is in geval van verzoeken om toepassing van de noodregeling, wordt echter gerechtvaardigd door de concrete omstandigheden van het geval. Geconfronteerd met de in 4.14 besproken transactie en gelet op de gang van zaken tijdens de bijeenkomst van 21 juni 2018, heeft immers in redelijkheid de vrees kunnen ontstaan dat de Ennia-groep doende was vermogensbestanddelen (verder) buiten het bereik van Verzekeraars te brengen en dat op zeer korte termijn ingrijpen nodig was. In de gegeven omstandigheden was redelijkerwij s voorzienbaar dat de transactie deze vrees zou oproepen, zodat de Enniagroep in zekere zin de korte behandeltermijn zelf over zich heeft afg eroepen. Dat geldt te meer, nu CBCS jegens de Ennia-vennootschappen al eerder had laten weten toepassing van de noodregeling te overwegen.
4.19. Al het voorgaande brengt het gerecht tot de conclusie dat niet aannemelijk is dat de bodemrechter tot het oordeel zal komen dat CBCS onrechtmatig heeft gehandeld door over te gaan tot indiening van het verzoek ex artikel 60 lid 1 LTV. Ook is niet aannemelijk dat de bodemrechter, oordelend op een rechtsmiddel (indien dit open zou staan), tot het oordeel zal komen dat de noodregeling niet moet worden uitgesproken. De situatie is, samenvattend, immers aldus dat Verzekeraars al lange tijd niet voldoen aan de geldende regels op het gebied van solvabiliteit, dat hierin geen verbetering is opgetreden ondanks instructies van CBCS, dat een laatste plan is geblokkeerd door de (uiteindelijke) aandeelhouder en dat in plaats daarvan juist een substantieel bedrag uit de groep wordt gehaald. In die omstandigheden is aannemelijk dat (ook) een bodemrechter tot het oordeel zal komen dat het belang van de gezamenlijke schuldeisers ingrijpen door de toezichthouder vordert en dat dit ingrijpen in de vorm van de noodregeling moet plaatsvinden. Op deze conclusies stuit de primaire vordering onder a af.
4.20. Parman heeft zich op het (subsidiaire) standpunt gesteld dat de noodregeling ten onrechte ook is uitgesproken over ECH, ECI en Holding, omdat het hier niet gaat om entiteiten die onder toezicht van CBCS staan, zodat CBCS jegens die entiteiten geen bevoegdheden aan de LTV kan ontlenen. Naar het oordeel van het gerecht is niet

aannemelijk dat de bodemrechter Parman in dit standpunt zal volgen. Het gerecht licht dit oordeel als volgt toe.

4.21. Op grond van artikel 60 lid 1 LTV kan CBCS een verzoek tot toepassing van de noodregeling indienen ten aanzien van een "verzekeraar", dat wil zeggen "ieder die het verzekeringsbedrijf uitoefent" (artikel 1 lid 1 sub g LTV). De bevoegdheden van CBCS als toezichthouder staan in de sleutel van de bescherming van de gezamenlijke polishouders (of andere schuldeisers). Op grond van die ratio moet naar het oordeel van het gerecht worden aangenomen dat het begrip "verzekeraar" een materieel begrip is, in die zin dat iedere onderneming die zich feitelijk bezig houdt met de uitoefening van het verzekeringsbedrijf als "verzekeraar" in de zin van de L TV moet worden beschouwd. Dit betekent dat een organisatie die is verdeeld over verschillende rechtspersonen gezamenlijk als één verzekeraar kan worden beschouwd, indien moet worden vastgesteld dat die rechtspersonen tezamen het verzekeringsbedrijf uitoefenen. De door Parman aangehaalde rechtspraak (HR 24 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6005) dwingt niet in een andere richting. In die zaak was kennelijk sprake van een bepaalde constructie die was opgetuigd om, volgens de A-G, "mist" op te trekken. Dat in een zodanig geval de verschillende rechtspersonen gezamenlijk als één onderneming moeten worden beschouwd, behoeft weinig betoog. Maar dat betekent niet dat die conclusie *alleen* in geval van boos opzet kan worden getrokken. Het gaat steeds om de materiële vraag of sprake is van een gezamenlijk uitgeoefend verzekeringsbedrijf, in het licht van de beoogde bescherming van de polishouders.

4.22. In het onderhavige geval is de Ennia-groep zo vorm gegeven dat de activa van Verzekeraars voor veruit het grootste deel bestaan uit vorderingen op ECL en ECI en dat laatstgenoemden zijn belast met het beheer van het hun toevertrouwde vermogen. Niet ter discussie staat – Parman heeft dat zelf herhaaldelijk in deze procedure benadrukt – dat een verzekeraar zijn bedrijf zonder dergelijk vermogensbeheer niet op een economisch gezonde manier kan uitoefenen. Hieruit volgt dat de activiteiten van Verzekeraars niet los van die van ECH en ECI kunnen worden gezien. Dat betekent dat Verzekeraars en ECH en ECI gezamenlijk als "verzekeraar" in de zin van de L TV moeten worden beschouwd. Het belang van de gezamenlijke polishouders vergt dat deze conclusie wordt getrokken. Zouden slechts Verzekeraars als "verzekeraar" in de zin van de L TV worden gezien, dan zou dat betekenen dat degenen die verantwoordelijk zijn voor het beheer van het vermogen van Verzekeraars – en dus voor de vraag of de polishouders erop kunnen rekenen dat Verzekeraars in de toekomst in staat zijn om uitkeringen te doen – geheel aan het zicht van de toezichthouder zijn onttrokken.

4.23. De feitelijke gang van zaken in het onderhavige geval biedt steun voor deze beoordeling. Niet ter discussie staat dat CBCS met de Ennia-vennootschappen in overleg was en dat het in dat overleg mede ging om maatregelen die ECI moest nemen om het solvabiliteitsprobleem van Verzekeraars op te lossen. Dit wijst erop dat de verschillende vennootschappen niet los van elkaar gezien kunnen worden. Ook het optreden van Ansary bij gelegenheid van de bijeenkomst van 21 juni 2018, zoals besproken in 4.13, wijst daarop. Ook in die bijeenkomst ging het immers om het geheel van de Ennia-groep en niet louter om Verzekeraars.

4.24. Het gerecht komt al met al tot het voorlopige oordeel dat de Enniavennootschappen gezamenlijk als "verzekeraar" in de zin van de L TV moeten worden beschouwd. CBCS was dus bevoegd om ook ten aanzien van ECH en ECI om toepassing van de noodregeling te verzoeken. Aangenomen moet worden dat toepassing van de noodregeling met betrekking tot uitsluitend Verzekeraars geen zin zou hebben, gelet op het belang van de gezamenlijke polishouders, nu immers de activa van Verzekeraars materieel in ECI en ECH zitten. Niet aannemelijk is daarom dat de bodemrechter tot het oordeel zal komen dat de noodregeling niet behoort te worden toegepast op ECI en ECH. Hierop stuit de subsidiaire vordering sub c af. In het midden kan blijven of dit alles ook geldt voor Holding. Dat is volgens Parman immers een lege vennootschap die geen activiteiten ontplooit, zodat Parman geen (spoedeisend) belang heeft bij een eventuele schorsing van de noodregeling.

4.25. Met de vorderingen sub b en sub d tot en met g beoogt Parman kennelijk dat de noodregeling en het stadium van de herstructurering van de Ennia-groep zo kort mogelijk duurt. Van een grondslag voor toewijzing van deze vordering is het gerecht echter niet gebleken. Uit de L TV kan niet worden afgeleid dat CBCS verplicht kan worden tot het voeren van overleg met de aandeelhouder van onder de noodregeling geplaatste en-

titeiten. Evenmin is de noodregeling op voorhand aan een zekere termijn gebonden. Op zichzelf valt daarom niet in te zien op welke grond CBCS verplicht kan worden de herstructurering van de Ennia-groep binnen een bepaalde termijn te realiseren en/of de duur van de noodregeling op voorhand te beperken. Dit laat onverlet dat van CBCS verwacht mag worden voldoende voortvarend te werk te gaan. Denkbaar is dat het voortduren van de noodregeling op enig moment niet langer nodig is en dat dus van CBCS initiatieven verwacht mogen worden om de noodregeling tot een einde te brengen. Niet gezegd kan echter worden dat dit stadium nu al is bereikt of al in het verschiet ligt, daargelaten of het op enig moment aan Parman als aandeelhouder is om dit in rechte aan de orde te stellen. Een grond om in dit verband een voorziening te treffen is er dus niet.

4.26. De vordering sub h strekt tot een verbod aan CBCS om zich negatief uit te laten over Parman, de Ennia-groep en aan hen gelieerde personen. Deze vordering is niet toewijsbaar. In beginsel mag CBCS zich uitlaten op de wijze die haar goed dunkt, vanzelfsprekend binnen de grenzen van artikel 6: 162 BW. Dat CBCS die grenzen te buiten is gegaan of dreigt te gaan, is niet aannemelijk geworden.

4.27. Onder i. vordert Parman afschrift van een aantal (categorieën van) bescheiden.

De bescheiden hebben betrekking op de activiteiten van ECI, de cijfers van de Enniavennootschappen en de contacten met CBCS over de intercompany receivables en de beoogde herstructurering. Parman heeft aangevoerd dat zij, sinds het uitspreken van de noodregeling, verstoken is van informatie omtrent de toestand bij de Enniavennootschappen, terwijl zij die informatie nodig heeft ter nadere onderbouwing van haar stellingen in de onderhavige procedure en in de beroepsprocedure tegen de intrekking van de vergunningen. CBCS heeft verweer gevoerd tegen deze vorderingen, met dien verstande dat zij bij verweerschrift het sub vi. genoemde verzoekschrift heeft overgelegd.

4.28. Naar het oordeel van het gerecht komt de vordering niet voor toewijzing in aanmerking. Daartoe wordt het volgende overwogen.

4.29. In dit vonnis is het gerecht tot het oordeel gekomen dat de vorderingen van Parman gericht op het einde van de noodregeling onvoldoende aannemelijk zijn. Dit oordeel is gebaseerd op een inhoudelijke bespreking van de stellingen van partijen. Niet aannemelijk is geworden dat dit voor Parman negatieve oordeel het gevolg is van een achterstand in haar bewijspositie. Nu aldus de vorderingen met het oog waarop Parman inzage in bepaalde bescheiden wenst onvoldoende aannemelijk zijn, valt niet in te zien dat zij een rechtmatig belang heeft bij die inzage (artikel 843a lid 1 Rv). In deze omstandigheden moet voorts worden aangenomen dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd. Aldus bestaat ook op grond van artikel 843a lid 4 Rv aanleiding om de vordering af te wijzen. Dat geldt overigens ook in het licht van de door Parman genoemde beroepsprocedure tegen de intrekking van de vergunningen, nu in een dergelijke procedure CBCS als bestuursorgaan op grond van artikel 23 LAR verplicht is de op de zaak betrekking hebbende stukken in het geding te brengen. Voor zover Parman zou menen dat de gevraagde gegevens nodig zijn met het oog op een eventuele civiele bodemprocedure, geldt dat onvoldoende aannemelijk is dat zij bij haar vordering voldoende spoedeisend belang heeft.

4.30. Als de in het ongelijk gestelde partij zal Parman worden veroordeeld in de proceskosten.

(...; *red.*).

5. De beslissing

Het Gerecht:

Rechtdoende in kort geding:

5.1. wijst de vorderingen af;

5.2. veroordeelt Parman in de proceskosten (...; *red.*);

5.3. verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. Parman International BV (Parman) is de directe en enige aandeelhouder van Ennia Caribe Holding BV (ECHBV), welke houdstermaatschappij de moedermaatschappij is van (direct en indirect) een aantal te Curaçao gevestigde vennootschappen, waaronder drie verzekeringsmaatschappijen die onder toezicht stonden van de Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten (CBCS). Het door Parman bij het Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao (Gerecht) tegen de CBCS aangespannen kort geding is een uitvloeisel van de beslissingen van de CBCS om ten aanzien van (onder meer)

de drie verzekeraars de vergunning in te trekken en van de ten aanzien van de verzekeraars, enkele niet onder toezicht staande zustermaatschappijen en ECHBV in juli 2018 uitgesproken noodregeling als bedoeld in art. 60 Landsverordening Toezicht Verzekeringsbedrijf (LTV). Zie over deze beschikkingen van de CBCS mijn annotatie in «JOR» 2019/13. Parman heeft naast het onderhavige kort geding ook beroep ingesteld tegen de intrekking van de vergunningen van de verzekeraars in de Ennia-groep, en dit hoger beroep is op het moment dat het kort geding nog speelt nog aanhangig.

2. Parman vordert in kort geding, kort gezegd, opschorting dan wel ongedaanmaking van de beschikkingen van de CBCS tot het uitspreken van de noodregeling en voorts ongedaanmaking van alle (rechts)handelingen die als gevolg van die noodregeling zijn voltrokken. Voorts vordert Parman dat de CBCS een grote hoeveelheid documentatie en informatie aan Parman overhandigt, kort gezegd nagenoeg de volledige administratie van de vennootschappen waartegen de noodregeling is uitgesproken. De vorderingen van Parman betreffen zowel de gereguleerde verzekeraars als de niet gereguleerde groepsmaatschappijen, waaronder ECHBV. De vorderingen gaan gepaard met een verzoek om aan de CBCS dwangsommen op te leggen voor iedere dag dat de CBCS aan de vorderingen geen gevolg geeft.

3. De vorderingen van Parman zijn gebaseerd op het bepaalde in art. 61 LTV waarbij aan de CBCS de bevoegdheid is toegekend om tot intrekking over te gaan van een eerder uitgesproken noodregeling tegen een verzekeraar (en andere entiteiten ten aanzien waarvan de noodregeling is uitgesproken). De vorderingen van Parman komen erop neer dat de CBCS wordt bevolen om het bepaalde in art. 61 LTV toe te passen. De vorderingen worden, kort gezegd, gemotiveerd doordat Parman als aandeelhouder in haar belangen wordt geschaad, doordat als gevolg van de uitgesproken noodregeling de waarde van de aandelen in de vennootschappen ten aanzien waarvan de noodregeling is uitgesproken is gedaald, en elke dag dat de noodregeling voortduurt nog meer in waarde zal dalen. Dit punt leidt ertoe dat er voldoende spoedeisend belang is wat betreft de vorderingen tot schorsing en beëindiging van de noodregeling.

4. De gronden voor de vorderingen zijn, onder meer, gebaseerd op het feit dat de beroepsprocedure betreffende de intrekking van de vergunning van de verzekeraars nog aanhangig is, en de beslissing van de CBCS tot intrekking om die reden nog niet onherroepelijk was. Voor het mogen toepassen van de procedure van de noodregeling krachtens de bepalingen van de Landsverordening, dient de CBCS eerst over te gaan tot intrekking van de vergunning. Nu de beslissing tot intrekking van de vergunningen nog niet onherroepelijk was, mocht de CBCS niet overgaan tot het uitspreken van de noodregeling, aldus Parman. Parman onderbouwt de vorderingen in kort geding voorts, onder meer, met een beroep op schending van algemene beginselen van behoorlijk bestuur die de CBCS in acht diende te nemen bij de beslissingen tot intrekking van de vergunning respectievelijk de bij het gerecht verzochte toepassing van de noodregeling.

5. Met een uitvoerige inhoudelijke onderbouwing verwerpt het Gerecht de argumenten van Parman dat van een noodzaak tot een verzoek van de CBCS tot het doen uitspreken van de noodregeling in juli 2018 geen sprake was. Parmans stelling dat de problematiek bij de Ennia-verzekeraars en het (ook door Parman onderkende) solvabiliteitstekort door middel van een herstructurering hadden kunnen worden opgelost wordt daarbij verworpen, onder meer met de overweging dat de Ennia-verzekeraars enkele jaren de tijd hebben gehad om de problematiek te verhelpen, maar geen uitvoering gaven aan daartoe strekkende instructies van de CBCS.

Voorts wordt door Parman betoogd dat de intragroepsschulden van groepsmaatschappijen aan de onder toezicht staande verzekeraars (een van de knelpunten die de CBCS deed handelen en de noodregeling deed verzoeken) door middel van voldoende zekerheden waren gedekt. Daardoor zou het door de CBCS geconstateerde concentratierisico van de verzekeraars (het feit dat de verzekeraars in feite hun te beleggen middelen investeerden in een klein aantal debiteuren, waardoor er een te groot kredietrisico bestond) minder zwaar wegen dan de CBCS doet veronderstellen. Dit argument wordt door het Gerecht verworpen, mede omdat een kort geding niet de ruimte biedt om te komen tot een definitieve beoordeling (aan de hand van taxaties of dergelijke waardebepalingen) van de waarde van de aan de verzekeraars geboden zekerheden.

Het leidt allemaal tot het oordeel van het Gerecht dat voldoende aannemelijk is dat de verzekeraars

kampten met een substantieel solvabiliteitstekort, "hetgeen op zichzelf ingrijpen van CBCS als toezichthouder rechtvaardigde" (r.o. 4.10).
6. Het Gerecht verwerpt voorts het argument van Parman dat de CBCS heeft gegrepen naar het zwaarste middel, de noodregeling, terwijl minder zware handhavingsmaatregelen (bijvoorbeeld een last onder dwangsom) een beter geschikte maatregel zouden zijn, die voorts een proportioneel handelen van de toezichthouder zou hebben opgeleverd. Het Gerecht gaat in dat kader in op de lange voorgeschiedenis van handhavingsmaatregelen van de CBCS, waaronder de benoeming van stille curatoren en dat dit niet tot de gewenste verbetering had geleid. De CBCS heeft vervolgens zes maanden voor de toepassing van de noodregeling ook aangezegd dat hij overwoog om de noodregeling toe te passen indien er niet overgegaan zou worden tot verbetering van de solvabiliteitspositie van de verzekeraars, hetgeen allemaal tot niets heeft geleid. Daarbij komt dat Parman (en haar enig aandeelhouder) een onjuiste weergave gaven van de gang van zaken in een van de laatste besprekingen met de CBCS voorafgaand aan het verzoek van de CBCS tot het uitspreken van de noodregeling, welke gang van zaken door het Gerecht wordt geïnterpreteerd als een eenzijdige beëindiging van de onderhandelingen door Parman, en niet, zoals Parman (achteraf) betoogt, als lopende gesprekken over de verbetermaatregelen.
Wat daar nog bij komt, is dat Parman, althans haar enige aandeelhouder, daags nadat de gesprekken met de CBCS in de zomer van 2018 waren beëindigd, een zeer significant bedrag aan het vermogen van de verzekeraars had onttrokken, waardoor er een nog duidelijkere verslechtering van de solvabiliteitspositie van de verzekeraars ontstond. Parmans stelling dat deze onttrekking geschiedde met medeweten van de CBCS is door de CBCS in deze kortgedingprocedure weersproken, waardoor, volgens het Gerecht, niet van de juistheid van de stelling van Parman kan worden uitgegaan.
Alles afwegend komt het Gerecht tot het oordeel dat de CBCS in redelijkheid tot de conclusie kon komen dat het indienen van een verzoek tot het uitspreken van de noodregeling nodig was en dat in dat verband geen sprake is van schending van opgewekt vertrouwen en/of het proportionaliteitsbeginsel.
7. Voorts gaat het Gerecht in op de stellingen omtrent de niet-onherroepelijkheid van de intrekking van de vergunning als een beletsel om over te gaan tot het verzoeken van de noodregeling. Het Gerecht wijst daarbij op het bepaalde in art. 60 lid 7 LTV waarin met zoveel woorden is bepaald dat niettegenstaande een ingesteld rechtsmiddel tegen de intrekking van de vergunning, er desondanks overgegaan kan worden tot het verzoeken van de noodregeling en dat het verzoek dienaangaande niet wordt geschorst. Ook de verdere klachten van Parman, namelijk dat haar onvoldoende tijd is gegund om zich te verweren tegen het ingediende verzoek tot het uitspreken van de noodregeling, treffen geen doel. Het Gerecht betoogt hieromtrent dat er, gezien de onttrekkingstransactie die had plaatsgevonden, een gerechtvaardigde vrees bestond dat de Ennia-groep doende was om nog meer vermogen aan de verzekeraars te onttrekken en dat het om die reden Ennia zelf is geweest die de korte behandeltijd van het verzoek tot uitspreken van de noodregeling over zichzelf heeft afgeroepen.
8. In het tweede deel van het kortgedingvonnis worden nog een aantal andere onderwerpen aangesneden, waarbij ik de meest in het oog springende kwestie wil aanstippen, namelijk de vraag of het uitspreken van de noodregeling tegen de niet vergunninghoudende vennootschappen gerechtvaardigd was. De CBCS was tot die stap overgegaan onder meer om te bevorderen dat de kennelijk in de niet gereguleerde entiteiten overgehevelde activa en belangen van de verzekeraars op een "geconsolideerde wijze" in één procedure konden worden betrokken in het belang van de polishouders en andere crediteuren van de verzekeraars. Parman betwist dat er goede gronden zijn voor een dergelijke aanpak (kennelijk wil Parman de controle terughalen over de niet gereguleerde entiteiten om alsnog te doen waar het vlak voor de noodregeling mee was aangevangen). Het Gerecht overweegt dat de door de CBCS gevolgde aanpak op goede gronden is gebaseerd, en ziet geen aanleiding om de noodregeling van de niet gereguleerde entiteiten ter discussie te stellen.
9. De aandeelhouder van de Ennia-groep wenst zich niet neer te leggen bij de tegen de groepsvennootschappen uitgesproken noodregeling en, niettegenstaande het feit dat art. 60 LTV het instellen van rechtsmiddelen (behoudens cassatie in het belang van de wet) tegen een beslissing

van het Gerecht tot het uitspreken van de noodregeling uitsluit, probeert via een omweg (namelijk het aanspannen van een kort geding) alsnog zijn gelijk te halen. Het is merkwaardig dat het Gerecht zo uitvoerig ingaat op de argumenten van Parman en niet simpelweg tot niet-ontvankelijkheid van de vorderingen heeft geoordeeld. De Landsverordening is helder in de beperking van het instellen van rechtsmiddelen tegen beslissingen van het Gerecht tot het uitspreken van de noodregeling. Dat had het Gerecht de moeite kunnen besparen om in te gaan op de wel zeer merkwaardig aandoende en met enige chicanes omklede opvatting van eiseres. Die lijkt uit te gaan van de veronderstelling dat een aandeelhouder van een onder toezicht staande verzekeraar zich niets gelegen hoeft te laten liggen aan de behartiging van de belangen van andere belanghebbenden, in het bijzonder de polishouders. De Ennia-verzekeraars waren zo ongeveer de grootste verzekeraars van Curaçao en er was derhalve een zwaarwegend belang om zorg te dragen dat de gijzeling van deze onderneming door haar aandeelhouder werd beëindigd. Er was gewoon sprake van een zwaarwegend openbaar belang dat hard ingrijpen van de CBCS zonder enige twijfel rechtvaardigde. Dat publiekrechtelijk te beschermen belang resulteert erin dat de privaatrechtelijke belangen van de aandeelhouder op zijn minst worden bevroren, of zelfs onherroepelijk worden afgeschreven. Een onderneming die een verzekeringsbedrijf uitoefent, kan niet worden bestuurd en beheerd alsof het een gewone commerciële onderneming is. Voor het geven van prioriteit aan de belangen van de aandeelhouder is in dergelijke situaties geen plaats of ruimte. Eerst dienen de belangen van de polishouders te worden behartigd, en, ook al duurt dat vele jaren, daarna kan eventueel worden toegekomen aan het behartigen van de belangen van anderen, waaronder de aandeelhouders.

E.P.M. Joosen
bijzonder hoogleraar Financieel Recht, Vrije Universiteit te Amsterdam en advocaat te Amsterdam

209

JOR 2020/209

Gemeenschappelijk Hof van Justitie
21 april 2020, nr. AUA2019H00038,
ECLI:NL:OGHACMB:2020:84
(mr. Scholte, mr. Meijer, mr. De Boer)
Noot K. Frielink

Antilliaanse zaak. Rente bij consumentenkrediet (APR van meer dan 27% per jaar) is in strijd met goede zeden en openbare orde.

[BW art. 3:40 lid 1]

Het is een algemeen ervaringsfeit dat veel mensen, bij de huidige lage rentestand, rentepercentages van ruim boven de tien percent – ook al zijn die in de markt niet zeldzaam – snel als exorbitant en onaanvaardbaar aanmerken. Daarbij is niet altijd duidelijk of die veroordeling betrekking heeft op de vermeende exorbitante winsten die met dergelijke percentages zouden worden gemaakt of dat deze meer fundamenteel berust op de overtuiging dat het niet juist is om een ander tot zulke hoge lasten te verplichten. De veruit belangrijkste en krachtigste objectieve aanwijzing op dit punt is echter dat, met uitzondering tot op heden van Aruba, in alle delen van het Koninkrijk de noodzaak is gevoeld om de rente op consumentenkrediet met een maximum aan banden te leggen. In Curaçao en Sint Maarten hanteert de Centrale Bank bij het verlenen van vergunningen een maximale APR van 27%. Bij al deze interventies blijkt dat de leidende gedachte is geweest dat een hoger percentage niet behoort te (kunnen) worden bedongen gelet op de sociale en maatschappelijke kosten die het gevolg zijn van kredietverlening tegen (te) hoge percentages aan mensen die deze eigenlijk niet – of bij een terugval in inkomen niet meer – kunnen opbrengen.
Tegen die achtergrond kan voor de soort overeenkomst waar het in deze zaak over gaat – kredietverlening aan consumenten met een vaste baan voor een looptijd van een jaar of langer, waarbij geen of louter persoonlijke zekerheden (zoals borgtocht) zijn bedongen – worden aangenomen dat een APR hoger dan 27% nietig is wegens strijd met de Aru-

baanse goede zeden en openbare orde. In alle delen van het Koninkrijk zijn die percentages immers in de ban gedaan en er is geen reden om aan te nemen dat het ontbreken van regelgeving in Aruba berust op principieel andere inzichten en afwegingen betreffende de geschetste problematiek. Voor in elk geval deze groep overeenkomsten is door de relevante regelgevende instanties geoordeeld dat een hoger rentepercentage marktpartijen in staat stelt om exorbitante winsten te maken en/of om hun kredietverlening uit te breiden tot een zodanig grote groep kredietzoekenden dat die ook (te veel) consumenten omvat die zo'n lening eigenlijk niet kunnen dragen.
Niet is gebleken dat het bij de kredietovereenkomsten van Island Finance Aruba NV (IFA) anders ligt. IFA heeft wel gesteld dat zij de rentepercentages afstemt op het risico, maar dat zij dit per klant doet en dat daarmee bovenstaande bezwaar wordt ondervangen, is niet gebleken. Het belang van de rechtszekerheid en de hanteerbaarheid van het recht – vooral ook in verstekzaken die in deze materie veel voorkomen – rechtvaardigt dat een zaakoverstijgende lijn wordt gevolgd.
Dat IFA met haar huidige bedrijfsvoering een vergunning heeft verkregen leidt ten slotte evenmin tot een ander oordeel. Gelet op meergenoemde consensus en de omstandigheid dat aan het vergunningenbeleid van de Arubaanse Centrale Bank geen eenduidige opvatting over de toelaatbaarheid van hoge rentes ten grondslag ligt, kon IFA aan die vergunning niet het vertrouwen ontlenen dat de door haar toegepaste percentages (mochten die hoger en – anders dan in deze zaak het geval is – zelfs ruim hoger liggen dan 27%) iedere toetsing, ook die aan de goede zeden en de openbare orde, zouden kunnen doorstaan.
Tot nader order van de wetgever zal het Hof daarom, in zowel Aruba als in Curaçao en Sint Maarten, een APR van meer dan 27%, ook al is deze expliciet overeengekomen en zijn de daaruit voortvloeiende verplichtingen duidelijk omschreven, beschouwen als nietig op grond van art. 3:40 lid 1 BW.

Island Finance Aruba NV te Aruba,
appellante,
gemachtigden: mr. M.E.D. Brown, mr. A.E. Barrios en mr. E.H.J. Martis,
tegen
[geïntimeerde],
gemachtigde: mr. M.O. Lopez.

(...; *red.*)

2. De beoordeling
2.1. In hoger beroep kan (mede gelet op de in appel niet bestreden oordelen van het Gerecht) worden uitgegaan van het volgende.
2.1.1. IFA is de Arubaanse vestiging van een onderneming die haar bedrijf maakt van het verstrekken van kredieten.
2.1.2. Partijen zijn op 3 februari 2012 een overeenkomst van verbruikleen (geldlening) overeengekomen. De overeenkomst vermeldt onder meer
1. Schuldenaar ontvangt ter leen van Island Finance Aruba N.V. een bedrag groot Afl. 14.999,27.
2. Schuldenaar dient terug te betalen dit bedrag vermeerderd met de overeengekomen rente als zo in totaal Afl. 27.920,40.
3. Schuldenaar verbindt zich dit totaal bedrag ad Afl. 27,920,40 terug te betalen aan Island Finance N.V. in totaal 60 maandelijkse termijnen elk groot Afl. 465,34 waarvan de eerste termijn vervalt op 04/17/2012 en de laatste op 03/17/2017. Het bedrag van de laatste termijn kan afwijken van de maandelijkse termijnen.
4. Effectieve rente 27,25% Nominale rente 27,25%.
5. Elke betaling wordt steeds geacht te zijn geschied ter voldoening van die termijn die het langste vervallen is.
6. Schuldenaar zal indien een vervallen termijn of een gedeelte daarvan niet wordt betaald binnen 15 dagen na vervaldatum van die afzonderlijke termijn over die termijn dan wel over het niet betaalde deel daarvan een eenmalige boeterente van 5% verschuldigd zijn aan Island Finance N.V.
7. Hoofdsom, rente, boeterente en al wat Island Finance N.V. verder terzake te vorderen heeft zal terstond opeisbaar zijn, zonder waarschuwing of ingebrekestelling, bij faillissement, overlijden of onder curatelestelling, van de schuldenaar, bij zijn/haar aanvraag om surseance van betaling, bij niet op tijd betalen der verplichte aflossingen en bij niet nakomen van een of meer zijner/harer verplichtingen uit deze overeenkomst.
8. Alle redelijk door Island Finance N.V. gemaakte kosten, daaronder begrepen, doch niet beperkt tot porto-, telegram-, telefoon-, telex-, telefaxkosten en bemiddelingskosten naar aanleiding van een geschil met de schuldenaar of een derde, worden door de schuldenaar gedragen. De buitengerechtelijke incassokosten bedragen 15% van het door de schuldenaar verschuldigde bedrag. Alle gerechtelijke kosten, daaronder begrepen doch niet beperkt tot

advocatenkosten, deurwaarderskosten en griffierechten worden geheel door de schuldenaar gedragen.
9. Schuldenaar verklaart het in artikel 1 van deze overeenkomst genoemde bedrag ontvangen te hebben en voegt ter erkenning van de verschuldigdheid hieronder een goedschrift aan de overeenkomst toe. [...].
2.1.3. Op het moment dat [geïntimeerde] de lening aanging had zij een betaalde vaste baan. Zij is op enig moment in 2013 tijdelijk arbeidsongeschikt geraakt en zij is sinds 2014, na even zonder werk te hebben gezeten, in vaste dienst bij Medwork.
2.1.4. Tot april/mei 2013 heeft [geïntimeerde] de overeengekomen termijnen stipt voldaan. Nadien zijn haperingen ontstaan, ook in de betaling van de lagere bedragen die zij aan IFA had toegezegd; zo is in 2014 slechts eenmaal fl. 300,-. betaald. In de periode tot 31 augustus 2015 heeft [geïntimeerde] in totaal Afl. 8.734,78 aan IFA betaald.
2.15. IFA heeft de lening opgeëist. Nadat betaling uitbleef heeft IFA op 24 februari 2016 ten laste van [geïntimeerde] derdenbeslag gelegd onder haar werkgever Medwork.
2.2. Bij dit geding inleidend verzoekschrift van 7 maart 2016 heeft IFA [geïntimeerde] in rechte betrokken en gevorderd dat het Gerecht, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad, [geïntimeerde] zal veroordelen tot betaling van de som van Afl. 12.857,58, vermeerderd met de overeengekomen rente van 1,4% per maand vanaf 31 januari 2014 tot een maximum van Afl. 12.921,13 en na het bereiken van dit maximum te vermeerderen met de wettelijke rente en 15% als overeengekomen vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten. Een en ander met veroordeling van [geïntimeerde] in de proceskosten, waaronder de kosten van het beslag.
2.3. Het Gerecht heeft na twee comparities, gevolgd door aktewisselingen, bij eindvonnis de vordering van IFA toegewezen tot een bedrag van Afl. 6.264,49 (Afl. 14.999,27 minus 8.734,38) te vermeerderen met de door het Gerecht gematigd vastgestelde rente van 18% jaarlijks of 1,5% maandelijks gerekend vanaf 1 september 2015 tot en met 17 maart 2017 en vanaf 18 maart 2017 tot aan de dag van voldoening de wettelijke rente. De kosten heeft het Gerecht tussen partijen gecompenseerd.
2.4. Het toegewezen bedrag heeft het Gerecht bepaald op basis van een herberekening die IFA desverzocht had gemaakt nadat het Gerecht als zijn voorlopig oordeel te kennen had gegeven dat ook in dit geval het bedingen van een hogere rente dan 18% in strijd is met de goede zeden, met het gevolg dat de overeenkomst (slechts) voor zover deze tot meer verplicht nietig is.
Dat oordeel heeft het Gerecht in zijn eindvonnis gehandhaafd, nadat het met partijen had gesproken over de betekenis voor deze zaak van de uitspraak van dit Hof van 24 juli 2018 in de zaak met nummer CUR2015H00014 (ECLI:NL:OGHACMB:2018:122). Bij zijn uiteindelijke oordeel heeft het Gerecht veel gewicht toegekend aan de inlichtingen die ter comparitie waren verschaft door medewerkers van de Centrale Bank van Aruba en een binnen die Bank opgesteld wetsvoorstel zoals de bankpresident [Naam y] dat 22 juni 2016 aan de toenmalige minister van Financiën en Overheidsorganisatie [Naam x] had aangeboden.
2.5. Het is vooral tegen die, tot deze concrete zaak beperkte, maar niettemin principieel getoonzette beslissing waartegen de klachten van het hoger beroep zijn gericht. Die klachten worden als volgt beoordeeld.
2.6. Tot de – welbekende – voorgeschiedenis van deze kwestie behoort een drietal in kort geding gegeven Hofuitspraken in Curaçaose zaken (GHvJ 25 mei 1999 of 24 juni 1999, ECLI:NL:OGHNAA:1999:AD3334, NJ 1999/703 (Banco di Caribe/Casiana), GHvJ 25 mei 1999, ECLI:NL:OGHNAA:1999: AH7917, KG 1999/182 (MCB/Reinita) en GHvJ 25 mei 1999, H 639/98, niet gepubliceerd (Diner's Club International/ Domitilia)), waarin telkens als volgt is overwogen:
"Het Hof stelt voorop dat partijen in beginsel vrij zijn overeen te komen welke rente over het geleende bedrag verschuldigd zal zijn. Die vrijheid is echter begrensd. Naar het oordeel van het Hof is bedoelde grens in het onderhavige geval overschreden.
De overeenkomst van partijen zoals deze is neergelegd in de schuldbekentenis is naar het oordeel van het Hof in strijd met de goede zeden. Voldoende aannemelijk is dat de bodemrechter te zijner tijd tot het oordeel zal komen dat een rente van 18 procent per jaar ofwel 1,5 procent per maand tussen partijen zal hebben te gelden."
2.7. Deze uitspraken hebben een aanzienlijke invloed gehad op de rechtsontwikkeling op de eilanden, in elk geval in die zin dat nadien in de

rechtspraak een tijd lang vrij algemeen en categorisch – ongeacht het type overeenkomst – werd geoordeeld dat een rente van meer dan 18% op jaarbasis nietig is wegens strijd met de goede zeden. Hogere percentages – die bleven voorkomen – werden door de Arubaanse rechter door middel van matiging teruggebracht tot het maximum van 18%.

2.8. Die praktijk – die in de literatuur niet geheel zonder kritiek was gebleven – heeft zich in de loop der jaren in zoverre gewijzigd dat de eenstemmigheid is weggevallen. In een reeks recente uitspraken – uit Aruba en van de andere eilanden – werd bij het ontbreken van specifieke wetgeving, en onder verwijzing naar de contractsvrijheid, afgezien van het ingrijpen op grond van de goede zeden of de redelijkheid en billijkheid (zie bijv. GEA Aruba 9 september 2015 in de zaak BB 2014/1738; niet gepubliceerd) of werd voor een specifiek type overeenkomst een hoger rentepercentage toelaatbaar gevonden (zie bijv., inzake een overeenkomst van pandbelening, GHvJ 23 februari 2016, ECLI:NL:OGHACMB:2016:6).

2.9. In de hierboven onder 2.4 al genoemde uitspraak van dit Hof (ECLI:NL:OGHACMB:2018:122) ging het om een kortlopend krediet van een jaar met een APR van, naar werd aangenomen, 332.40% per jaar. Ten aanzien van de vraag of de voor deze lening overeengekomen rente in strijd kwam met de goede zeden overwoog het Hof toen het volgende:

"2.6. Het Hof moet bij zijn beoordeling rekening houden met de omstandigheid dat RHM sinds april 2009 beschikt over een door de Centrale Bank verleende ontheffing van het verbod om kredietverleningsactiviteiten uit te oefenen tot (uiteindelijk) een bedrag van NAf 2.500,=. RHM heeft die ontheffing gekregen na toetsing van haar bedrijfsplan en de daarin opgenomen 'total cost of credits'. Niet gebleken is dat de onderhavige overeenkomst, ook als uitgegaan wordt van een APR van 332,40%, afwijkt van de gangbare ondernemingsactiviteiten van RHM op basis waarvan het goedgekeurde bedrijfsplan is opgesteld. Met andere woorden, RHM mocht erop vertrouwen dat de overeenkomst ook door de Centrale Bank maatschappelijk aanvaardbaar werd geacht toen haar de ontheffing werd verleend en toen zij op 4 september 2013 de overeenkomst van geldlening met […] sloot.

2.7. Het Hof moet bij zijn beoordeling er ook rekening mee houden dat RHM en soortgelijke geldverstrekkers aan een behoefte in de lokale markt voorzien. Niet gebleken is dat het (van overheidswege getoetste) bedrijfsmodel van RHM en soortgelijke geldverstrekkers hen in staat stelt exorbitante winsten te maken. Onbetwist is verder dat RHM zich houdt aan de door de Centrale Bank gepubliceerde 'provisions preventing over extension of credit'. Kennelijk is op de BES-eilanden door het hierna te noemen ministerieel ingrijpen de microkredietverstrekking geheel van de markt verdreven. RHM heeft gewezen op bezwaren verbonden aan het mogelijkerwijs ontstaan van een 'zwart' microkredietverstrekkingscircuit. RHM heeft voorts gesteld dat voor de Franse overzeese departementen in het Caribisch gebied meerdere APR's gelden, afhankelijk van de aard van de kredietverlening.

2.8. Alles bijeengenomen gaat het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten om in alle gevallen van kredietverlening zonder zekerheidstelling en ongeacht of sprake is van microkredietverstrekking of niet, te oordelen dat het in strijd met de goede zeden is om een hogere rente te bedingen dan 18%, zoals de oordelen in de drie kort geding vonnissen van 1999 in de rechtspraktijk zijn opgevat, of 24% zoals de wetgever voor de BES-eilanden heeft vastgesteld, of 27% zoals vanaf 5 mei 2017 (met een overgangsperiode van 2 maanden) door de Centrale Bank wordt gehanteerd als beleidsmaatstaf voor het verlenen van vergunningen en/of ontheffingen op basis van de Landsverordening Toezicht Bank- en Kredietwezen.

2.9. Het is aan de wetgever of aan een overheidsorgaan zoals de Centrale Bank om, door middel van wetgeving, respectievelijk het instrument van vergunningverlening of ontheffing en binnen de marges van de Landsverordening Toezicht Bank- en Kredietwezen, al dan niet rekening houdend met een overgangsperiode en/of al dan niet met terugwerking, algemene regels te stellen met betrekking tot een toelaatbaar maximumtarief voor verschillende of voor alle financieringsvormen."

2.10. Zoals in deze uitspraak mede tot uitdrukking is gebracht, gaat achter de vraag of rentepercentages aan een maximum gebonden behoren te zijn een complexe maatschappelijke problematiek schuil. Enerzijds is er het gegeven dat in Aruba en de omringende landen een grote behoefte bestaat aan diverse vormen van kredietverlening, ook bij personen die bij de reguliere banken niet (meer) kunnen lenen. De realiteit is anderzijds echter

ook dat deze leningen mensen in ernstige financiele problemen kunnen brengen en dat deze schuldenproblematiek hoge maatschappelijke kosten veroorzaakt. Het kan daarom nodig zijn in bepaalde gevallen leningen, ook als daarmee geen woekerwinsten zouden worden gemaakt, te ontmoedigen of te verhinderen en zo de consument tegen zijn eigen behoefte in bescherming te nemen. Vast te stellen in welke gevallen dat zo is, en hoe zwaar factoren als de dreiging van zwart circuit wegen, vergt het maken van lastige afwegingen waarvoor veel markt- en andere informatie nodig en consulatie van vertegenwoordigers van de betrokken partijen wenselijk is. Voor die informatievergaring en het maken van die afwegingen is de rechter niet geëquipeerd en het is ook niet zijn taak. Aan dat oordeel houdt het Hof onverminderd vast. Het is in hoge mate wenselijk dat de Arubaanse wetgever zijn verantwoordelijkheid neemt en op dit vlak regelgevend optreedt. Dat lijkt op dit moment ook te gebeuren: naar verluidt bestaat het voornemen om het onder 2.4 bedoelde wetsvoorstel in behandeling te nemen.

2.11. Tot die tijd echter is het ontbreken van regelgeving in Aruba niet alleen een gegeven, maar ook – in Koninkrijksverband bezien – een anomalie. Mede gelet op de vele vergelijkbare zaken waarmee het Gerecht in Aruba (en overigens ook in Curaçao) wordt geconfronteerd, en de verschillende uitkomsten die de Arubaanse beslissingen tot op heden vertonen, ziet het Hof thans aanleiding om binnen zijn rechtelijke taak en competentie het volgende te overwegen.

2.12. Tot de rechterlijke taak behoort de beoordeling of in een concreet geval – of in een groep identieke of met elkaar gelijk te stellen gevallen – sprake is van strijd met de openbare orde en/of de goede zeden (in de zin van artikel 3:40 lid 1 BW). Dit is een open norm die de rechter weinig houvast biedt. Beslissend voor de inhoud van de goede zeden is het maatschappelijk oordeel omtrent hetgeen behoort, dat wil zeggen de opvatting die op de grootst mogelijk maatschappelijke consensus steunt. Ter bepaling van de inhoud van de goede zeden zal de rechter zich laten leiden door objectieve aanknopingspunten, zoals verdrags- en wetsbepalingen, rechterlijke beslissingen en algemene rechtsbeginselen en rechtsovertuigingen. Maatgevend zijn de actuele en lokale opvattingen, in dit geval dus (primair) die van Aruba. Sterk verwant en daarom zelden van de goede zeden onderscheiden is de openbare orde, te omschrijven als de fundamentele beginselen die wezenlijke belangen van de samenleving betreffen en die vorm geven aan grondslagen waarop de ethische, juridische en economische orde van de samenleving steunt.

2.13. Bij de toetsing van contractueel overeengekomen rentepercentages aan deze open norm(en) dient te worden bedacht dat de wetgever van het huidige Nederlandse Burgerlijk Wetboek – dat in verband met het concordantiebeginsel in 2002 grotendeels in Aruba is gevolgd – uitdrukkelijk afstand heeft genomen van de leer van het iustum pretium (letterlijk: rechtvaardige, redelijke of juiste prijs); voor de bescherming van consumenten tegen woekerpraktijken of anderszins onverantwoordelijke overeenkomsten wordt vertrouwd op specifieke wet- en regelgeving aangevuld met de wilsgebreken en – meer recent – de bijzondere (bancaire) zorgplichten. Ook aan de rechtspraak van de Hoge Raad is te ontlenen dat een wanverhouding tussen de over en weer bedongen prestaties een overeenkomst nog niet onzedelijk maakt; daarvoor zijn bijkomende omstandigheden nodig, zoals misbruik van omstandigheden.

2.14. Toepassing van deze tot terughoudendheid stemmende maatstaf leidt dan tot het volgende.

2.15. Het is naar het Hof voorkomt een algemeen ervaringsfeit dat veel mensen, bij de huidige lage rentestand, rentepercentages van ruim boven de tien percent – ook al zijn die in de markt niet zeldzaam – snel als exorbitant en onaanvaardbaar aanmerken. Daarbij is niet altijd duidelijk of die veroordeling betrekking heeft op de vermeende exorbitante winsten die met dergelijke percentages zouden worden gemaakt of dat deze meer fundamenteel berust op de overtuiging dat het niet juist is om een ander tot zulke hoge lasten te verplichten. Vaak zal het een combinatie van beide zijn. De (overigens tot enkele commentaren van een handvol auteurs beperkte) vakliteratuur over dit onderwerp getuigt eveneens van een au fond kritische bejegening van hoge rentepercentages. Die grondhouding vindt men tevens terug in de rechtspraak: ook waar terughoudendheid wordt betracht heeft dat – zoals in de onder 2.8 aangehaalde uitspraak van het Gerecht en het onder 2.9 geciteerde Hofvonnis – meer te maken met de complexiteit van de problematiek en de daarmee verband houdende (staatsrechtelijke) bezwaren dan met een oordeel dat hoge rentes niet problematisch en in sommige gevallen verwerpelijk zouden zijn.

2.16. De veruit belangrijkste en krachtigste objectieve aanwijzing op dit punt is echter dat, met uitzondering tot op heden van Aruba, in alle delen van het Koninkrijk de noodzaak is gevoeld om de rente op consumentenkrediet met een maximum aan banden te leggen. Daarbij gaat het in Nederland en de BES-eilanden om wetgeving die voor alle vormen van consumentenkrediet geldt en in Nederland is bij het van toepassing verklaren van het maximum van 12% plus de wettelijke rente (thans 2%) op flitskredieten uitdrukkelijk onder ogen gezien dat de aanbieders van die kredieten hadden becijferd dat hun break-even point pas werd bereikt wanneer bij een gemiddeld krediet van enkele weken 16% kredietvergoeding in rekening kan worden gebracht (wat volgens de minister bijna 600% op jaarbasis zou zijn). Bij de BES-landen is begonnen met 24% en werd voorzien in een verdere afbouw; thans geldt nog 23%. In Curaçao en Sint Maarten hanteert de Centrale Bank bij het verlenen van vergunningen een maximale APR van 27%. Uit de begeleidende stukken blijkt dat bij al deze interventies de leidende gedachte is geweest dat een hoger percentage niet behoort te (kunnen) worden bedongen gelet op de sociale en maatschappelijke kosten die het gevolg zijn van kredietverlening tegen (te) hoge percentages aan mensen die deze eigenlijk niet – of bij een terugval in inkomen niet meer – kunnen opbrengen.

2.17. Tegen die achtergrond kunnen voor de soort overeenkomst waar het in deze zaak over gaat – kredietverlening aan consumenten met een vaste baan voor een looptijd van een jaar of langer, waarbij geen of louter persoonlijke zekerheden (zoals borgtocht) zijn bedongen – worden aangenomen dat een APR hoger dan 27% nietig is wegens strijd met de Arubaanse goede zeden en openbare orde. In alle delen van het Koninkrijk zijn die percentages immers in de ban gedaan en is er geen reden om aan te nemen dat het ontbreken van regelgeving in Aruba berust op principieel andere inzichten en afwegingen betreffende de geschetste problematiek. Voor in elk geval deze groep overeenkomsten is door de relevante regelgevende instanties, naar mag worden aangenomen op basis van voldoende onderzoek van de betrokken belangen en opvattingen, geoordeeld dat een hoger rentepercentage marktpartijen in staat stelt om exorbitante winsten te maken en/of om hun kredietverlening uit te breiden tot een zodanig grote groep kredietzoekenden dat die ook (te veel) consumenten omvat die zo'n lening eigenlijk niet kunnen dragen.

2.18. In deze zaak, door IFA als principieel opgevat en dienovereenkomstig bepleit, is niet gebleken dat het bij de kredietovereenkomsten van IFA anders ligt. IFA heeft wel gesteld dat zij de rentepercentages afstemt op het risico, maar dat zij dit per klant doet, en dat daarmee bovenstaande bezwaar wordt ondervangen, is niet gebleken. De kans dat dit in een andere zaak wel gebeurt acht het Hof niet groot en ook dan nog tast dat de hierboven omschreven consensus, zoals die in vooral de regelgeving tot uitdrukking komt, niet aan. Het belang van de rechtszekerheid en de hanteerbaarheid van het recht – vooral ook in verstekzaken die in deze materie veel voorkomen – rechtvaardigt dat een zaak overstijgende lijn wordt gevolgd.

2.19. Dat IFA met haar huidige bedrijfsvoering een vergunning heeft verkregen leidt ten slotte evenmin tot een ander oordeel. Gelet op meergenoemde consensus en de omstandigheid dat aan het vergunningenbeleid van de Arubaanse Centrale Bank geen eenduidige opvatting over de toelaatbaarheid van hoge rentes ten grondslag ligt, kon IFA aan die vergunning niet het vertrouwen ontlenen dat de door haar toegepaste percentages (mochten die hoger en – anders dan in deze zaak het geval is – zelfs ruim hoger liggen dan 27%) iedere toetsing, ook die aan de goede zeden en de openbare orde, zouden kunnen doorstaan.

2.20. Voor een lager percentage van 18% zoals door het Gerecht is aangenomen, bestaan op dit moment onvoldoende argumenten. De verwijzing naar een breed gedragen aanvaarding van dat percentage acht het Hof te wankel. Op het overgelegde wetsvoorstel kan, gelet op de het ontbreken van iedere zekerheid dat het in die vorm zal worden aangenomen, niet worden geanticipeerd. Als uitdrukking van het geïnformeerde standpunt van de Centrale Bank, althans enkele van haar medewerkers die de markt bij uitstek zullen kennen, legt het stuk zeker gewicht in de schaal maar toch te weinig om zoals het Gerecht deed te kunnen concluderen tot een maatschappelijke consensus of een Arubaanse meerderheidsopvatting die de grens van het toelaatbare op 18% stelt. Overigens valt op dat de Centrale Bank er tot op heden kennelijk niet toe is overgegaan om deze norm toe te passen bij haar vergunningenbeleid, althans dat zij er niet in is geslaagd om de daartoe vereiste medewerking te verkrijgen. Een bezwaar is ten slotte ook dat vooralsnog onvoldoende dui-

delijk is hoeveel onderzoek en consultatie aan het voorstel ten grondslag ligt.
2.21. Het belangrijkste bezwaar is echter dat het oordeel dat een rente van 18% in strijd komt met de Arubaanse goede zeden niet valt te verenigen met de realiteit dat in de andere tot het Koninkrijk behorende Caraïbische eilanden recent nog is gekozen voor een hoger percentage, terwijl niet aannemelijk is dat de sociaaleconomische situatie en de zedelijke opvattingen in die landen zozeer afwijken van die in Aruba dat in dit land onzedelijk is wat in andere landen bewust en weloverwogen wordt toegestaan. Dat (zoals [geïntimeerde] stelt) de praktijk in Aruba zich, naar mag worden aangenomen onder invloed van de toenmalige rechtspraak, lange tijd in grote meerderheid aan die 18% heeft gehouden is – mede gelet op de latere rechtspraak – onvoldoende. Indien de volksvertegenwoordiging van Aruba daar anders over denkt, heeft zij de middelen in handen om die opvatting tot wet te verheffen.
2.22. Tot nader order van de wetgever zal het Hof daarom, in zowel Aruba als in Curaçao en Sint Maarten, een APR van meer dan 27%, ook al is deze expliciet overeengekomen en zijn de daaruit voortvloeiende verplichtingen duidelijk omschreven, beschouwen als nietig op grond van artikel 3:40 lid 1 BW. Zoals dat overigens ook al gebeurt bij het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao, zowel in verstekzaken als in procedures waarbij de consument wel verschijnt. Omdat deze lijn de weerslag is van een breed gedragen maatschappelijke opvatting, en IFA ook op grond van de rechtspraak als gewaarschuwd kan worden beschouwd, is een overgangsregel – zo het Hof (ander dan de Hoge Raad) al bevoegd zou zijn die te geven – niet aan de orde, nog daargelaten dat het percentage niet of amper lijkt te afwijken van wat IFA doorgaans in rekening brengt.
2.23. Dit alles neemt het belang van de andere, vaak betere instrumenten van consumentenbescherming niet weg. Onverminderd kritisch dient daarom in zaken waarin kredietverlening aan consumenten aan de orde is, te worden gekeken naar de aanwezigheid van wilsgebreken en naar de naleving van de op de aanbieders als IFA rustende zorgplicht om de consument goed voor te lichten over de inhoud van de producten en om te waken voor overkreditering, wat in voorkomen gevallen mede inhoudt dat de aanbieder naast het inkomen ook een overzicht van de andere lopende vaste lasten dient op te vragen.
2.24. In de onderhavige zaak zijn de maandelijkse bedragen en het nominale en het effectieve rentepercentage (van 27,25%) in de overeenkomst afdoende omschreven en bieden de stellingen van [geïntimeerde] verder geen aanknopingspunten voor een nader onderzoek naar de aanwezigheid van wilsgebreken of het niet naleven door IFA van de op haar als financiële instelling rustende zorgplichten.
2.25. Wel dient IFA bij akte nog toe te lichten wat zij van [geïntimeerde] heeft te vorderen wanneer zij van meet af aan, bij de berekening van de annuïteiten en bij de vertragingen tot het opeisen van de lening, het maximale rentepercentage van 27% (in de zin van de APR zoals die blijkens de overlegde informatie van de Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten dient te worden berekend) in rekening brengt. Daarbij wordt erop gewezen dat ingevolge 6:119 leden 2 en 3 BW geldt dat een overeengekomen rente die hoger is dan de wettelijke rente bij vertraging doorloopt en dat deze rente maandelijks berekend mag worden. Alleen de wettelijke rente (op die rente) is jaarlijks verschuldigd.
2.26. De eiswijziging van IFA in hoger beroep is tijdig gedaan en als zodanig niet in strijd met een goede procesorde. Wel rijst de vraag hoe die eisvermeerdering zich verhoudt tot de eerdere uitlatingen van IFA en, vooral, de overgelegde schuldbekentenis van 5 januari 2016 (2e blad van productie III bij inleidend verzoekschrift). Ook daarop dient IFA in haar akte in te gaan. Met het oog op de nadere beoordeling van de eiswijziging dient IFA ook een berekening te maken op basis van haar oorspronkelijke vordering.
2.27. De zaak zal worden verwezen naar de rol, waarbij mede gelet op de huidige beperkingen die de Coronacrisis met zich meebrengt, een ruime termijn van zeven weken zal worden genomen. Daarna zal [geïntimeerde] bij antwoordakte kunnen reageren. Uiteraard verdient het de voorkeur als partijen de zaak – met inachtneming van het bovenstaande – in onderling overleg weten te regelen.
2.28. Verder wordt iedere beslissing eerst aangehouden.

Beslissing
Het Hof:
verwijst de zaak naar de rol van dinsdag 9 juni 2020 voor akte uitlating door IFA;
houdt iedere verdere beslissing aan.

NOOT

1. In de Caribische delen van het Koninkrijk, met name in Aruba en Curaçao, wordt veelvuldig en al jarenlang gediscussieerd en vooral geprocedeerd over de vraag wanneer sprake is van woekerrente. Wat is een aanvaardbaar rentepercentage en wanneer is sprake van strijd met de openbare orde en/of goede zeden (art. 3:40 lid 1 BW)? Bij het ontbreken van een wettelijk maximum in Aruba, Curaçao en Sint Maarten is dat een relevante vraag.
2. Hoewel doorgaans over woekerrente wordt gesproken, gaat het in feite niet alleen om het rentepercentage, maar om de totale kredietvergoeding. Ter illustratie: in de zaak die leidde tot de vonnissen van het Gemeenschappelijk Hof van 29 november 2016 (ECLI:NL:OGHACMB:2016:158) en 24 juli 2018 (ECLI:NL:OGHACMB:2018:122) had een consument in Curaçao een kortlopende lening bij RHM Management and Investment afgesloten voor een bedrag van ANG 1.000. Na aftrek van kosten en een premie overlijdensrisico ontving hij ANG 550. De looptijd van de lening was zes maanden, en de maandelijks te betalen rente bedroeg 10%. De leningnemer diende maandelijks ANG 346,17 aan de leningverstrekker te betalen, zodat het totaal terug te betalen bedrag op ANG 2.077 uitkwam. Verder was een boete van 1,5% per maand overeengekomen als niet dan wel niet op tijd zou worden betaald. Een en ander komt neer op een APR (Annual Percentage Rate) van 332,40%. Het Hof overweegt dat het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat om in alle gevallen van kredietverlening zonder zekerheidstelling en ongeacht of sprake is van microkredietverstrekking of niet, te oordelen dat het in strijd met de goede zeden is om een hogere rente te bedingen dan 18% (r.o. 2.8, vonnis van 24 juli 2018). Dat percentage van 18% is gebaseerd op de uitleg die jarenlang in de rechtspraktijk is gegeven aan drie vonnissen die het Hof zelf in kort geding heeft uitgesproken: 25 mei 1999, *NJ* 1999/703 (*Banco di Caribe/Casiana*), 25 mei 1999, *KG* 1999, 182 (*MCB/Reinita*) en 25 mei 1999, H 639/98, niet gepubliceerd (*Diner's Club International/Domitilia*). Het Hof neemt afstand van die uitleg. Los van de feiten en omstandigheden in een concreet geval, feit is dat bij dit soort praktijken veel consumenten (extra en ernstig) in de problemen komen. Zie over de RHM-zaak verder de noot van Bollen in: M.V.R. Snel, P.S. Bakker & M.A. Loth (red.), *Caribisch Vermogensrecht Geannoteerd*, Den Haag: Bju 2020, nr. 30 (p. 345-365). Zie ook J.W.A. Biemans, 'Bergen van regelgeving en rechtspraak: kredietverstrekking aan consumenten', in: J.W.A. Biemans en A.G. Castermans, *Barmhartigheid in het burgerlijk recht. Bespiegelingen over de grenzen aan kredietverlening en een bijdrage aan het behoud van bestaanszekerheid* (Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2017), Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, p. 39-96.
3. In art. 7:20 lid 1 van het Besluit financiële markten BES is bepaald dat de hoogst toegelaten kredietvergoeding wordt uitgedrukt in een effectief percentage op jaarbasis aan totale kosten ten opzichte van het kredietbedrag. In art. 2:5a lid 1 Regeling financiële markten BES is bepaald dat de maximale kredietvergoeding (thans) 22% op jaarbasis bedraagt. Dit percentage is niet van toepassing op kredietovereenkomsten met een vaste kredietvergoeding die zijn afgesloten voor 1 januari 2020. Voor die overeenkomsten bedraagt de maximale kredietvergoeding: (a) voor overeenkomsten, afgesloten tussen 1 januari 2013 en 1 april 2015: 24% op jaarbasis; en (b) voor overeenkomsten, afgesloten tussen 1 april 2015 en 1 januari 2020: 23% op jaarbasis.
4. Aruba, Curaçao en Sint Maarten kennen geen met de BES-eilanden vergelijkbare regeling. De Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten hanteert sinds 5 mei 2017 voor consumentenkrediet een maximum van 27% als beleidsmaatstaf voor het verlenen van vergunningen en/of ontheffingen op basis van de Landsverordening Toezicht Bank- en Kredietwezen (*Provisions on the Disclosure of Pricing Information on Consumer Credit*, versie mei 2017).
5. In zijn uitspraak van 23 februari 2016 (ECLI:NL:OGHACMB:2016:6) overweegt het Gemeenschappelijk Hof dat (ook) bij pandbeleningsovereenkomsten de vrijheid geldt om overeen te komen welke beleningsvergoeding verschuldigd zal zijn, maar dat deze vrijheid in ieder geval bij overeenkomsten met consumenten niet onbegrensd is. Deze grens hoeft volgens het Hof niet noodzakelijk samen te vallen met de grens die (in de rechtspraak) wordt gesteld aan rentepercentages die in rekening worden gebracht door professionele verstrekkers van (al dan niet langlopende) leningen aan consumenten. Volgens het Hof moet rekening worden ge-

houden met de kostenstructuur van pandhuizen en met de risicoverdeling die inherent is aan pandbeleningsovereenkomsten, zowel het klassieke type als het type "verkoop met recht op terugkoop". In deze zaak acht het Hof een maximale beleningsvergoeding van 10% per maand aanvaardbaar. Bollen is in zijn noten bij deze uitspraak kritisch, en naar mijn mening terecht: zie *Caribisch Juristenblad* 2 (2016), p. 134-147 en zijn noot in: M.V.R. Snel, P.S. Bakker & M.A. Loth (red.), *Caribisch Vermogensrecht Geannoteerd*, Den Haag: Bju 2020, nr. 29 (p. 325-343).

6. Het Gemeenschappelijk Hof overwoog in zijn uitspraak van 25 oktober 2016 (ECLI:NL:OGHACMB:2016:119) dat de contractuele rente in die zaak – waarin het ging om een rekening-courantrelatie met een negatief saldo – moet worden beperkt tot 18% per jaar. In navolging daarvan heeft het Gerecht in Eerste Aanleg Aruba in zijn uitspraak van 12 april 2017 (ECLI:NL:OGEAA:2017:264) overwogen dat "*hier te lande met betrekking tot kredietverlening als in het onderhavige geval een contractuele rente van 1,5% maandelijks of 18% jaarlijks het maximaal aanvaardbare rentepercentage is, en dat alles daarboven nietig is als zijnde in strijd met de goede zeden en/of de openbare orde*". Het Gerecht voegt daaraan toe – onder verwijzing naar voornoemde uitspraak van het Hof – dat *"zelfs in niet-consumentenverhoudingen een rentepercentage van 1,5% maandelijks of 18% jaarlijks het maximaal aanvaardbare percentage is*".

7. In de onderhavige zaak wordt uitgegaan van kredietverlening aan consumenten met een vaste baan, met een looptijd van een jaar of langer, waarbij geen of louter persoonlijke zekerheden (zoals borgtocht) zijn bedongen. Het Hof oordeelt dat het, zolang de wetgever geen percentage(s) heeft vastgesteld, een APR van meer dan 27% in zowel Aruba als in Curaçao en Sint Maarten, ook al is deze expliciet overeengekomen en zijn de daaruit voortvloeiende verplichtingen duidelijk omschreven, als nietig zal beschouwen op grond van art. 3:40 lid 1 BW.

8. Het Hof heeft een behoorlijke aanloop genomen voordat het tot dit oordeel kwam. In de overwegingen speelt het stilzitten van de wetgevers in Aruba, Curaçao en Sint Maarten een belangrijke rol. Zonder een door de wetgevers (eventueel door de betreffende Centrale Banken) gecreëerd (toetsings)kader, bestaat bij het Hof de vrees over de grens te gaan wat betreft zijn rechtsvormende taak. Er moet immers worden teruggevallen op een open norm, namelijk strijd met de openbare orde en/of de goede zeden. De vraag is hoe je een dergelijke norm zou kunnen invullen. Zie daarover K. Frielink, 'Maakt ongeschreven ook onbemind?', in: *Bouwen en bezinning. Regels van wenselijk en onwenselijk financieel recht* (Lustrumbundel 2007 Vereniging voor Effectenrecht), 2007, p. 107-117. Rechters hebben de bevoegdheid (en plicht) om een open norm, waaronder die genoemd in art. 3:40 lid 1 BW, uit te leggen en in te vullen. Aangezien de keuze voor een aanvaardbaar percentage primair een rechtspolitieke keuze is, waarachter volgens het Hof een complexe maatschappelijke problematiek schuilgaat, valt te begrijpen dat het Hof in dit geval in termen van rechtsvorming en niet van rechtsvinding spreekt.

9. Het belangrijkste bezwaar dat het Hof ziet in het veelvuldig door het Gerecht in Aruba gehanteerde uitgangspunt dat een rente van meer dan 18% (reeds) in strijd is met de Arubaanse goede zeden, is dat dit uitgangspunt niet valt te verenigen met de realiteit dat in Curaçao en Sint Maarten, en op de BES-eilanden, recent nog is gekozen voor een hoger percentage (zie hiervoor onder 3 en 4), terwijl volgens het Hof niet aannemelijk is dat de sociaaleconomische situatie en de zedelijke opvattingen in die landen zozeer afwijken van die in Aruba, dat in Aruba onzedelijk is wat in andere landen bewust en weloverwogen wordt toegestaan. Het Hof overweegt verder dat de door het Hof gehanteerde bovengrens van 27% reeds wordt gehanteerd door het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao, zowel in verstekzaken als in procedures waarbij de consument wel verschijnt. De door het Hof gehanteerde redenering is goed te begrijpen, los van de vraag hoe over het percentage zelf wordt gedacht.

10. Terecht wijst het Hof erop dat er ook andere, vaak betere instrumenten van consumentenbescherming zijn. Aan de Gerechten in eerste aanleg wordt meegegeven dat in zaken van kredietverlening aan consumenten onverminderd kritisch dient te worden gekeken naar de aanwezigheid van wilsgebreken en naar de naleving van de op de aanbieders van dergelijke kredieten rustende zorgplicht om de consument goed voor te lichten over de inhoud van de producten en om te waken voor overkreditering, wat in voorkomend geval mede inhoudt dat de aanbieder naast het inkomen ook een overzicht van de an-

dere lopende vaste lasten dient op te vragen. Daarmee is tegelijkertijd een waarschuwing aan de kredietverleners gegeven. Het is niet de eerste keer dat het Hof een waarschuwing aan marktpartijen geeft: zie Gemeenschappelijk Hof 22 maart 2016, «JOR» 2016/132, m.nt. Frielink (*Fatum Life Aruba/Pietersz*). Aangezien het hier om consumentenbescherming gaat, en uitgangspunt daarbij is dat die effectief moet zijn, is het verdedigbaar dat de rechter een toetsing in het kader van de genoemde betere instrumenten ambtshalve moet uitvoeren.
11. De BES-wetgever heeft destijds bij het vaststellen van de maximale kredietvergoeding het voornemen geuit om, afhankelijk van de verdere marktontwikkelingen, het voorgestelde maximum in stappen te verlagen (*Stcrt.* 2012, 26451, p. 2-3). Een percentage van 22%, zoals thans op de BES-eilanden wordt gehanteerd, is nog steeds hoog te noemen, en een verdere verlaging zou maatschappelijk gezien bijzonder gewenst zijn. Het zou ten slotte goed zijn als de andere wetgevers in de Caribische delen van het Koninkrijk, derhalve die van Aruba, Curaçao en Sint Maarten, zich daarbij zouden aansluiten, en op korte termijn zorgen voor een wettelijke regeling.

K. Frielink

Financiering, zekerheden en insolventie

48

JOR 1997/48

Hoge Raad
14 februari 1997, RvdW 1997, 45
(Mr. Roelvink, Mr. Mijnssen, Mr. Korthals Altes, Mr. Heemskerk, Mr. Herrmann)
(Concl. A-G Hartkamp, niet opgenomen; red.)

Cessie bij voorbaat en beslag op toekomstige vorderingen. Verwijzing naar HR 10 januari 1992, NJ 1992, 744 (Ontvanger/NMB Postbank Groep). Vraag of regel van art. 3:97 BW ook voor het Arubaanse recht moet worden aangenomen. Beginsel van concordantie van rechtspraak.

[BW art. 3:97; Statuut voor het Koninkrijk art. 23; Cassatieregeling voor de Nederlandse Antillen en Aruba art. 1]

Eiseres tot cassatie betoogt dat de door het Hof toegepaste regel van art. 3:97 BW niet geldt naar Arubaans recht, omdat die regel is aangenomen mede onder invloed van de wijzigingen die op 1 januari 1992 in het Nederlandse recht hebben plaatsgevonden, welke wijzigingen aan het Arubaanse recht zijn voorbijgegaan. Dit betoog faalt, aangezien het Hof met juistheid heeft geoordeeld dat de in HR 10 januari 1992, NJ 1992, 744, aanvaarde regel – kort gezegd erop neerkomende dat een eerdere cessie van toekomstige vorderingen voorgaat boven een later beslag – ook in het recht van Aruba geldt. Die regel maakte reeds vóór 1 januari 1992 deel uit van het toen geldende Nederlandse vermogensrecht. Gesteld al dat het Nederlandse vermogensrecht zich op het in genoemd arrest besliste punt onder invloed van het ontworpen nieuwe vermogensrecht had ontwikkeld, zou uit deze enkele omstandigheid niet mogen worden afgeleid dat het Nederlandse recht op dat punt is gaan afwijken van het recht van Aruba. De tegengestelde zienswijze die kennelijk door eiseres tot cassatie wordt verdedigd, doet afbreuk

aan het aan art. 23 van het Statuut voor het Koninkrijk, in verbinding met art. 1 van de Cassatieregeling voor de Nederlandse Antillen en Aruba, ten grondslag liggende beginsel van concordantie van rechtspraak, zonder dat blijkt dat daarvoor een rechtvaardiging zou kunnen worden gevonden in een relevant verschil tussen de maatschappelijke opvattingen in Nederland en Aruba op het onderhavige rechtsgebied.

De naamloze vennootschap naar Arubaans recht Zunoca Freezone Aruba
N.V. te Aruba,
eiseres tot cassatie,
advocaat: Mr R.A.A. Duk,
tegen
De openbare rechtspersoon Het Land Aruba te Aruba,
verweerder in cassatie,
advocaat: Mr J.P. Heering.

(...)

3. Beoordeling van het middel
3.1 In cassatie moet, deels veronderstellenderwijs, van het volgende worden uitgegaan.
Caribbean Satellite Systems N.V. – hierna te noemen CSS – heeft bij akte van cessie van 11 april 1990 toekomstige vorderingen op Aruba, voortvloeiend uit een op 30 januari 1989 aangegane overeenkomst, gecedeerd aan Western Union Telegraph Co. – verder te noemen: WUT.
Zunoca heeft op 7 mei 1990 voor een vordering van Zunoca op CSS derdenbeslag onder Aruba gelegd op hetgeen Aruba verschuldigd is of zal worden aan CSS.
Aruba heeft in weerwil van het beslag betaald aan WUT, de cessionaris.
De door Aruba afgelegde verklaring dat hij de geëxecuteerde niets verschuldigd is, is door de eerste rechter goedgekeurd, welke uitspraak door het Hof is bekrachtigd.
3.2 Het Hof heeft geoordeeld dat overeenkomstig de hoofdregel, neergelegd in HR 10 januari 1992, NJ 1992, 744, de cessie door CSS van haar vorderingen aan WUT niet wordt doorkruist door de latere beslaglegging door Zunoca. Het Hof heeft de stelling van Zunoca, dat deze regel niet geldt voor het Arubaanse recht, verworpen, in de eerste plaats omdat het de regel onderschrijft, en in de tweede plaats omdat het aangehaalde arrest is gewezen met toepassing van het vóór 1 januari 1992 geldende Nederlandse recht, dat op dit punt op één lijn ligt met het Arubaanse recht.
3.3 De onderdelen 1 en 6 bevatten geen klacht. Onderdeel 5 behoeft, gelet op het in de repliek onder 6 gestelde, geen behandeling.
3.4 Onderdeel 2 betoogt dat de door het Hof toegepaste regel niet geldt naar Arubaans recht, omdat die regel is aangenomen mede onder invloed van de wijzigingen die op 1 januari 1992 in het Nederlandse recht hebben plaatsgevonden, welke wijzigingen aan het Arubaanse recht zijn voorbijgegaan.
Het onderdeel faalt, aangezien het Hof met juistheid heeft geoordeeld dat de in HR 10 januari 1992, NJ 1992, 744, aanvaarde regel – kort gezegd erop neerkomende dat een eerdere cessie van toekomstige vorderingen voorgaat boven een later beslag – ook in het recht van Aruba geldt.
Die regel maakte reeds vóór 1 januari 1992 deel uit van het toen geldende Nederlandse vermogensrecht. Gesteld al dat, zoals onderdeel 2 van het middel veronderstelt, het Nederlandse vermogensrecht zich op het in genoemd arrest besliste punt onder invloed van het ontworpen nieuwe vermogensrecht had ontwikkeld, zou uit deze enkele omstandigheid niet mogen worden afgeleid dat het Nederlandse recht op dat punt is gaan afwijken van het recht van Aruba. De tegengestelde zienswijze die kennelijk door het onderdeel wordt verdedigd, doet afbreuk aan het aan art. 23 van het Statuut voor het Koninkrijk, in verbinding met art. 1 van de Cassatieregeling voor de Nederlandse Antillen en Aruba, ten grondslag liggende beginsel van concordantie van rechtspraak, zonder dat blijkt dat daarvoor een rechtvaardiging zou kunnen worden gevonden in een relevant verschil tussen de maatschappelijke opvattingen in Nederland en Aruba op het onderhavige rechtsgebied.
Bovendien is de bedoelde veronderstelling van het onderdeel niet juist, zoals blijkt uit de in de conclusie van het Openbaar Ministerie onder 5 vermelde gegevens.
3.5 Het onder 3.4 overwogene brengt mee dat ook de onderdelen 3 en 4, die voor het Arubaanse recht een andere regel verdedigen, niet tot cassatie kunnen leiden.

4. Beslissing
De Hoge Raad:
verwerpt het beroep;
veroordeelt Zunoca in de kosten van het geding in cassatie, ...

72

JOR 1999/72

Hoge Raad
27 november 1998, RvdW 1998, 221
(Mr. Roelvink, Mr. Neleman,
Mr. Heemskerk, Mr. Van der Putt-Lauwers,
Mr. De Savornin Lohman)
(Concl. A-G Langemeijer, niet opgenomen; red.)
Noot S.C.J.J. Kortmann

Persoonlijke aansprakelijkheid curator. Curator verkoopt activa zonder daarvoor zekerheid van de koper te verlangen. Zekerheidstelling is door r-c in beschikking als voorwaarde gesteld. Geen beleidsvrijheid curator. Niet nakomen van beschikking r-c levert ernstige verwaarlozing van taak door curator op. Relativiteitsvereiste.

[BW art. 6:162, 6:163; Fw art. 69]

De r-c heeft in zijn beschikking de wijze van verkoop van het hotel van de failliet bepaald. Daarbij heeft hij onder meer als voorwaarde gesteld dat iedere bieder verplicht is zekerheid te stellen voor tenminste het bedrag van het bod. Bij niet nakoming van deze plicht vervalt diens bod en geldt het bod van de voorafgaande bieder. De curator heeft het hotel aan de hoogste bieder verkocht, doch heeft van de koper geen zekerheid verlangd. Na ontbinding van de koopovereenkomst door de curator wegens niet-nakoming, is bij tweede onderhandse veiling het hotel aan verweerder verkocht en geleverd.
De beschikking van de r-c bepaalde de wijze van verkoop alsmede de voorwaarden waaronder de curator biedingen op de veiling had mogen aanvaarden. Met betrekking tot de wijze van verkoop en het stellen van voorwaarden had de curator ten gevolge van de beschikking dan ook in be ginsel geen beleidsvrijheid meer. Het behoort immers tot de taak van de r-c, bij een gebleken verschil van inzicht over de wijze waarop de boedel moet worden afgewikkeld, om desverzocht, in dat geschil te beslissen. Indien de curator van mening was dat de belangen van een in een bijzondere positie – als die van verweerder in cassatie – verkerende schuldeiser daarbij op onjuiste wijze waren afgewogen tegen de belangen van de andere schuldeisers, omdat zijns inziens de boedel beter gediend zou zijn met het aanvaarden van biedingen zonder dat zekerheidstelling was verlangd, had hij wijziging of intrekking van de beschikking dienen na te streven.
Het hof heeft tot uitdrukking gebracht dat het in de beschikking van de r-c opgenomen vereiste dat zekerheid diende te worden gesteld – in elk geval mede – beoogde te bereiken dat een koopovereenkomst zou worden gesloten die door de koper zou kunnen worden nagekomen, en dat niet een situatie zou ontstaan dat een bod zou worden uitgebracht, waarvan eerst na geruime tijd zou blijken dat het niet gestand gedaan zou worden. Het hierop gebaseerde oordeel van het hof dat de door de curator niet nagekomen verplichting zekerheid te vragen ertoe strekte verweerder te beschermen tegen vertragingsschade en dat derhalve aan het relativiteitsvereiste is voldaan, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.
Het hof heeft terecht geoordeeld dat de curator zijn taak in ernstige mate heeft verwaarloosd. Ter motivering van dat oordeel is door het hof gewezen op het niet nakomen van de beschikking van de r-c en de voorgeschiedenis van die beschikking.

Mr ir J. Komdeur te Curaçao, Nederlandse Antillen,
eiser tot cassatie,
advocaat: Mr D. Koningen,
tegen
De openbare rechtspersoon Het Land der Nederlandse Antillen te
Curaçao, Nederlandse Antillen,
verweerder in cassatie,
advocaat: Mr J.L. de Wijkerslooth.

(...)

3. Beoordeling van de ontvankelijkheid van het beroep
Het cassatierekest is bij de Hoge Raad ingekomen op maandag 26 mei 1997, derhalve één dag na het verstrijken (op zondag 25 mei 1997) van een periode van drie maanden, gerekend vanaf de dag waarop het Hof uitspraak heeft gedaan. Nu de Algemene Termijnenwet niet van toepassing is op

Rijkswetten, waaronder de Cassatieregeling voor de Nederlandse Antillen en Aruba, ziet de Hoge Raad zich gesteld voor de vraag of het cassatiebe roep als tijdig ingesteld moet worden aangemerkt. Een redelijke wetstoepassing brengt mee dat deze vraag bevestigend dient te worden beantwoord. Immers, nu de laatste dag van de in art. 4 Cassatieregeling bepaalde cassatietermijn van drie maanden op een zondag viel, zou aan Komdeur niet de volle termijn ter beschikking hebben gestaan indien hij op straffe van niet-ontvankelijkheid op de laatste dag binnen die periode van drie maanden, waarop de griffie van de Hoge Raad geopend was, het cassatierekest had moeten indienen. Voorts zou daardoor een onaanvaardbare discrepantie ontstaan tussen de berekening van de cassatietermijn in Nederlandse zaken enerzijds en die in de Nederlands-Antilliaanse respectievelijk Nederlands-Arubaanse zaken anderzijds.
Komdeur is derhalve ontvankelijk in zijn beroep.

4. Beoordeling van het middel

4.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) R. Parker Bonaire NV (hierna: Parker) heeft een hotel laten bouwen op het eiland Bonaire. Het Land heeft zich (ingevolge een op 4 januari 1989 met Parker gesloten overeenkomst) ten behoeve van Parker borg gesteld jegens de Zwitserse Bank Ultrafin A.G. terzake van een door deze bank aan Parker verstrekte lening. Bij notariële akte van 6 juni 1990 heeft Parker aan het Land, tot zekerheid voor de voldoening door Parker aan alle verplichtingen uit de overeenkomst van 4 januari 1989, een recht van eerste hypotheek verleend op het recht van erfpacht van de gronden waarop het hotelcomplex werd gebouwd. Ten behoeve van het Land is in de hypotheekakte het beding van art. 1203 lid 2 BWNA, het recht van parate executie, opgenomen.

(ii) Bij vonnis van 25 maart 1993 is het faillissement van Parker uitgesproken. Komdeur (hierna ook wel aangeduid als: de curator) is tot curator benoemd.

(iii) Ter verificatievergadering van 26 mei 1993 heeft het Land, hoewel het toen nog niet uit hoofde van de borgtocht was aangesproken, een vordering in het faillissement ingediend; deze vordering is na betwisting ingetrokken. Bij brief van 3 juni 1993 heeft het Land als hypotheekhouder verlenging verzocht van de in art. 54 Faillissementsbesluit (vergelijkbaar met art. 58 (oud) F.) bedoelde termijn van 30 dagen waarbinnen tot openbare verkoop moet worden overgegaan. De rechter-commissaris in het faillissement heeft dit verzoek afgewezen. Het door het Land daartegen ingestelde cassatieberoep is bij beschikking van de Hoge Raad van 3 juni 1994, nr. 8412, NJ 1995, 340, verworpen.

(iv) Bij beschikking van 13 september 1993 heeft de rechter-commissaris aan de curator op diens verzoek toestemming verleend tot onderhandse verkoop van de hiervoor bedoelde erfpandrechten. Het Land is in zijn tegen deze beschikking ingesteld cassatieberoep niet-ontvankelijk verklaard bij beschikking van de Hoge Raad van 3 juni 1994, nr. 8434, NJ 1995, 341.

(v) Op 11 oktober 1993 heeft het Land aan de rechter-commissaris verzocht: primair de aan de curator verleende machtiging tot onderhandse verkoop in te trekken en subsidiair de curator op te dragen die verkoop onmiddellijk te staken, althans op te schorten totdat met het Land overeenstemming zal zijn bereikt over een voor het Land aanvaardbare wijze van verkoop. De rechter-commissaris heeft ook dit verzoek afgewezen. Het daartegen ingestelde cassatieberoep is verworpen bij beschikking van de Hoge Raad van 3 juni 1993, nr. 8454, NJ 1995, 342.

(vi) Bij brief van 26 oktober 1993 heeft het Land aan de curator bericht dat het Land als hypotheekhouder zelf tot openbare verkoop zal overgaan. De curator heeft zich in kort geding tegen dat voornemen verzet. Het gerecht in eerste aanleg heeft bij vonnis in kort geding van 15 november 1993 in conventie de voorgenomen openbare verkoop verboden, en in reconventie de curator bevolen zijn lopende pogingen om onderhands aan een derde te verkopen onmiddellijk te staken en over te gaan tot een zodanige onderhandse verkoop dat het Land de mogelijkheid behoudt mee te bieden.
Ter uitvoering van dat vonnis heeft de curator bij brief van 16 november 1993 het hoogste uitgebrachte bod bekend gemaakt en het Land de gelegenheid gegeven om uiterlijk 23 november 1993 een hoger bod te doen. Hierop heeft het Land de curator bericht dat eerst diende vast te staan dat het door de aspirant-koper uitgebrachte bod serieus was, dat wil hier zeggen: gedekt door een bankgarantie.

(vii) Voorts heeft het Land op de voet van art. 65 Faillissementsbesluit de rechter-commissaris verzocht de curator op te dragen van iedere bieder

een zekerheidstelling te vragen ten minste gelijk aan het bedrag van het bod. Bij beschikking op 14 december 1993, NJ 1995, 343, heeft de rechter-commissaris de wijze van verkoop bepaald – erop neerkomend dat de curator alle bekende makelaars/bieders/belangstellenden uitnodigt om op een nader vast te stellen tijdstip en plaats mondeling in elkaars aanwezigheid hun bod uit te brengen, waarbij zij elkaar zullen kunnen overbieden – en onder meer als voorwaarden gesteld:
'Iedere bieder en/of degene voor wie hij biedt, is verplicht tot zekerheid voor de nakoming van zijn bod, hetzij een bankgarantie ten genoege van de curator en/of de Rechter-Commissaris af te geven, hetzij een andere zekerheid ten genoege van de curator en/of de Rechter-Commissaris te stellen tot een bedrag tenminste gelijk aan zijn bod, vermeerderd met de kosten van de verkoop.'
'Indien de hoogste bieder niet terstond aan de genoemde garantie of zekerheid voldoet, komt zijn bod te vervallen en wordt het bod van de voorafgaande bieder genomen.'
(viii) Nadat de biedingscondities en een model-verkoopovereenkomst waren opgesteld en door de rechter-commissaris waren goedgekeurd, hebben op 14 april 1994 de biedingen plaatsgevonden. Hierbij heeft de curator – kort gezegd – het Parker hotel verkocht aan de hoogste bieder, zonder van deze een bankgarantie of andere zekerheid van betaling te verlangen. Het betrof een bod van NAf 25,1 miljoen. Het Land had een bod van NAf 17,5 miljoen uitgebracht.
Bij gebreke van betaling is de voorgenomen levering op 28 april 1994 niet doorgegaan. Toen de koopprijs op 29 augustus 1994 niet was voldaan, heeft de curator de koopovereenkomst ontbonden.
(ix) Op 20 oktober 1994 heeft een tweede onderhandse veiling plaatsgevonden. Het Land heeft toen als hoogste bieder het hotel gekocht. Betaling en levering vonden plaats op 7 respectievelijk 10 november 1994.
4.2 De onderhavige vordering strekt ertoe dat Komdeur persoonlijk wordt veroordeeld tot betaling van schadevergoeding, op te maken bij staat en te vereffe nen volgens de wet. Het Land heeft aan de vordering ten grondslag gelegd dat Komdeur jegens het Land onrechtmatig heeft gehandeld doordat hij zijn taak als curator op uiterst onzorgvuldige wijze heeft uitgeoefend, welke stelling het Land in een aantal concrete verwijten heeft uitgewerkt. Het Gerecht in Eerste Aanleg heeft de vordering afgewezen. Op het door het Land ingestelde hoger beroep heeft het Hof het vonnis van het Gerecht vernietigd en Komdeur veroordeeld zoals hiervoor onder 1 vermeld.
Het Land legde in hoger beroep de nadruk op twee aan Komdeur verweten gedragingen, te weten: het ondanks de uitspraak van de rechter-commissaris van 14 december 1993 niet verlangen van zekerheid van de hoogste bieder op de veiling van 14 april 1994 en het wachten gedurende vier maanden alvorens tot ontbinding van de koop wegens niet-betaling over te gaan. Het Hof oordeelde het eerste verwijt gegrond, het tweede niet.
4.3 Onderdeel 1 van het middel klaagt over onbegrijpelijkheid c.q. onvoldoende motivering van het oordeel van het Hof dat Komdeur heeft verzuimd genoegzame zekerheid te *vragen*. Het onderdeel voert aan dat het Gerecht in Eerste Aanleg als feit heeft vastgesteld dat Komdeur geen zekerheid heeft *verlangd*, hetgeen iets anders is dan dat geen zekerheid zou zijn *gevraagd*. Het onderdeel wijst erop dat uit de door partijen in de feitelijke aanleg ingenomen stellingen kan worden afgeleid dat Komdeur wél zekerheid heeft gevraagd van de koper.
De klacht gaat uit van een onjuiste lezing van het vonnis en mist dan ook feitelijke grondslag. Even-als het Gerecht in Eerste Aanleg gaat het Hof (rov. 2) uit van de vaststelling dat door Komdeur bij de verkoop van 14 april 1994 geen zekerheid is verlangd. In rov. 5 overweegt het Hof dat het Komdeur niet vrijstond het hoogste bod 'zonder zekerheidstelling te aanvaarden'. In rov. 17 is dan ook niets anders te lezen dan dat Komdeur heeft verzuimd, alvorens het bod van de hoogste bieder aan te nemen, zekerheid van die bieder te eisen.
4.4 Onderdeel 2 klaagt over innerlijke tegenstrijdigheid van 's Hofs beslissing, nu het Hof enerzijds zijn oordeel dat Komdeur zijn taak als curator in ernstige mate heeft verwaarloosd, kennelijk uitsluitend baseert op het feit dat Komdeur als cura tor op de veiling van 14 april 1994 verzuimd heeft van de koper genoegzame zekerheid voor de nakoming van zijn bod te verlangen, terwijl anderzijds het Hof uitdrukkelijk overweegt (rov. 12) dat Komdeur niet onjuist heeft gehandeld door de op 14 april 1994 gesloten koop niet reeds op 28 april 1994 te ontbinden, maar zich nog enige tijd heeft ingespannen – tot 29 augustus 1994 – om de koopsom te innen.
Het onderdeel wordt tevergeefs voorgesteld. In zijn oordeel over de aanvaardbaarheid van de ter-

mijn die de curator zich heeft gegund alvorens de op de veiling van 14 april 1994 gesloten koop te ontbinden, gaat het Hof uit van de situatie dat nu eenmaal een koopovereenkomst was totstandgekomen zonder dat zekerheid was gesteld. Dat wil niet zeggen dat het ontstaan van die situatie niet aan Komdeur zou kunnen worden verweten. Van een tegenstrijdigheid is dan ook geen sprake.

4.5.1 De klachten vervat in de onderdelen 3 en 4 van het middel komen op tegen 's Hofs oordeel dat het handelen in strijd met de beschikking van de rechter-commissaris van 14 december 1993 meebrengt dat Komdeur zijn taak als curator ernstig heeft verwaarloosd.

4.5.2 Onderdeel 3 faalt voor zover daarin wordt betoogd dat de genoemde beschikking op onjuiste gronden is gewezen omdat het Land – naar het onderdeel stelt in strijd met artikel 65 Faillissementsbesluit in de procedure die tot de beschikking heeft geleid – niet als schuldeiser, maar als aspirant-koper is opgetreden. Aangezien die beschikking in kracht van gewijsde is gegaan moet in de onderhavige procedure van haar verbindendheid worden uitgegaan.

Voor het overige wordt in het onderdeel de stelling ingenomen dat het Hof Komdeur als curator in het faillissement niet had mogen houden aan een beschikking van de rechter-commissaris die in strijd was met de wet en strijdig met het belang van de schuldeisers; althans dat het Hof onvoldoende heeft gemotiveerd waarom het belang van het Land (om het hotel voor een zo laag mogelijke prijs te kopen) vóórging op het belang van de schuldeisers (om het hotel voor een zo hoog mogelijke prijs te verkopen). De in deze stellingname vervatte klachten stuiten reeds af op de omstandigheid dat de beschikking van 14 december 1993 de wijze van verkoop bepaal de alsmede de voorwaarden vastlegde waarop Komdeur biedingen op de veiling van 14 april 1994 had mogen aanvaarden. Met betrekking tot deze wijze van verkoop en het stellen van voorwaarden had de curator ten gevolge van de beschikking dan ook in beginsel geen beleidsvrijheid meer. Het behoort immers tot de taak van de rechter-commissaris, bij een gebleken verschil van inzicht over de wijze waarop de boedel moet worden afgewikkeld, desverzocht, in dat geschil te beslissen. Indien Komdeur van mening was dat de belangen van een in een bijzondere positie als die van het Land verkerende schuldeiser daarbij op onjuiste wijze waren afgewogen tegen de belangen van de andere schuldeisers, omdat zijns inziens de boedel beter gediend zou zijn met het aanvaarden van biedingen zonder dat zekerheidstelling was verlangd, had hij wijziging of intrekking van de beschikking dienen na te streven. Het onderdeel faalt ook in zoverre.

4.5.3 Onderdeel 4 betoogt dat het Hof een onjuist oordeel heeft gegeven, althans zijn oordeel onbegrijpelijk heeft gemotiveerd, door geen rekening te houden met het feit dat de rechter-commissaris het beleid van de curator heeft goedgekeurd, zoals blijkt uit het feit dat de rechter-commissaris de gehanteerde veilingvoorwaarden heeft goedgekeurd hoewel die afweken van de in zijn beschikking van 14 december 1993 geformuleerde voorwaarden, en uit het feit dat de rechter-commissaris bij zijn beschikking van 30 augustus 1994 het verzoek van het Land om Komdeur te ontslaan als curator, heeft afgewezen.

Ook dit betoog faalt. Komdeur heeft niet gesteld dat de gehanteerde en goedgekeurde veilingvoorwaarden voor de curator een verhindering opleverden om een bod te weigeren dat niet vergezeld was van een voldoende zekerheidstelling. Een tekstueel verschil tussen de beschikking van 14 december 1994 en de goedgekeurde voorwaarden doet dan niet ter zake. In de beschikking van 30 augustus 1994 is van het gegeven uitgegaan dat het uitgebrachte bod is aanvaard zonder dat vooraf zekerheidstelling was verlangd. De rechter-commissaris zag in het door de curator gevoerde beleid om te trachten alsnog de koopsom te innen, geen aanleiding hem te ontslaan. Dit strookt met het oordeel van het Hof in het thans bestre den vonnis. Laatstgenoemde beschikking liet zich niet uit over de geoorloofdheid van de beslissing van de curator om het bod te aanvaarden zonder zekerheidstelling; reeds hierom kon het Hof die beschikking buiten beschouwing laten bij het vormen van zijn oordeel over de handelswijze van de curator.

4.6 Onderdeel 5 bestrijdt rov. 9 en 10 van 's Hofs vonnis met het betoog dat, indien al moet worden aangenomen dat Komdeur een norm heeft overtreden door in strijd met de beschikking van 14 december 1993 een bod te aanvaarden zonder dat zekerheid is gesteld, het Land daarop geen beroep kan doen ter verkrijging van vergoeding van vertragingsschade. De overtreden norm beoogde, aldus het middel, niet een schuldeisersbelang te beschermen, maar had slechts ten doel dat het

Land voor het hotel niet meer dan nodig moest betalen in welk belang het Land niet is geschaad.
Het onderdeel is tevergeefs voorgesteld. Met hetgeen het Hof in rov. 10 heeft overwogen, heeft het tot uitdrukking gebracht dat het in de beschikking van 14 december 1993 opgenomen vereiste dat zekerheid diende te worden gesteld – in elk geval mede – beoogde te bereiken dat een koopovereenkomst zou worden gesloten die door de koper zou kunnen worden nagekomen, en dat niet een situatie zou ontstaan dat een bod zou worden uitgebracht, waarvan eerst na geruime tijd zou blijken dat het niet gestand gedaan zou worden. Het hierop gebaseerde oordeel van het Hof dat de door Komdeur niet nagekomen verplichting zekerheid te vragen ertoe strekte het Land te beschermen tegen vertragingsschade en dat derhalve aan het relativiteitsvereiste is voldaan, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. Het behoefde ook geen nadere motivering.
4.7 Onderdeel 6 van het middel stelt dat het Hof ten onrechte niet is ingegaan op het verweer van Komdeur dat van een reële schade, door het Land geleden, geen sprake is. Het onderdeel voert aan dat de opbrengst van het hotel nagenoeg geheel ten goede zal komen aan Ultrafin A.G., en derhalve aan het Land; dat het Land als op één na hoogste bieder op de eerste veiling NAf 17,5 miljoen had moeten betalen voor het hotel, terwijl het Land nu het hotel voor NAf 15 miljoen in handen heeft gekregen.
Het onderdeel faalt. Voor de toewijzing van een vordering ter vergoeding van schade, op te maken bij staat, is voldoende dat de mogelijkheid van schade aannemelijk wordt gemaakt. In rov. 10 heeft het Hof overwogen dat de door het Land gestelde (vertragings)schade rechtstreeks voortvloeit uit de omstandigheid dat het bod van de hoogste bieder niet gestand werd gedaan. In dit oordeel ligt besloten het oordeel dat de mogelijkheid van schade aannemelijk is gemaakt. Dit oordeel is niet onbegrijpelijk. Dat daarnaast mogelijk factoren, zoals de mogelijkheid van voordeelstoerekening, aanwezig zijn die tot vermindering van de gestelde schade aanleiding kunnen geven, is een omstandigheid die in de schadestaatprocedure kan worden bezien; het is niet een omstandigheid die dwingt tot de conclusie dat het Land niet tot die procedure kan worden toegelaten.
4.8 Onderdeel 7 betoogt dat het Hof Komdeur in elk geval ten onrechte persoonlijk aansprakelijk heeft geacht. Het voert aan dat het Hof wel overweegt dat Komdeur in strijd met de norm, aanvaard in het arrest van de Hoge Raad van 19 april 1996, nr. 15944, NJ 1996, 727, (inhoudende dat een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzicht verricht) heeft gehandeld, maar dat het Hof dat oordeel niet overtuigend heeft onderbouwd, en dat met name onbegrijpelijk is dat het geconstateerde verzuim door het Hof als zo ernstig is beschouwd dat Komdeur persoonlijk aansprakelijk wordt gehouden.
Ook deze klacht faalt. In rov. 7 heeft het Hof geoordeeld dat Komdeur zijn taak als curator in ernstige mate heeft verwaarloosd. In de rov. 5 en 6 geeft het Hof de motivering voor dat oordeel. Het Hof wijst daarin op het niet nakomen van de beschikking van de rechter-commissaris van 14 december 1993 en op de voorgeschiedenis van die beschikking. Het Hof kwam aldus tot een andere waardering van het geconstateerde verzuim dan de eerste rechter. Dit oordeel van het Hof heeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en kan als verweven met waarderingen van feitelijke aard voor het overige in cassatie niet op zijn juistheid worden getoetst. Het is ook niet onbegrijpelijk.

5. Beslissing
De Hoge Raad:
verwerpt het beroep;
veroordeelt Komdeur in de kosten van het geding in cassatie ....

NOOT

Deze uitspraak betreft de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator. Deze heeft in het maatschappelijk verkeer een functie die wezenlijk verschilt van die van de advocaat. In HR 19 april 1996, NJ 1997, 727 (Maclou & Prouvost/Curatoren Van Schuppen) wijst de Hoge Raad hier met nadruk op. Een advocaat behoeft in beginsel slechts de belangen van zijn cliënt met wie hij in een contractuele verhouding staat, te behartigen. Daarentegen dient de curator vaak uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen te behartigen, zoals die van de gezamenlijke schuldeisers, die van de gefailleerde en belangen van maatschappelijke aard. De Hoge Raad vervolgt in dit arrest

uit 1996 dat deze bijzondere kenmerken van de taak van de curator meebrengen dat zijn eventuele persoonlijke aansprakelijkheid dient te worden getoetst aan een zorgvuldigheidsnorm die daarop is afgestemd. Deze norm komt hierop neer dat een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. Zie over dit arrest onder meer mijn noot in JOR 1996/48, Ophof, TVVS 1996, blz. 105, Bakkerus in de bundel 'De curator, een octopus' (1996), Verstijlen, NTBR 1996, blz. 323 e.v., WPNR 6154 (1994) en in diens dissertatie 'De faillissementscurator', 1998, blz. 215 e.v. Vergelijk voor wat betreft de door de curator te behartigen tegenstrijdige belangen ook HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472 (Ontvanger/Gerritse q.q. II). Zonder een zekere speelruimte is het voor de curator niet mogelijk zijn taak naar behoren te vervullen. De curator heeft een zekere mate van vrijheid bij het beoordelen van concrete situaties en bij het bepalen van zijn beleid. In het bijzonder zal de behoefte aan een dergelijke speelruimte zich laten voelen, indien er sprake is van tegenstrijdige belangen. De casus van de arresten Maclou & Prouvost/Curatoren Van Schuppen en Ontvangen/Gerritse q.q. II vormen in deze goede illustraties. De onderhavige zaak ging over de verkoop door de curator van een tot de boedel behorend hotel. Bij beschikking had de rechter-commissaris bepaald dat de curator bij een bod als voorwaarde diende te stellen dat er zekerheid werd gesteld voor het bedrag van het bod en de bijkomende kosten. Nadat de biedingen hadden plaatsgevonden, heeft de curator het hotel verkocht aan de hoogste bieder zonder van deze een bankgarantie of andere zekerheid te verlangen. Het Land der Nederlandse Antillen (het Land) had een lager bod uitgebracht, maar met zekerheid. Bij gebreke van betaling is de voorgenomen levering aan de eerste bieder niet doorgegaan en is de met deze gesloten koopovereenkomst een aantal maanden later ontbonden. Vervolgens heeft het Land het hotel alsnog verworven. In de onderhavige procedure heeft het Land curator Komdeur persoonlijk aansprakelijk gesteld voor de door het Land geleden vertragingsschade. In nr. 4.5.2 overweegt de Hoge Raad dat de curator ten gevolge van de beschikking van de rechter-commissaris geen beleidsvrijheid meer had met betrekking tot de wijze van verkoop en het stellen van voorwaarden. Het behoort immers tot de taak van de rechter-commissaris, zo vervolgt de Hoge Raad, bij een gebleken verschil van inzicht over de wijze waarop de boedel moet worden afgewikkeld, desverzocht, in dat geschil te beslissen. De beleidsvrijheid van de curator kan derhalve door beschikkingen van de rechter-commissaris worden beperkt. De Hoge Raad komt tot de slotsom dat het Hof heeft kunnen oordelen dat Komdeur in strijd heeft gehandeld met de specifiek op de positie van de curator afgestemde zorgvuldigheidsnorm. 'Een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht', zo leert het arrest Maclou & Prouvost/Curatoren Van Schuppen. Komdeur heeft dat in het onderhavige geval niet gedaan. Uit deze beslissing mag mijns inziens niet worden afgeleid dat ieder handelen van een curator in strijd met een beschikking van de rechter-commissaris steeds een onrechtmatige daad oplevert jegens belanghebbende(n). Zoals uit r.o. 4.8 blijkt, heeft het Hof in de onderhavige zaak aansprakelijkheid aangenomen omdat de curator zijn taak in ernstige mate had verwaarloosd. Het Hof heeft daarbij gewezen op het niet nakomen van de beschikking van de rechter-commissaris *en* op de voorgeschiedenis van die beschikking. Het Hof kwam daarmee tot een andere waardering van het geconstateerde verzuim dan de rechter in eerste aanleg. Volgens de Hoge Raad geeft het oordeel van het Hof niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

S.C.J.J. Kortmann

156

JOR 1999/156

Hoge Raad
16 april 1999, R97/159HR
(Mr. Mijnssen, Mr. Neleman, Mr. Heemskerk, Mr. Herrmann, Mr. De Savornin Lohman)
(Concl. A-G Strikwerda, niet opgenomen; red.)
Noot P.M. Veder

Bevoegdheidsincident. Rechtsgevolgen van contractueel forumkeuzebeding. Tekst noch strekking van art. 117 Faillissementsverordening brengen mee dat een door partijen vóór de faillietverklaring overeengekomen forumkeuzebeding zijn werking verliest door dit artikel. Verwijzing naar HR 28 oktober 1988, NJ 1989, 765.

[Faillissementsverordening art. 25, 117 (vgl. resp. Fw art. 29, 122)]

Het gaat thans om de procesrechtelijke gevolgen van een contractueel beding waarbij partijen een buitenlandse rechter (bij uitsluiting) bevoegd hebben verklaard om kennis te nemen van uit hun overeenkomst voortvloeiende geschillen. Als regel van Arubaans internationaal bevoegdheidsrecht moet worden aanvaard dat, wanneer partijen bij zo'n beding kennisneming van geschillen die te hunner vrije beschikking staan, bij uitsluiting hebben opgedragen aan een vreemde rechter, de Arubaanse rechter die zonder dat beding ter zake rechtsmacht zou hebben gehad en aan wie in strijd met dat beding zulk een geschil wordt voorgelegd, zich na een beroep op dat beding in beginsel onbevoegd moet verklaren van het geschil kennis te nemen, behoudens voor zover verdrags- of wetsbepalingen waarin de rechtsmacht van de Arubaanse rechter specifiek is geregeld, zich daartegen verzetten.
Het Gerecht in eerste aanleg heeft geoordeeld dat gesteld noch gebleken is dat enig verdrag op de rechtsverhouding van partijen van toepassing is; ook het hof is, in cassatie onbestreden, hiervan uitgegaan. Het gaat te dezen derhalve slechts om de vraag of art. 117 Faillissementsverordening (Fv) zich tegen toepassing van deze regel verzet.
Daarbij moet in de eerste plaats in aanmerking worden genomen dat art. 117 Fv (overeenkomend met art. 122 Fw) geen algemene exclusieve bevoegdheid schept tot de beoordeling van geschillen met betrekking tot ter verificatie aangemelde vorderingen, evenmin als art. 122 Fw (vgl. art. 25 Fv, overeenkomend met art. 29 Fw, en de daarbij aansluitende bepaling in art. 117 lid 1 Fv). Voorts moet in aanmerking worden genomen dat de curator in beginsel gebonden is aan de overeenkomsten die de failliet vóór het faillissement heeft gesloten. Een overeenkomstig uitgangspunt komt ook tot uitdrukking in art. 119 Fv (vgl. art. 123 Fw). De in de Fv met betrekking tot de verificatie getroffen voorzieningen strekken tot een doelmatige afwikkeling van geschillen omtrent bestaan, omvang en eventuele preferentie van vorderingen op de gefailleerde. Echter, het belang van de internationale rechtspraktijk dient in deze te prevaleren (vgl. Hoge Raad 28 oktober 1988, NJ 1989, 765 en Hoge Raad 1 februari 1985, NJ 1985, 698). Mitsdien is het oordeel van het hof juist dat uit tekst noch strekking van art. 117 Fv volgt dat een door partijen vóór de faillietverklaring overeengekomen forumkeuzebeding zijn werking verliest door dit artikel. Nu verweersters pretendeerden een vordering op de failliet te hebben, moesten zij deze ingevolge art. 103 e.v. Fv bij de curator indienen. Indien de curator vervolgens de vordering betwist, brengt geen rechtsregel mee dat zij vervolgens geen beroep meer zouden kunnen doen op een tussen de failliet en de crediteur overeengekomen forumkeuze. Daaruit heeft het hof terecht geconcludeerd dat, gelet op Hoge Raad 28 oktober 1988, NJ 1989, 765, de eerste rechter zich terecht onbevoegd heeft verklaard om over de vordering te oordelen.

Mr R.A. Brown te Aruba,
in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Eagle Beach
Hotel NV, eiser tot cassatie,
advocaat: Mr G. Snijders,
tegen
1. De rechtspersoon naar Zwitsers recht Ultrafin AG te Zwitserland,
2. De publiekrechtelijke rechtspersoon naar Italiaans recht Sezione
Speciale per l'Assicurazione del Credito All'Esportazione 'Sace'

te Italië,
verweersters in cassatie,
advocaat: Mr E.D. Vermeulen.

(...)

3. Beoordeling van het middel
3.1 Het gaat in cassatie om het volgende.
(i) Bij overeenkomst van 26 april 1987, gewijzigd en aangevuld op 9 augustus 1990 en 14 september 1990, hebben Ultrafin en Eagle Beach Hotel N.V. een overeenkomst van geldlening gesloten.
(ii) Ingevolge voornoemde overeenkomst is Zwitsers recht van toepassing op de rechtsverhouding van genoemde partij- en.
(iii) Genoemde partijen hebben voorts als bevoegde rechter aangewezen het Gerecht te Lugano, dan wel het Gerecht te Genève.
(iv) Eagle Beach Hotel N.V. is op 21 oktober 1993 in staat van faillissement verklaard. Eiser tot cassatie is curator in dit faillissement.
(v) Sace is de kredietverzekeraar van Ultrafin. Sace heeft in verband met het faillissement van Eagle Beach Hotel N.V. uit hoofde van de kredietverzekering aan Ultrafin betalingen verricht en is tot het bedrag van die betalingen gesubrogeerd in de rechten van Ultrafin jegens Eagle Beach Hotel N.V. uit de genoemde overeenkomst van geldlening.
(vi) Ultrafin en Sace hebben hun vorderingen op Eagle Beach Hotel N.V. in het faillissement ingediend. De (toenmalige) curator heeft beide vorderingen betwist. De Rechter-Commissaris heeft partijen op de voet van art. 117 van de Faillissements verordening van Aruba (hierna aan te duiden als: Fv.) verwezen naar de terechtzitting van het Gerecht in eerste aanleg.
(vii) Ultrafin heeft vervolgens bij verzoekschrift van 28 oktober 1994 de curator gedaagd voor het Gerecht te Lugano.
(viii) Desverzocht door de curator en toegestaan door de rechter in het Gerecht te Lugano heeft het debat van partijen zich aldaar tot en met de conclusie van dupliek beperkt tot de bevoegdheidsvraag.
(ix) Na de conclusie van dupliek van de curator heeft de rechter in het Gerecht te Lugano op grond van de Europese Overeenkomst nopens het verstrekken van inlichtingen over buitenlands recht door tussenkomst van het Zwitserse Ministerie van Justitie om inlichtingen over het Arubaanse recht gevraagd. Dit verzoek is door tussenkomst van het Nederlandse Ministerie van Justitie doorgestuurd naar de Directie Wetgeving van de Arubaanse overheid.
3.2 In de renvooiprocedures hebben Ultrafin en Sace een bevoegdheidsincident opgeworpen. In de hoofdzaak hebben zij primair geconcludeerd tot aanhouding van de zaak totdat in de Zwitserse procedure een in kracht van gewijsde gegaan eindvonnis zal zijn verkregen.
Het Gerecht in eerste aanleg heeft op verzoek van de curator de beide zaken gevoegd. In zijn eindvonnis heeft het zich in het incident onbevoegd verklaard kennis te nemen van de vorderingen van Ultrafin en Sace om toegelaten te worden als schuldeisers in het faillissement van Eagle Beach Hotel N.V. en in de hoofdzaak verstaan dat de vorderingen niet behoeven te worden beoordeeld.
Het Hof heeft het eindvonnis vernietigd voor zover gewezen in de hoofdzaak en, opnieuw rechtdoende, de procedure verwezen naar het Gerecht in eerste aanleg teneinde de zaak te behandelen met inachtneming van het door het Hof overwogene, en bepaald dat de procedure is geschorst totdat de meest gerede partij een in kracht van gewijsde gegane einduitspraak van de Zwitserse rechter in de procedure Ultrafin tegen Eagle Beach Hotel N.V. zal hebben overgelegd.
De gronden waarop het Hof deze beslissing heeft gebaseerd, kunnen als volgt worden samengevat.
(i) Uit de tekst noch uit de strekking van art. 117 Fv. volgt dat een door partijen voor de datum van het faillissement over eengekomen forumkeuzebeding zijn werking verliest door dit artikel.
(ii) Nu Ultrafin en Sace pretendeerden een vordering op de gefailleerde te hebben, moesten zij deze, gelet op art. 103 e.v. Fv., bij de curator indienen. Indien de curator vervolgens de vordering betwist, brengt geen rechtsregel mee dat zij vervolgens geen beroep meer zouden kunnen doen op een tussen de gefailleerde en Ultrafin overeengekomen forumkeuze.
(iii) Gelet op HR 28 oktober 1988, nr. 13860, NJ 1989, 765, heeft de eerste rechter zich terecht onbevoegd verklaard om over de vordering te oordelen.
(iv) De forumkeuze brengt mee dat het geschil tussen partijen voor een rechter in Zwitserland dient te worden voortgezet. Indien de vordering van Ultrafin bij in kracht van gewijsde gegane uitspraak van de Zwitserse rechter geheel of gedeeltelijk wordt toegewezen, dienen Ultrafin en Sace de weg van art. 306 RvAruba te volgen. Dit

betekent dat de eerste rechter gehouden is om de renvooiprocedure aan te houden in afwachting van de afloop van de procedure in Zwitserland.
3.3.1 Het middel keert zich slechts tegen de hiervoor onder (i) – (iii) weergegeven overwegingen van het Hof.
Het houdt geen klacht in over de consequentie die het Hof in zijn onder (iv) weergegeven overweging aan zijn door het middel bestreden oordeel heeft verbonden.
3.3.2 Het gaat in deze zaak om de procesrechtelijke gevolgen van een contractueel beding waarbij partijen een buitenlandse rechter – naar het Hof kennelijk heeft aangenomen: bij uitsluiting – bevoegd hebben verklaard om kennis te nemen van uit hun overeenkomst voortvloeiende geschillen. Als regel van Arubaans internationaal bevoegdheidsrecht moet worden aanvaard dat, wanneer partijen bij zo'n beding kennisneming van geschillen die te hunner vrije beschikking staan, bij uitsluiting hebben opgedragen aan een vreemde rechter, de Arubaanse rechter die zonder dat beding ter zake rechtsmacht zou hebben gehad en aan wie in strijd met dat beding zulk een geschil wordt voorgelegd, zich na een beroep op dat beding in beginsel onbevoegd moet verklaren van het geschil kennis te nemen, behoudens voor zover verdrags- of wetsbepalingen waarin de rechtsmacht van de Arubaanse rechter specifiek is geregeld, zich daartegen verzetten.
Het Gerecht in eerste aanleg heeft geoordeeld dat gesteld noch anderszins is gebleken dat enig verdrag op de rechtsverhouding van partijen van toepassing is; ook het Hof is, in cassatie onbestreden, hiervan uitgegaan. Het gaat te dezen derhalve slechts om de vraag of art. 117 Fv. zich tegen toepassing van de hiervoor weergegeven regel verzet.
3.3.3 Bij de beantwoording van deze vraag moet in de eerste plaats in aanmerking worden genomen, dat art. 117 Fv. (overeenkomend met art. 122 van de Nederlandse Faillissementswet) geen algemene exclusieve bevoegdheid schept tot de beoordeling van geschillen met betrekking tot ter verificatie aangemelde vorderingen, evenmin als art. 122 F. (vgl. art. 25 Fv. (overeenkomend met art. 29 F.) en de daarbij aansluitende bepaling in art. 117 lid 1 Fv.).
Voorts moet in aanmerking worden genomen dat de curator in beginsel gebonden is aan de overeenkomsten die de failliet vóór het faillissement heeft gesloten. Een overeenkomstig uitgangspunt komt ook tot uitdrukking in art. 119 Fv. (overeenkomend met art. 123 F.).
De in de Faillissementsverordening met betrekking tot de verificatie getroffen voorzieningen strekken tot een doelmatige afwikkeling van geschillen omtrent bestaan, omvang en eventuele preferentie van vorderingen op de gefailleerde. In het licht van hetgeen in de vorige alinea is overwogen, brengen de overwegingen welke hebben geleid tot de aanvaarding van de in 3.3.2 vooropgestelde regel, echter mee dat het belang van de internationale rechtspraktijk te dezen dient te prevaleren (vgl. behalve HR 28 oktober 1988, nr. 13860, NJ 1989, 765, ook HR 1 februari 1985, nr. 12686, NJ 1985, 698).
Het middel is dan ook tevergeefs voorgesteld, omdat het bestreden oordeel van het Hof juist is. Dit laatste geldt ook voor het – door het middel terecht niet bestreden – oordeel van het Hof dat de renvooiprocedures hangende de procedure in Zwitserland dienen te worden aangehouden en dat, indien de vordering van Ultrafin bij in kracht van gewijsde gegane uitspraak van de Zwiterse rechter geheel of gedeeltelijk wordt toegewezen, Ultrafin en Sace de weg van art. 306 RvAruba (overeenkomend met art. 431 Rv.) dienen te volgen. Dit brengt mee dat alsdan in de renvooiprocedures met overeenkomstige toepassing van hetgeen door de Hoge Raad is overwogen in rov. 3.3.6 van zijn arrest van 17 december 1993, nr. 15035, NJ 1994, 348, over de vorderingen zal moeten worden geoordeeld.

4. Beslissing
De Hoge Raad:
verwerpt het beroep;
veroordeelt de curator in de kosten van het geding in cassatie.

NOOT

1. Indien op de verificatievergadering een ingediende vordering, een recht van voorrang of een retentierecht door de curator en/of een of meer crediteuren wordt betwist en de rechter-commissaris er niet in slaagt de partijen te verenigen, verwijst hij ze overeenkomstig art. 122 Fw naar een door hem te bepalen terechtzitting van de rechtbank, de zgn. renvooiprocedure. Art. 122 Fw vestigt zowel de absolute als de relatieve competentie van de rechtbank (zie Van der Feltz I, p. 505

en 517 en Van der Feltz, II, p. 101). Indirect wordt tevens de rechtsmacht van de Nederlandse rechter gevestigd (zie o.a. HR 24 december 1915, NJ 1916, 417). De rechtbank waarnaar in art. 122 Fw wordt verwezen, is de rechtbank die het faillissement heeft uitgesproken. Art. 126 lid 13 Rv, dat 'in zaken van faillissement' de rechtbank die het faillissement van de schuldenaar heeft uitgesproken, bevoegd verklaart, heeft voor de relatieve bevoegdheid van de rechter in verificatiegeschillen geen betekenis (zie Van der Feltz, I, p. 505).
2. De onderhavige zaak heeft betrekking op de gevolgen van een tussen partijen overeengekomen forumkeuze voor de bevoegdheid van de Nederlandse rechter in een renvooiprocedure.
3. Volgens de Hoge Raad brengt een tussen partijen overeengekomen forumkeuze met zich dat – bij betwisting door de curator van een ter verificatie ingediende vordering – een geschil over de gegrondheid van de ingediende vordering bij de door partijen gekozen rechter moet worden aangebracht. Tot op heden werd in de literatuur van een ander standpunt uitgegaan. Vrij algemeen werd aangenomen dat verwijzing dient te geschieden naar de rechtbank die het faillissement heeft uitgesproken, ook wanneer bij overeenkomst bedongen mocht zijn dat eventueel opkomende geschillen zouden worden voorgelegd aan een andere rechter of aan arbiters, zie o.a. W.L.P.A. Molengraaff, De Faillissementswet, bewerkt door C.W. Star Busmann (1951), p. 388; N.J. Polak, Faillissement en surséance van betaling (1972), p. 282; N.J. Polak, Faillissementsrecht, bewerkt door C.E. Polak (1997), p. 191; Losbladige Faillissementswet, aant. 2 op art. 122; R.J. van Galen en J.A. van Apeldoorn, Grensoverschrijdende aspecten van insolventieprocedures buiten verdrag, preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht (1998), p. 109.
4. De door de Hoge Raad aan zijn beslissing ten grondslag gelegde motivering geldt naar mijn mening ook voor een tussen partijen overeengekomen arbitrageclausule. Met betrekking tot de verhouding van art. 122 Fw tot arbitrageclausules, zie o.a. V. Lazic, Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration (1998), p. 164/165; M. Ynzonides, De invloed van faillietverklaring op arbitrage, WPNR 6008 (1991), p. 393 (die het nu ten aanzien van forumkeuzeclausules door de Hoge Raad ingenomen standpunt met betrekking tot arbitrageclausules als wenselijk (en mogelijk geldend) recht verdedigde), P. Sanders, Het nieuwe arbitragerecht (1996), p. 32 (die eveneens uitgaat van de wenselijkheid van het thans door de Hoge Raad ingenomen standpunt, maar daarvoor wetswijziging noodzakelijk achtte) en het arbitrale vonnis van het Scheidsgerecht Amsterdamse Graanhandel van 5 juli 1974, NJ 1975, 227.
5. Partijen zijn bevoegd om bij overeenkomst geschillen die te hunner vrije beschikking staan, bij uitsluiting op te dragen aan een vreemde rechter, behoudens indien en voor zover verdrags- of wetsbepalingen waarin de rechtsmacht van de Nederlandse rechter specifiek is geregeld, zich daartegen verzetten (zie HR 28 oktober 1988, NJ 1989, 765, nt. JCS (Harvest Trader)). De Hoge Raad volgt AG Strikwerda in zijn oordeel dat art. 122 Fw zich er niet tegen verzet dat in een verificatiegeschil een beroep kan worden gedaan op een met de gefailleerde overeengekomen forumkeuze. Art. 122 Fw schept volgens de Hoge Raad geen algemene exclusieve bevoegdheid tot beoordeling van geschillen met betrekking tot ter verificatie aangemelde vorderingen (zie ook de conclusie van AG Strikwerda, nr. 13 en 14). Anders dan in het cassatiemiddel werd betoogd, verzet naar het oordeel van de Hoge Raad ook de ratio van art. 122 Fw, een doelmatige afwikkeling van geschillen omtrent het bestaan, de omvang en preferentie van vorderingen op de gefailleerde, zich niet tegen een beroep op een forumkeuzeclausule. Volgens de Hoge Raad prevaleert het belang van de in ternationale rechtspraktijk bij de mogelijkheid van forumkeuze boven het aan art. 122 Fw ten grondslag liggende doelmatigheidsmotief (zie de conclusie van AG Strikwerda, nr. 16).
6. Kan een met de gefailleerde overeengekomen forumkeuze ook worden tegengeworpen aan crediteuren die een ter verificatie ingediende vordering betwisten? In het cassatiemiddel was aangevoerd dat de curator die een vordering betwist, dat mede doet ten behoeve van de andere gezamenlijke schuldeisers die niet aan een door de gefailleerde aangegaan forumkeuzebeding zouden zijn gebonden. De Hoge Raad gaat niet in op deze stelling, maar overweegt in r.o. 3.3.3 slechts dat in aanmerking moet worden genomen dat *de curator* in beginsel gebonden is aan de overeenkomsten die de failliet vóór het faillissement heeft gesloten. 'Een overeenkomstig uitgangspunt komt ook tot uitdrukking in art. 119 Fv. (overeenkomend met art. 123 F.)', aldus de Hoge

Raad. Wellicht mag uit deze overweging worden afgeleid dat een forumkeuzebeding niet kan worden tegengeworpen aan een crediteur die een ter verificatie ingediende vordering betwist. De betwistende crediteur is immers geen partij bij de overeenkomst met de gefailleerde. Aan een met de gefailleerde overeengekomen forumkeuze is hij derhalve in beginsel niet gebonden. De verwijzing van de Hoge Raad naar art. 123 Fw geeft mij aanleiding tot twijfel. Art. 123 Fw bepaalt dat de schuldeiser wiens vordering wordt betwist, tot staving daarvan tot geen nader of meerder bewijs is gehouden dan hij tegen de gefailleerde zelf zou moeten leveren. Uit de Parlementaire Geschiedenis volgt dat deze bepaling zowel geldt voor de curator als voor betwistende crediteuren (zie Van der Feltz, II, p. 104). Met betrekking tot bewijs en bewijslastverdeling nemen zij dezelfde positie in als de gefailleerde ten opzichte van de wederpartij zou hebben gehad. Ik acht het verdedigbaar dat, voor zover de betwisting betrekking heeft op de vraag of en, zo ja, in welke omvang uit een met de gefailleerde gesloten overeenkomst een vordering voortvloeit, de betwistende crediteur een forumkeuzebeding tegen zich moet laten gelden. Van belang is mijns inziens dat het in dat geval gaat om het vaststellen van de rechten van een crediteur jegens zijn inmiddels gefailleerde schuldenaar. In dit kader kan worden verwezen naar de toelichting op art. 123 Fw, waar wordt vermeld dat 'de curator of schuldeischer, die verzet doet geen andere rechten dan die van den gefailleerde geldend maakt, zij het ook ten bate der vereenigde schuldeischers' (Van der Feltz, II, p. 104). Zo wordt tevens bereikt dat de art. 29 en 122 Fw ook bij betwisting door een crediteur tot gelijke resultaten leiden voor zover het de bevoegdheidsvraag betreft. Immers, een crediteur die een vordering van een andere crediteur betwist, terwijl met betrekking tot die vordering al een geding aanhangig was dat als gevolg van de faillietverklaring is geschorst, zet in plaats van de gefailleerde dat geding als partij voort bij de rechter waar het aanhangig was.

7. Door het verkrijgen van het buitenlandse vonnis staat nog niet vast dat de betreffende crediteur gerechtigd is te delen in de opbrengst van de boedel. Het buitenlandse vonnis levert op zich geen in Nederland uitvoerbare titel op. De Hoge Raad geeft aan dat de renvooiprocedure dient te worden aangehouden in afwachting van de afloop van de procedure voor het gekozen forum. Indien de vordering bij in kracht van gewijsde gegane uitspraak van de gekozen rechter geheel of gedeeltelijk wordt toegewezen, dient de crediteur die zijn vordering geverifieerd wenst te zien in het faillissement, de weg van art. 431 Rv te volgen. Voor zover het buitenlandse vonnis niet krachtens verdrag of wetsbepaling in Nederland kan worden tenuitvoergelegd, dient de zaak opnieuw bij de Nederlandse rechter te worden behandeld en afgedaan (art. 431 lid 2 Rv). Dit gebeurt in de (aangehouden) renvooiprocedure voor de rechtbank. In die procedure dient dan met overeenkomstige toepassing van hetgeen door de Hoge Raad is overwogen in r.o. 3.3.6 van zijn arrest van 17 december 1993, NJ 1994, 348 (Esmil), over de vordering te worden geoordeeld. In dit arrest overwoog de Hoge Raad dat in beginsel kan worden volstaan met het stellen van de forumkeuzeclausule en de op basis daarvan verkregen uitspraak en dat de gebondenheid van partijen aan deze uitspraak tot uitgangspunt moet worden genomen. Indien het buitenlandse vonnis krachtens een executieverdrag of wetsbepaling voor tenuitvoerlegging in Nederland in aanmerking komt, zal de rechtbank die op grond van art. 122 Fw bevoegd was in de renvooiprocedure, bevoegd zijn overeenkomstig art. 985 e.v. Rv het verlof tot tenuitvoerlegging te verlenen. Denkbaar is ook dat de curator zijn betwisting intrekt nadat de vordering geheel of gedeeltelijk door de buitenlandse rechter is toegewezen. Het is mijns inziens dan niet nodig dat de crediteur alsnog een rechterlijke uitspraak verkrijgt (in de vorm van een exequatur of een nieuw vonnis op grond van art. 431 lid 2 Rv) teneinde een titel te verkrijgen die recht geeft op plaatsing op de uitdelingslijst (vgl. met betrekking tot een tijdens de renvooiprocedure getroffen schikking, Losbladige Faillissementswet, aant. 5 onder f op art. 122).

8. Voor zover een door de curator of een crediteur gedane betwisting geen betrekking heeft op de gegrondheid van de vordering, maar op de verifieerbaarheid ervan of op een gepretendeerd recht van voorrang, ligt het eerder voor de hand om de exclusieve bevoegdheid van de rechtbank ex art. 122 Fw aan te nemen. Het betreft dan niet een geschil dat betrekking heeft op rechten van de schuldeiser jegens zijn inmiddels gefailleerde schuldenaar, zoals bij een geschil omtrent de gegrondheid van de vordering, maar het ziet op de positie van de crediteur ten opzichte van de andere crediteuren bij de verdeling van het beschik-

bare actief. Van belang is dat de vraag of een vordering voor verificatie in aanmerking komt of aanspraak geeft op een recht van voorrang in het faillissement, steeds is onderworpen aan de lex concursus (over voorrechten in grensoverschrijdende faillissementen, zie P.M. Veder, The operation of security rights in the context of international insolvency, p. 188–191).

P.M. Veder
universitair docent burgerlijk recht KUN

160

JOR 1999/160

Hoge Raad
21 mei 1999, R98/018 HR
(Mr. Martens, Mr. Neleman, Mr. Heemskerk, Mr. Herrmann, Mr. Van der Putt-Lauwers)
(Concl. A-G Bakels, niet opgenomen; red.)

Executiegeschil. Veroordeelde verbeurt geen dwangsommen wanneer hij niet (tijdig) aan een veroordelend rechterlijk vonnis kan voldoen. De maatstaven 'buiten staat zijn' ex art. 491 RvNA en 'onmogelijkheid' ex art. 611 Rv bevatten dezelfde norm. Van 'onmogelijkheid' kan (ook) sprake zijn 'indien het onredelijk zou zijn meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan de veroordeelde heeft betracht'. Verwijzing naar Benelux-Gerechtshof 25 september 1986, NJ 1987, 909.

[Rv art. 611; BW art. 6:2; RvNA art. 491]

Uit het voor lijfsdwang geschreven art. 491 RvNA (tekstueel gelijk aan art. 611 Rv), dat ingevolge art. 491b RvNA van overeenkomstige toepassing is op dwangsomveroordeling, volgt dat de veroordeelde die buiten staat is (tijdig) aan de veroordeling te voldoen, geen dwangsommen verbeurt. De ratio van die bepaling is te voorkomen dat een zijdelings executiemiddel als de dwangsom, dat ertoe dient door middel van een geldelijke prikkel de veroordeelde tot nakoming te bewegen maar zijn zin verliest als de veroordeelde niet kan nakomen, het karakter krijgt van een private straf. Dezelfde gedachte komt tot uiting in art. 611 Rv, waarin is bepaald dat de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, op vordering van de veroordeelde de dwangsom kan opheffen, opschorten of verminderen in geval van onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de veroordeling te voldoen. Aangenomen moet worden dat beide maatstaven, het 'buiten staat zijn' van art. 491 RvNA en de 'onmogelijkheid' van art. 611 Rv, materieel dezelfde norm inhouden. Indien niet tijdig aan de hoofdveroordeling – opheffing van het beslag – is voldaan, is (ook) van onmogelijkheid sprake 'indien het onredelijk zou zijn meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan de veroordeelde heeft betracht' (Benelux-Gerechtshof 25 september 1986, NJ 1987, 909). Deze maatstaf, die niet afwijkt van hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid in het gegeven geval meebrengen, is kennelijk door het Hof toegepast.
Het Hof heeft geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door tot uitgangspunt te nemen dat degene die een notaris opdracht geeft tot opheffing van een beslag, zulks onder mededeling van de datum waarop deze opdracht, in verband met een rechterlijke veroordeling tot opheffing op verbeurte van een dwangsom, uiterlijk moet zijn uitgevoerd, en die daartoe een door de notaris opgestelde doorhalingsvolmacht tekent, erop mag rekenen dat de notaris de opdracht tijdig zal uitvoeren. Het Hof kon, daarvan uitgaande, zonder schending van enige rechtsregel oordelen dat Delray de redelijkerwijs van haar in dezen te verwachten inspanning en zorgvuldigheid heeft betracht.

1. De vennootschap naar het recht van Anguilla Pleasure Island
Development Ltd te Sint Maarten, Nederlandse Antillen,
2. I. Hope-Ross te Sint Maarten, Nederlandse Antillen,
eisers tot cassatie,
advocaat: Mr J.C. van Oven,
tegen
De vennootschap naar het recht van Anguilla Delray Resorts Ltd te
Sint Maarten, Nederlandse Antillen,
verweerster in cassatie,
advocaat: Mr G. Snijders.

(...)

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie moet van het volgende worden uitgegaan.

(i) In december 1994 heeft Pleasure aan Delray een strook grond verkocht gelegen in het district Cole Bay te Sint Maarten.

(ii) Naar aanleiding van een geschil over de nakoming van die overeenkomst heeft Delray op 26 mei 1995 conservatoir beslag gelegd op een aan Pleasure toebehorend onroerend goed, waarvan de hiervoor bedoelde strook grond deel uitmaakte.

(iii) Pleasure heeft in kort geding opheffing van dit beslag gevorderd. Hope-Ross, die stelde het beslagen stuk grond van Pleasure te hebben gekocht, heeft zich in dit kort geding als belanghebbende gevoegd aan de zijde van Pleasure.

(iv) Bij vonnis van 28 juli 1995 heeft het Gerecht in eerste aanleg Delray bevolen het beslag op te heffen, zulks op straffe van verbeurte aan Pleasure en Hope-Ross van een dwangsom van 5.000,= voor elke dag dat zij, te rekenen vanaf veertien dagen na betekening van het vonnis, nalatig zou blijven aan dit bevel te voldoen, tot een maximum van 70.000,=.

(v) Pleasure heeft dit vonnis op 19 oktober 1995 laten betekenen aan de toenmalige advocaat van Delray, mr Delahaye. Deze heeft namens Delray bij brief van 25 oktober 1995 het notariskantoor Speetjens, Steeman en Lopez Gonzales verzocht het noodzakelijke te doen om het beslag onmiddellijk op te heffen, waarbij hij erop heeft gewezen dat het vonnis op 19 oktober 1995 was betekend en dat het beslag op straffe van verbeurte van een dwangsom binnen veertien dagen nadien diende te zijn opgeheven.

(vi) Ingevolge dit verzoek heeft het notariskantoor een notariële akte opgesteld, waarin aan de bewaarder van het hypotheekregister volmacht werd verleend tot doorhaling van het beslag. Op 30 oktober 1995 heeft mr Delahaye deze akte namens Delray op het notariskantoor ondertekend.

(vii) Het beslag is eerst op 13 december 1995 doorgehaald, Pleasure en Hope-Ross hebben op 18 december 1995, zich op het standpunt stellend dat Delray het maximale bedrag van 70.000,= aan dwangsommen had verbeurd, executoriaal beslag gelegd op een aan Delray toebehorend onroerend goed.

Bij beschikking van 18 maart 1996 heeft het Gerecht in eerste aanleg op verzoek van Pleasure en Hope-Ross notaris Rosario benoemd om dit onroerend goed te veilen.

3.2 Delray heeft vervolgens het onderhavige executiegeschil aanhangig gemaakt. Zij heeft daarin – voor zover in cassatie van belang – gevorderd voor recht te verklaren dat zij de hiervoor in (vii) genoemde dwangsommen – niet heeft verbeurd. Delray heeft aan die vordering ten grondslag gelegd dat zij de notaris tijdig opdracht heeft gegeven zorg te dragen voor doorhaling van het beslag; dat zij ook tijdig de daartoe strekkende akte heeft ondertekend; dat haar niet valt toe te rekenen dat de notaris verder in gebreke is gebleven zorg te dragen voor de doorhaling. Gerecht in eerste aanleg en Hof hebben Delray in het gelijk gesteld.

3.3 Onderdeel 2 van het middel (onderdeel 1 bevat geen klacht) keert zich tegen de beslissing van het Hof dat Delray zich voldoende heeft ingespannen om de veroordeling tot het opheffen van het beslag na te komen.

Bij de behandeling van het onderdeel moet het volgende worden vooropgesteld. Het betoog van Delray dat zij, hoewel het beslag niet tijdig is opgeheven, geen dwangsommen heeft verbeurd vindt zijn grondslag in art. 491 RvNA (tekstueel gelijk aan art. 611 Rv.). Uit dit voor lijfsdwang geschreven artikel, dat ingevolge art. 491b RvNA van overeenkomstige toepassing is op de dwangsomveroordeling, volgt dat de veroordeelde die buiten staat is (tijdig) aan de veroordeling te voldoen, geen dwangsommen verbeurt. De ratio van die bepaling is te voorkomen dat een zijdelings executiemiddel als de dwangsom, dat ertoe dient door middel van een geldelijke prikkel de veroordeelde tot nakoming te bewegen maar zijn zin verliest als de veroordeelde niet kan nakomen, het karakter krijgt van een private straf. Dezelfde gedachte komt ook tot uiting in art. 611d Rv., waarin is bepaald dat de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, op vordering van de veroordeelde de dwangsom kan opheffen, opschorten of verminderen in geval van onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de veroordeling te voldoen. Aangenomen moet worden dat de beide maatstaven, het 'buiten staat zijn' van art. 491 RvNA en de 'onmogelijkheid' van art. 611d Rv., materieel dezelfde norm inhouden. Indien niet tijdig aan de hoofdveroordeling – het opheffen van het beslag – is voldaan, is (ook) van onmogelijkheid sprake 'indien het onredelijk zou zijn meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan de veroordeelde

heeft betracht' (Benelux-Gerechtshof 25 september 1986, zaak A 84/5, NJ 1987, 909). Deze maatstaf, die niet afwijkt van hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid in het gegeven geval meebrengen, is kennelijk door het Hof toegepast. Het onderdeel, dat deze maatstaf – terecht – niet bestrijdt, maar enkel klaagt over 'verkeerde invulling' ervan, keert zich tegen rov. 4, waarin het Hof heeft overwogen dat Delray erop mocht vertrouwen dat de notaris 'zich met nauwgezetheid verder over de getekende volmacht zou ontfermen', en dat Delray niet gehouden was na te gaan of de notaris de gegeven opdracht werkelijk op de juiste wijze had afgewikkeld, omdat, gelet op de positie van de notaris in ons rechtsbestel en de wettelijke waarborgen waarmee het notarisambt hier te lande is omkleed, een justitiabele zonder meer ervan kan uitgaan dat een notaris de nodige zorg betracht ten opzichte van degene ten behoeve van wie hij optreedt. Het Hof heeft, aldus de klacht, hiermee blijk gegeven van een onjuiste, althans zonder nadere motivering onbegrijpelijke opvatting omtrent de mate van zorgvuldigheid die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid gevergd kan worden van de procespartij aan wie de rechter een bevel heeft gegeven een beslag op te heffen, daar van die partij wel degelijk verlangd mag worden erop toe te zien dat de hulppersoon van wiens bijstand hij gebruik maakt, de opdracht op de juiste wijze afwikkelt, en dat dit niet anders is als die hulppersoon een notaris is.
Het onderdeel wordt tevergeefs voorgesteld. Het Hof heeft geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door tot uitgangspunt te nemen dat degene die een notaris opdracht geeft tot opheffing van een beslag, zulks onder mededeling van de datum waarop deze opdracht, in verband met een rechterlijke veroordeling tot opheffing op verbeurte van een dwangsom, uiterlijk moet zijn uitgevoerd, en die daartoe een door de notaris opgestelde doorhalingsvolmacht tekent, erop mag re kenen dat de notaris de opdracht tijdig zal uitvoeren. Het Hof kon, daarvan uitgaande, zonder schending van enige rechtsregel oordelen dat Delray de redelijkerwijs van haar in dezen te verwachten inspanning en zorgvuldigheid heeft betracht.
3.4 De onderdelen 3 en 4 hebben betrekking op de stelling van Pleasure en Hope-Ross die erop neerkomt dat de notaris daarom het beslag niet tijdig heeft doorgehaald omdat Delray, ondanks aanmaning en sommatie, in gebreke is gebleven tijdig met de doorhaling verband houdende kosten aan hem te voldoen.
Het Hof heeft overwogen dat deze, niet nader gemotiveerde, stelling als kennelijk onjuist dient te worden verworpen, en dat uit een door Delray overgelegde brief van de desbetreffende (kandidaat-)notaris blijkt dat het niet betalen van de kosten niet de reden is van de opgelopen vertraging (rov. 5).
De onderdelen klagen erover dat het Hof ten onrechte is voorbij gegaan aan het door Pleasure en Hope-Ross te dier zake gedane bewijsaanbod om met name genoemde getuigen te horen. Voorts klagen de onderdelen erover dat het Hof zonder meer uitgaat van de juistheid van de in rov. 5 genoemde brief, hoewel Pleasure heeft aangeboden de schrijver als getuige te doen horen.
De onderdelen worden terecht voorgesteld. Pleasure heeft in haar memorie van grieven aangevoerd dat de notaris de doorhalingsakte daarom heeft laten liggen, omdat Delray de doorhalingskosten niet wilde betalen. Pleasure heeft aangeboden hieromtrent twee kandidaat-notarissen van het notariskantoor te horen. Delray heeft deze stelling als onwaar bestreden, onder overlegging van een brief van notaris Speetjens. Bij pleidooi heeft Delray een brief van kandidaat-notaris Paul Steeman overgelegd. Pleasure heeft haar standpunt gehandhaafd en erop gewezen dat het notariskantoor mogelijk belanghebbende is bij de uitkomst van de procedure. In het licht van dit een en ander is onbegrijpelijk dat het Hof heeft geoordeeld dat Pleasure haar voormelde stelling, waarvan zij bewijs had aangeboden, 'niet nader' heeft gemotiveerd. Voor zover het stilzwijgend passeren van het bewijsaanbod van Pleasure op dit oordeel voortbouwt, wordt het terecht bestreden. Dit laatste geldt ook in zoverre dit bewijsaanbod, gegeven voormeld processueel debat, had te gelden als een aanbod tot het leveren van tegenbewijs tegen vorenbedoelde brief van de kandidaat-notaris. Het Hof heeft het bewijsaanbod in zoverre immers klaarblijkelijk gepasseerd op grond van zijn (negatieve) verwachting omtrent het resultaat van de bewijslevering.

4. Beslissing
De Hoge Raad:
vernietigt het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba van 31 oktober 1997, zaaknr. H-365/97;

verwijst het geding ter verdere behandeling en beslissing naar dit Hof;
veroordeelt Delray in de kosten van het geding in cassatie ....

38A

JOR 2000/38A

Kantonrechter Gemeenschappelijk Hof van Justitie
25 januari 2000, H-213/99
(Mr. Mijnssen, Mr. Mezas, Mr. De Boer)

Aansprakelijkstelling curator qualitate qua en pro se ter zake van schade door verkoop c.q. verlies of verduistering van aan de failliet geleaste zaken. Zorgplicht curator om na faillietverklaring als een goed huisvader op de aan een ander toebehorende goederen te passen, ongeacht of die ander de goederen al dan niet terugwenst.

[BW art. 6:162]

Het GEA oordeelt dat de curator niet aansprakelijk is voor goederen van een ander die vóór de faillissementsdatum zijn verdwenen, nu hij op dat moment nog geen enkele verantwoordelijkheid over een en ander had. De mate van zorg die de curator q.q. (vanaf de faillietverklaring) dient te geven aan goederen van een ander, is onafhankelijk van de vraag of de ander de goederen al dan niet terugwil. Hij dient in beginsel, met inachtneming van de normen geformuleerd in het arrest van de Hoge Raad, NJ 1996, 727, als een goed huisvader op die goederen te passen totdat de eigenaar de goederen feitelijk heeft opgehaald. Nu alle goederen zijn verdwenen in de periode waarin de curator op de spullen diende te passen, is het aan de curator om te stellen en bij betwisting te bewijzen dat hij niet verantwoordelijk is te houden voor de verdwijning.
Het GEA ziet geen grondslag om de curator in persoon aansprakelijk te stellen. Hij heeft immers in redelijkheid, mede in verband met de belangen van de overige schuldeisers, zolang mogelijk de goederen van de lessor onder zich mogen houden. Ten aanzien van de verkoop van de fax oordeelt het GEA dat een curator in beginsel mag vertrouwen op informatie die hem door de directie wordt gegeven. De directie heeft de curator medegedeeld dat de fax in eigendom van de failliet was, welke mededeling de curator niet in twijfel behoefde te trekken, zodat de curator pro se evenmin aansprakelijk is voor de schade geleden door verkoop van deze fax.
In hoger beroep is slechts de vraag naar de eventuele aansprakelijkheid van de curator qualitate qua aan de orde. Nu de curator als een goed huisvader voor de server en software diende te zorgen, en deze tijdens het faillissement zijn verdwenen zonder braaksporen en zonder dat de curator daarover opheldering kan verschaffen, is de boedel jegens de lessor aansprakelijk voor de daardoor veroorzaakte schade. Het betoog van de curator dat hij niet aansprakelijk is voor goederen die zijn weggehaald nadat hij de lessor uitdrukkelijk heeft laten weten dat zij de door haar in lease gegeven goederen kon ophalen, en de lessor dat niet – terstond – heeft gedaan, stuit af op de omstandigheid dat de lessor de nog aanwezige aan haar toebehorende goederen heeft opgehaald op een moment dat de zorgplicht van de curator geacht moet worden nog onverkort te hebben voortbestaan.

In hoger beroep
Mr. G.C. van Daal (in eerste aanleg: mr. H.J.E. Veerbeek) te Curaçao,
in zijn hoedanigheid van curator in de faillissementen van Horvers,
Dubislav & Partners NV en Blue C. Advertising NV (in eerste aanleg
tevens pro se),
appellant,
gemachtigde: mr. K. Frielink,
tegen
Telelease NV te Curaçao,
geïntimeerde,
gemachtigde: mr. M.G.M. Lomans-Schwengle.

Gerecht in eerste aanleg 7 december 1998

(...)

De vaststaande feiten
2. Eiseres heeft in 1996 aan de (...) N.V.'s computerapparatuur en een faxmachine geleast. De faxmachine had bij het aangaan van de lease-overeenkomst een waarde van *f* 7.745,=. Bij uitspraak van het gerecht alhier van 28 februari 1997 zijn de

beide N.V.'s in staat van faillissement verklaard met benoeming van gedaagde als curator in beide faillissementen. De twee N.V.'s waren gevestigd in hetzelfde gebouw en werkten tezamen. Door de curator is de faxmachine, geleast door HD&P, verkocht. Van de computerapparatuur is de server die door HD&P was geleast en een waarde had van *f* 23.164,= gestolen en/of verduisterd evenals geleaste software ter waarde van *f* 41.774,=. Van de door Blue van eiseres geleaste software is ter waarde van *f* 15.562,= gestolen en/of verduisterd.

De grondslag van de vordering

3. Eiseres stelt dat zij gedaagde op 4 maart 1997 heeft verzocht om afgifte van de geleaste objecten. Alle geleaste goederen waren toen nog in de bedrijfsruimtes aanwezig. Zij heeft altijd deze objecten terug willen hebben en heeft dit ook herhaaldelijk de curator laten weten. De curator heeft in eerste instantie geweigerd deze goederen terug te geven en op het moment dat hij van mening veranderde en de apparatuur terug wilde geven bleek dat de hiervoor genoemde onderdelen niet meer aanwezig waren. De curator is daarvoor in zijn hoedanigheid als curator aansprakelijk. Daarnaast is hij pro se aansprakelijk omdat hij uiterst onzorgvuldig is opgetreden omdat hij niet meteen op 4 maart 1997 de gevraagde goederen heeft afgegeven en/of niet heeft gezorgd voor afdoende beveiliging en/of heeft goedgevonden dat verschillende personen vrijelijk de bedrijfsruimte konden betreden na de faillissementsdatum. De goederen zijn namelijk verdwenen zonder dat er braaksporen in het bedrijfspand zijn aangetroffen.

De faxmachine is door de curator verkocht voor *f* 1.500,=. Dit bedrag is inmiddels door de curator betaald en de schade met betrekking tot deze machine is thans dan ook de aanschafwaarde ad *f* 7.745,= min *f* 1.500,= = *f* 6.245,=.

De schade aan de computerapparatuur bestaat, naast de waarde van de verdwenen server en software, ook nog uit een bedrag van *f* 47.000,=. Eiseres heeft de aanwezige apparatuur namelijk voor *f* 47.000,= minder moeten verkopen omdat er geen server en software meer aanwezig was.

Het verweer

4. Gedaagde stelt dat hij pro se niet aansprakelijk is omdat hij niet een op hem persoonlijk rustende rechtsplicht heeft geschonden. Hij ontkent dat hij anders heeft gehandeld dan in redelijkheid van hem mocht worden verlangd. Hij heeft zijn taak met voldoende nauwgezetheid en inzet vervult. Hij stelt dat hij bij de aanvang van het faillissement op redelijke gronden heeft mogen menen dat de apparatuur hulpzaak was. Vervolgens heeft eiseres in de persoon van de heer Willemse ermee ingestemd dat hij een koper voor het geheel ging zoeken. Hij stelt verder dat hij de normale zorg in acht heeft genomen. Sommige goederen van eiseres waren al weg op het moment van het faillissement, daar is hij in elk geval niet aansprakelijk voor en hij heeft eiseres nooit verhinderd om de goederen feitelijk op te halen, eiseres heeft zich hiervoor echter nooit gemeld. De fax heeft hij verkocht omdat de directie hem had meegedeeld dat deze eigendom van één van de N.V.'s was. Gedaagde erkent, als curator, dat de boedel voor de schade terzake de fax aansprakelijk is doch deze schade is minder hoog dan eiseres stelt. De fax was immers gebruikt en dus niet nieuw meer terwijl eiseres de nieuwwaarde minus de verkoopwaarde vordert.

Gedaagde stelt verder dat de schadeberekening in elk geval niet correct is voor wat betreft de berekening van het bedrag van *f* 47.000,=.

De beoordeling

5. De curator q.q. heeft erkend aansprakelijk te zijn voor de schade die is geleden door de verkoop van de faxmachine. Terzake deze machine is dus nog slechts relevant de hoogte van de schade. Zie daarvoor hierna bij nr. 12.

6. Voor de goederen van eiseres die reeds op 28 februari 1997 (de datum waarop het faillissement werd uitgesproken) uit de bedrijfsruimtes van de N.V. waren verdwenen, is gedaagde niet aansprakelijk. Hij had toen immers nog geen enkele verantwoordelijkheid over een en ander. Gedaagde stelt dat er toen reeds goede ren van eiseres waren verdwenen. Deze stelling heeft hij echter in het geheel niet onderbouwd terwijl juist van een curator bij twee relatief kleine bedrijven als de onderhavige mag worden verwacht dat hij na zijn benoeming zo snel mogelijk een lijst van aanwezige goederen maakt zodat duidelijk is wat allemaal wel in de ruimte aanwezig is en wat niet. Nu de curator verder geen enkel concreet goed heeft genoemd dat voor 28 februari 1997 zou zijn verdwenen, houdt het gerecht het ervoor dat alle goederen van eiseres nog aanwezig waren op 28 februari 1997.

7. Voor het antwoord op de vraag of de curator q.q. verantwoordelijk is voor de schade veroorzaakt door de verdwijning van de goederen, is niet relevant of eiseres de zaken al dan niet terugwilde: de mate van zorg die de curator dient te geven aan de goederen van een ander is namelijk in beide gevallen gelijk: hij dient in beginsel, met inachtneming van de normen zoals te vinden in HR, NJ 1996, nr. 727, als een goed huisvader op die goederen te passen totdat de eigenaar de goederen feitelijk heeft opgehaald. Een en ander kan anders zijn op grond van bepaalde omstandigheden, doch zulke omstandigheden zijn gesteld noch gebleken.
8. De curator heeft nog gesteld dat hij niet aansprakelijk is voor die goederen die zijn weggehaald nadat hij eiseres in mei expliciet heeft laten weten dat zij de goederen kan komen ophalen doch dit niet heeft gedaan.
Naar het oordeel van het gerecht hoeft deze stelling niet te worden beantwoord nu de curator geen opsomming heeft gegeven van de goederen die na die waarschuwing zouden zijn gestolen. Voorzover de stelling dus al waar zou zijn, heeft de curator de gevolgen hiervan feitelijk onvoldoende ingevuld.
9. Geen der partijen heeft gesteld te weten op welke manier de goederen zijn verdwenen. Zoals hiervoor onder 5 is overwogen, gaat het gerecht ervan uit dat alle goederen zijn verdwenen tijdens het faillissement, dus gedurende de periode waarin de curator op de spullen dient te passen. Om die reden is het aan de curator om feiten te stellen en, bij betwisting, te bewijzen die kunnen leiden tot de conclusie dat hij niet verantwoordelijk is te houden voor de verdwijning. Dergelijke feiten en omstandigheden zijn echter niet door de curator gesteld. Het gerecht is dan ook van oordeel dat de curator q.q. de schade die eiseres heeft geleden door de ver dwijning van de goederen aan eiseres dient te vergoeden.
10. Het gerecht ziet in geen van de door eiseres gestelde omstandigheden voldoende grondslag om de curator in persoon aansprakelijk te stellen. Hij heeft immers in redelijkheid, mede in verband met de belangen van de overige schuldeisers, zolang mogelijk de goederen van eiseres onder zich mogen houden. Het gerecht wijst hier mede op de omstandigheid dat er wel een aantal brieven van de gemachtigde van eiseres zijn overgelegd waaruit blijkt dat eiseres de goederen terug wilde hebben, doch uit niets blijkt dat de curator zich hiertegen tot het uiterste heeft verzet. De gemachtigde van eiseres heeft het bij brieven gelaten daar waar feitelijk optreden had dienen plaats te vinden.
Ten aanzien van de verkoop van de fax is het gerecht het volgende van oordeel. In beginsel mag een curator vertrouwen op informatie die hem door de directie wordt gegeven. Nu de stelling van de curator dat de directie hem heeft meegedeeld dat de fax eigendom van een N.V. was, niet is betwist en evenmin is gebleken van feiten en/of omstandigheden op grond waarvan de curator de mededeling van de directie in twijfel diende te trekken, is de curator pro se evenmin aansprakelijk voor de schade die is geleden door de verkoop van deze fax. De volledige vordering tegen de curator pro se wordt dan ook afgewezen.
11. De curator heeft het bedrag van *ƒ* 23.164,= voor de server niet, althans niet gemotiveerd, ontkend, evenals het totale bedrag aan verdwenen software van *ƒ* 57.336,= (*ƒ* 41.774,= + *ƒ* 15.562,=). Deze bedragen liggen dus voor toewijzing gereed. Het bedrag van *ƒ* 47.000,= wordt afgewezen. Eiseres heeft de verplichting de schade te beperken. Zij had in het onderhavige geval de apparatuur niet mogen verkopen zonder zelf voor een nieuwe server en vervangende software te zorgen. In dat geval had de apparatuur *ƒ* 47.000,= meer opgebracht en de door haar voorgeschoten kosten inzake server en software had zij in deze procedure kunnen vorderen (zoals zij ook heeft gedaan).
12. Naar het oordeel van het gerecht kan worden gesteld dat een faxmachine bedrijfsmatig in drie jaar afgeschreven wordt. De onderhavige fax is door de N.V.'s gedurende één jaar gebruikt hetgeen betekent dat de fax met *ƒ* 2.581,66 in waarde is verminderd en dus, ten tijde van het faillissement, nog *ƒ* 5.163,34 waard was. Hiervan heeft de curator reeds *ƒ* 1.500,= betaald, zodat hij nog verschuldigd is *ƒ* 3.663,34.
13. Nu de gevorderde wettelijke rente niet is betwist, zal deze eveneens worden toegewezen.
14. De curator q.q. heeft te gelden als in het ongelijk gesteld en wordt dus in de proceskosten veroordeeld.
Eiseres wordt in de proceskosten, gerezen aan de zijde van de curator pro se veroordeeld, nu dat deel van de vordering wordt afgewezen.
(...)

Gemeenschappelijk Hof van Justitie Nederlandse Antillen en Aruba 25 januari 2000

Het verloop van de procedure
(...)
De curator is qualitate qua in hoger beroep gekomen van het vonnis [1] door indiening op 5 januari 1999 van een daartoe strekkende akte ter griffie van het GEA.
(...)

Beoordeling
(...)
2. Telelease N.V. vordert de schade die is veroorzaakt door verkoop van de faxmachine zonder haar toestemming en door het verdwijnen van de server en software. Nu de curator zich niet tegen de eisvermeerdering heeft verzet, zal op de gewijzigde eis van Telelease N.V. recht worden gedaan.
3. In hoger beroep is slechts de vraag naar de eventuele aansprakelijkheid van de curator qualitate qua – niet langer van de curator persoonlijk – aan de orde. De voor gezamenlijke bespreking in aanmerking komende grieven leggen deze kwestie ter beoordeling aan het Hof voor.
4. Mogelijk zijn sommige van de door Telelease N.V. in lease gegeven goederen reeds verdwenen vóór de faillietverklaring van HD&P en Blue. Dit ligt echter anders voor de server en software terzake waarvan Telelease N.V. thans schadevergoeding vordert (hierna: de onderhavige server en software). De met stukken – waaronder de ook door de curator gehanteerde inventarislijst van 11 maart 1997 (produktie 1 bij memorie van antwoord) – gestaafde stelling van Telelease N.V., dat de onderhavige ser ver en software in ieder geval korte tijd na de faillietverklaring van HD&P en Blue nog in het bedrijfspand aanwezig waren, moet immers als door de curator onvoldoende gemotiveerd bestreden voor juist worden gehouden. Geconcludeerd moet worden, dat de onderhavige goederen tijdens het faillissement zijn verdwenen.
5. Aanvankelijk heeft de curator geweigerd de door Telelease N.V. in lease gegeven goederen af te geven aan Telelease N.V., omdat hij meende dat deze door natrekking deel van de faillissementsboedel waren gaan uitmaken. Nadat de curator kennelijk van mening is veranderd, heeft hij met Telelease N.V. afgesproken dat de goederen voorlopig in de kantoorruimten van HD&P en Blue zouden blijven omdat de curator mede in het belang van Telelease N.V. op zoek zou gaan naar een "ideale huurder", dat wil zeggen een huurder die de hard- en software van Telelease N.V. zou willen leasen.
6. Nu de curator op bovenvermelde gronden als goed huisvader voor de onderhavige server en software diende te zorgen, en deze tijdens het faillissement zijn verdwenen zonder braaksporen en zonder dat de curator daar opheldering over kan verschaffen, is de boedel jegens Telelease N.V. aansprakelijk voor de daarvoor veroorzaakte schade. Door de curator zijn geen omstandigheden aangevoerd die tot een ander oordeel nopen. De stelling van de curator, dat hij voor voldoende beveiliging heeft zorggedragen, is daartoe ongenoegzaam. En weliswaar heeft de curator gesteld dat hij niet aansprakelijk is voor de goederen die zijn weggehaald nadat hij Telelease N.V. in mei 1997 uitdrukkelijk heeft laten weten dat zij de door haar in lease gegeven goederen kon komen ophalen en Telelease N.V. dat niet – terstond – heeft gedaan, maar de curator heeft niet aannemelijk gemaakt dat na die waarschuwing goederen zijn verdwenen. Daarbij komt dat Telelease N.V. de door haar in lease gegeven nog aanwezige goederen heeft opgehaald op een moment – te weten: 29 mei 1997 – waarop de zorgplicht van de curator geacht moet worden nog onverkort te hebben voortbestaan: bedoelde waarschuwing (zie de brief van 20 mei 1997, produktie 13 bij conclusie van antwoord) hield immers in dat Telelease N.V. de goederen uiterlijk 31 mei 1997 moest hebben opgehaald.
7. De curator erkent ervoor aansprakelijk te zijn indien hij de faxmachine voor een te lage prijs zou hebben verkocht. Telelease N.V. vordert dienaangaande een bedrag aan schadevergoeding van NAf. 6.245,=, zijnde het verschil tussen de aanschafprijs van NAf. 7.745,= en de aan haar afgedragen verkoopopbrengst van NAf. 1.500,=.
Het GEA heeft in rechtsoverweging 12 van het bestreden vonnis echter terecht geoordeeld dat een faxmachine bedrijfsmatig in drie jaar afgeschreven wordt, dat de onderhavige faxmachine gedurende één jaar is gebruikt en derhalve ten tijde van het faillissement nog NAf. 5.163,34 waard was, en dat Telelease N.V. derhalve na aftrek van de reeds ontvangen NAf. 1.500,= nog recht heeft op betaling van NAf. 3.663,34.

1 van het GEA d.d. 7 december 1998

8. Terzake van de onderhavige server en software vordert Telelease N.V. – na vermeerdering van eis – de volgende bedragen:
a software ad NAf. 41.774,=;
b server ad NAf. 23.164,=;
c bedrijfsschade ad NAf. 94.476,=.
Ad a en b
Door middel van door haar overgelegde bescheiden heeft Telelease N.V. – de tegenwerpingen van de curator ten spijt – in voldoende mate aangetoond dat de aanschafprijs van de software respectievelijk de server Naf. 41.774,= en NAf. 23.164,= heeft bedragen. Voorts heeft Telelease N.V. op de door de curator bij memorie van grieven gestelde vraag, hoe de onderhavige software kon worden gestolen, een aanvaardbaar antwoord gegeven.
Het Hof is echter – met de curator – van oordeel dat bij de bepaling van de schade in aanmerking moet worden genomen dat high tech produkten als de onderhavige binnen korte tijd worden afgeschreven. Indien wordt uitgegaan van een afschrijvingsperiode van drie jaar, en dat de server en software – gelet op de overgelegde aankoopbonnen – één jaar zijn gebruikt, dan had ten tijde van het faillissement de software een waarde van NAf. 27.849,33 en de server een waarde van NAf. 15.442,67. Laatstgenoemde bedragen zijn derhalve toewijsbaar.
Ad c
Telelease N.V. vordert tevens NAf. 94.476,= als bedrijfsschade, op grond van de redenering dat zij de onderhavige server en software nog drie jaar, en de faxmachine nog vijf jaar aan een derde had kunnen leasen indien deze niet zouden zijn gestolen c.q. verkocht.
Dit onderdeel van de vordering wordt afgewezen. Telelease N.V. heeft immers de verplichting om de schade te beperken. Zij had daarom een nieuwe server, vervangende software en een nieuwe faxmachine moeten aanschaffen, ten einde haar lease-inkomsten veilig te stellen. De daarmee gemoeide kosten had zij in deze procedure kunnen vorderen (zoals zij in feite ook heeft gedaan).
9. Al het vorenstaande leidt tot de slotsom dat het bedrag van NAf. 46.955,34 (NAf. 3663,34 plus NAf. 27.849,33 plus NAf. 15.442,67) toewijsbaar is. Nu de gevorderde wettelijke rente niet is betwist, is deze eveneens voor toewijzing vatbaar.
10. Nu partijen in hoger beroep over en weer deels in het ongelijk zijn gesteld, zullen de kosten van het hoger beroep worden gecompenseerd.

Beslissing:
Het Hof:
Bevestigt het bestreden vonnis, met dien verstande dat de curator q.q. wordt veroordeeld om uitvoerbaar bij voorraad, tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan Telelease N.V. te betalen NAf. 46.955,34 (in plaats van NAf. 84.163,34), te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 7 februari 1998.
Compenseert de kosten van het hoger beroep aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt.

203

JOR 2000/203

Hoge Raad
26 mei 2000, R98/151HR,
ECLI:NL:HR:2000:AA5960
(Mr. Mijnssen, Mr. Neleman, Mr. Jansen, Mr. Hammerstein, Mr. Kop)
(Concl. A-G Wesseling-van Gent, niet opgenomen; red.)
Noot I. Spinath

Beslag dat bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis is opgeheven, herleeft door vernietiging in hoger beroep van dat vonnis. Wijzigingen in rechtstoestand van beslagen goed in periode tussen opheffing en vernietiging moeten worden geëerbiedigd. Goede trouw van derde-verkrijger niet van belang. Derde kan rechten die hij van beslagene heeft verkregen tussen opheffing beslag en vernietiging vonnis steeds aan beslaglegger tegenwerpen. In vonnis tot opheffing beslag kan rechter voorwaarde aan uitvoerbaarheid bij voorraad verbinden.

Vooropgesteld moet worden dat een beslag dat bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis is opgeheven, herleeft door vernietiging in hoger beroep van dat vonnis, met dien verstande dat wijzigingen in de rechtstoestand van het beslagen goed in de periode tussen de opheffing en de vernietiging moeten worden geëerbiedigd (HR 23 februari 1996, NJ 1996, 434).
Een beslag als het onderhavige heeft mede de strekking degene ten laste van wie het is gelegd, de beslagene, in zoverre te beletten het goed te

vervreemden of te bezwaren dat een vervreemding of bezwaring, totstandgekomen na het beslag, niet kan worden ingeroepen tegen de beslaglegger. Opheffing van een beslag bij of ingevolge een bij voorraad uitvoerbaar vonnis, strekt ertoe de beslagene volledig te herstellen in zijn bevoegdheid om het goed te vervreemden of te bezwaren. Een derde kan rechten, die hij van de beslagene heeft verkregen in het tijdvlak gelegen tussen de opheffing van het beslag en de vernietiging van het vonnis, dan ook aan de beslaglegger tegenwerpen.
Er is geen grond om hierover anders te oordelen indien de verkrijger ten tijde van zijn verkrijging ervan op de hoogte was dat het tot opheffing van het beslag strekkende vonnis nog niet in kracht van gewijsde was gegaan en dat daartegen hoger beroep was ingesteld. Een dergelijke beperking zou ook in strijd zijn met de rechtszekerheid die wordt gediend door het stelsel van openbare registers waarin feiten die voor de rechtstoestand van onroerende zaken van belang zijn, worden in- of overgeschreven. In geval van vernietiging van het tot opheffing van het beslag strekkende vonnis, zou deze verkrijger het beslag dan immers moeten eerbiedigen en diens bevoegdheid om over het goed te beschikken zou met terugwerkende kracht door het herleefde beslag zijn beperkt. Het beslag zou aldus in beginsel ook aan derden kunnen worden tegengeworpen zonder dat deze door kennisneming van in de openbare registers in- of overgeschreven feiten van het beslag op de hoogte had kunnen zijn.
Weliswaar kan de beslaglegger aldus als gevolg van de opheffing van het beslag een mogelijkheid om verhaal te nemen op een goed van zijn schuldenaar worden ontnomen, maar de rechter heeft de mogelijkheid daarvoor een voorziening te treffen door bij zijn vonnis waarbij hij het beslag opheft aan de uitvoerbaarheid bij voorraad de voorwaarde te verbinden dat tot een door hem te bepalen bedrag zekerheid wordt gesteld (HR 20 januari 1995, NJ 1995, 413).

1. De publiekrechtelijke rechtspersoon het land Aruba
te Aruba,
2. De Ontvanger der Belastingen op Aruba,
eisers tot cassatie,
advocaat: mr. R.S. Meijer,
tegen
J.P. Boeije te Aruba,
verweerder in cassatie,
niet verschenen.

(...; *red.*)

3. Beoordeling van het middel
3.1. In dit geding kan worden uitgegaan van het volgende.
i. Op 24 mei 1995 heeft Boeije twee onroerende zaken, gelegen te Papilon en Cumana op Aruba, van Mahu gekocht. De overdracht diende plaats te vinden uiterlijk op 31 december 1995.
ii. Mahu, die een aanzienlijke belastingschuld had, heeft Aruba verlaten. Hij heeft Boeije een schriftelijke volmacht verstrekt om de overdracht te bewerkstelligen. In deze volmacht was vermeld dat Boeije de koopprijs had voldaan.
iii. De Ontvanger heeft ter zake van de belastingschulden ten laste van Mahu op 8 maart 1996 executoriaal beslag gelegd op de aan Boeije verkochte, maar nog niet aan hem overgedragen, onroerende zaken.
iv. Boeije heeft bij een op 22 april 1996 aanhangig gemaakt kort geding gevorderd het Land Aruba te veroordelen het beslag op te heffen. Aan deze vordering heeft Boeije ten grondslag gelegd dat het beslag jegens hem onrechtmatig was omdat hij (reeds) economisch eigenaar was van de onroerende zaken. Als gevolg van het beslag kon geen overdracht ervan meer plaatsvinden. Bij uitwinning van deze zaken zou hij dan ook zijn investering verliezen.
v. Het Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba heeft bij vonnis van 12 juni 1996, uitvoerbaar bij voorraad het Land bevolen het beslag op de onroerende zaken binnen tweemaal 24 uur op te heffen. De inschrijving van het beslag in de openbare registers is op 13 juni 1996 doorgehaald.
vi. Boeije heeft op 18 juni 1996, daartoe bij de onder ii genoemde volmacht gemachtigd, de onroerende zaken aan zichzelf geleverd.
vii. Het Land heeft tegen het kortgedingvonnis van 12 juni 1996 hoger beroep ingesteld bij het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba. Dit Hof heeft bij zijn vonnis van 17 juni 1997 het vonnis van het Gerecht in Eerste Aanleg vernietigd voorzover daarbij de opheffing van het beslag was bevolen. Het Hof heeft daartoe, kort weergegeven, overwogen dat Mahu ten tijde van het beslag juridisch eigenaar was van de onroerende zaken en dat de obligatoire rechten van Boeije – hoe ook genaamd –

niet aan de rechtsgeldigheid van het beslag in de weg staan.
viii. Op grond van dit vonnis heeft de Ontvanger op 20 juni 1997 de doorhaling van het beslag in de openbare registers ongedaan doen maken.
ix. Op 27 juli 1997 heeft Boeije de te Cumana gelegen onroerende zaak verkocht aan een derde. Om deze zaak te kunnen leveren heeft hij de Ontvanger verzocht de (herleefde) beslagen (opnieuw) op te heffen. De Ontvanger heeft dit geweigerd.
3.2. In dit kort geding heeft Boeije gevorderd dat het Gerecht in Eerste Aanleg het Land en de Ontvanger zal bevelen het (herleefde) beslag op de onroerende zaken op te heffen. Het Gerecht in Eerste Aanleg heeft deze vordering afgewezen. Het Hof heeft echter geoordeeld, kort weergegeven, dat de overdracht van de onroerende zaken door Mahu aan Boeije, geschied in de periode tussen de opheffing van het beslag en de vernietiging van het vonnis waarbij de opheffing werd bevolen, door de Ontvanger moet worden geëerbiedigd. Voorts heeft het Hof geoordeeld dat onroerende zaken door de overdracht aan Boeije, uit het vermogen van de beslagdebiteur zijn geraakt, zodat het beslag daarop niet kon herleven. Het Hof heeft de Ontvanger bevolen mee te werken aan doorhaling van het beslag.
3.3.1. Het middel, dat zich keert tegen de beslissing van het Hof en de gronden waarop het berust, strekt ten betoge dat bij vernietiging van een vonnis waarbij een beslag werd opgeheven, dan wel werd bevolen het beslag op te heffen, het beslag met terugwerkende kracht herleeft, en dat bij deze herleving slechts tussentijds door derden te goeder trouw verkregen rechten bescherming verdienen. Met derden te goeder trouw doelt het middel klaarblijkelijk op derden die niet ervan op de hoogte zijn dat het vonnis waarbij het beslag werd opgeheven of de opheffing werd bevolen, nog niet in kracht van gewijsde is gegaan en daartegen hoger beroep is ingesteld.
Het middel richt zich voorts tegen 's Hofs hiervoor weergegeven oordeel dat de onderhavige onroerende zaken door de overdracht aan Boeije uit het vermogen van de beslagdebiteur zijn geraakt, zodat het beslag daarop niet kon herleven.
3.2.2. Bij de beoordeling van het middel moet worden vooropgesteld dat een beslag dat bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis is opgeheven herleeft door vernietiging in hoger beroep van dat vonnis met dien verstande dat wijzigingen in de rechtstoestand van het beslagen goed in de periode tussen de opheffing en de vernietiging moeten worden geëerbiedigd (HR 23 februari 1996, nr. 15886, NJ 1996, 434).
Een beslag als het onderhavige heeft mede de strekking degene ten laste van wie het is gelegd, de beslagene, in zoverre te beletten het goed te vervreemden of te bezwaren dat een vervreemding of bezwaring, tot stand gekomen na het beslag, niet kan worden ingeroepen tegen de beslaglegger. Opheffing van een beslag bij of ingevolge een bij voorraad uitvoerbaar vonnis, strekt ertoe de beslagene volledig te herstellen in zijn bevoegdheid om het goed te vervreemden of te bezwaren. Een derde kan rechten, die hij van de beslagene heeft verkregen in het tijdvak gelegen tussen de opheffing van het beslag en de vernietiging van het vonnis, dan ook aan de beslaglegger tegenwerpen. Er is geen grond om, zoals het middel wil, hierover andes te oordelen indien de verkrijger ten tijde van zijn verkrijging ervan op de hoogte was dat het tot opheffing van het beslag strekkende vonnis nog niet in kracht van gewijsde was gegaan en dat daartegen hoger beroep was ingesteld. Een beperking als door het middel verdedigd zou ook in strijd zijn met de rechtszekerheid die wordt gediend door het stelsel van openbare registers waarin feiten die voor de rechtstoestand van onroerende zaken van belang zijn, worden in- of overgeschreven. In geval van vernietiging van het tot opheffing van het beslag strekkende vonnis, zou deze verkrijger het beslag dan immers moeten eerbiedigen en diens bevoegdheid om over het goed te beschikken zou met terugwerkende kracht door het herleefde beslag zijn beperkt. Het beslag zou aldus in beginsel ook aan de derde kunnen worden tegengeworpen zonder dat deze door kennisneming van in de openbare registers in- of overgeschreven feiten van het beslag op de hoogte had kunnen zijn.
Weliswaar kan de beslaglegger aldus als gevolg van de opheffing van het beslag een mogelijkheid om verhaal te nemen op een goed van zijn schuldenaar worden ontnomen, maar de rechter heeft de mogelijkheid daarvoor een voorziening te treffen door bij zijn vonnis waarbij hij het beslag opheft aan de uitvoerbaarheid bij voorraad de voorwaarde te verbinden dat tot een door hem te bepalen bedrag zekerheid wordt gesteld (HR 20 januari 1995, nr. 15708, NJ 1995, 413).
3.3.3. Uit dit een en ander volgt dat 's Hofs hiervoor onder 3.2 weergegeven oordelen van het

Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba juist zijn. Daarop stuiten alle in het middel vervatte klachten af.

4. Beslissing
De Hoge Raad:
verwerpt het beroep;
veroordeelt de ontvanger in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

NOOT

1. Dit arrest past in de lijn van de eerder over dit onderwerp gewezen arresten, HR 20 januari 1995, NJ 1995, 413 (Smokehouse/Culimer) en HR 23 februari 1996, NJ 1996, 434 (DKH/KIVO) en betreft de werking van opheffing en herleving van beslag. In eerstgenoemd arrest is bepaald dat een vonnis tot opheffing van een beslag eerst werking heeft nadat het kracht van gewijsde heeft gekregen, tenzij de uitspraak uitvoerbaar bij voorraad is verklaard. In dat geval geldt het beslag als onmiddellijk opgeheven, ook als de beslaglegger in hoger beroep gaat. In DKH/KIVO is vervolgens uitgemaakt dat in geval van vernietiging in hoger beroep van de bij voorraad uitvoerbaar verklaarde uitspraak tot opheffing beslag, het beslag herleeft, maar dat rechten die een derde tussentijds op het beslagen goed heeft verkregen, ook door de beslaglegger moeten worden geëerbiedigd.
2. Geldt deze eerbiediging ook als de derde die een recht op het (inmiddels niet meer beslagen) goed heeft verkregen niet te goeder trouw was, oftewel ervan op de hoogte was dat het goed nog onderwerp van een procedure was? Deze vraag komt in het onderhavige arrest aan de orde. De casus luidt kortweg als volgt: X verkoopt twee onroerende zaken aan Y, levering vindt nog niet plaats. Na de verkoop maar vóór de levering legt de Ontvanger executoriaal beslag op de zaken voor een schuld van X. Y vordert opheffing van dit beslag, welke vordering uitvoerbaar bij voorraad wordt toegewezen. De Ontvanger gaat in appel, maar voordat arrest wordt gewezen, worden de zaken aan Y geleverd (die ze vervolgens weer aan een derde verkoopt). In appel wordt het vonnis vernietigd, waardoor het beslag herleeft. De Ontvanger voert thans aan dat door de vernietiging in appel het beslag met terugwerkende kracht herleeft en dat bij deze herleving slechts tussentijds door derden te goeder trouw verkregen rechten bescherming verdienen. Nu Y niet te goeder trouw was, hoeft de Ontvanger de rechten van Y niet te eerbiedigen.
3. De Hoge Raad volgt dit standpunt niet. Voortbordurend op de eerdergenoemde arresten oordeelt hij dat het bij voorraad uitvoerbaar verklaarde vonnis tot opheffing beslag ertoe strekt de beslagene volledig te herstellen in zijn beschikkingsbevoegdheid, waardoor de derde die tussen de opheffing en de vernietiging van de opheffing rechten verwerft, deze aan de beslaglegger kan tegenwerpen. Met andere woorden: de vernietiging werkt ex nunc, zodat aan derdenbescherming helemaal niet wordt toegekomen. De (ex-)beslagene was immers beschikkingsbevoegd.
4. Dit arrest (en de twee eerdergenoemde) wekt enige bevreemding. Vernietiging van een vonnis brengt mee dat al datgene wat ter uitvoering van het vonnis is geschied, moet worden teruggedraaid. Dit betekent in geval van vernietiging van het vonnis tot opheffing dat het beslag achteraf bezien nooit is opgeheven en dat de beslagene (in ieder geval niet ten nadele van de beslaglegger) over het beslagen goed kon beschikken, nu de rechtsgrond voor beschikking door de beslagene daarmee is komen te vervallen, vergelijk ook HR 11 februari 1994, NJ 1994, 651 (Van Kooten/Wilmink). In deze visie kan een vervreemding of bezwaring van het beslagobject dan ook niet tegen de beslaglegger worden ingeroepen, behoudens vervreemding aan een derde die een beroep kan doen op een derdenbeschermende bepaling.
5. In de door de Hoge Raad gevolgde weg wordt echter de beslagene in bescherming genomen en het risico geheel bij de beslaglegger gelegd. Indien hij achteraf bezien toch terecht beslag had gelegd, is de kans groot dat zijn beslagobject inmiddels is verdwenen en hij met lege handen staat, zoals in de onderhavige zaak het geval was. Een verklaring voor deze kennelijke belangenafweging in het voordeel van de beslagene geeft de Hoge Raad niet. Weliswaar heeft hij in eerdergenoemd arrest Culimer/Smokehouse bepaald dat dit risico kan worden voorkomen doordat de rechter bij zijn vonnis waarbij hij het beslag opheft aan de uitvoerbaarheid bij voorraad de voorwaarde verbindt dat zekerheid wordt gesteld, maar de beslaglegger is dan afhankelijk van de bereidwilligheid van de rechter, die het

beslag juist (achteraf bezien: ten onrechte) opheft.
6. De beslaglegger-appellant die in het gelijk wordt gesteld verkeert hiermee dus in een slechtere positie dan de "gewone" appellant die in het gelijk wordt gesteld. Voor laatstgenoemde brengt de vernietiging van het vonnis immers met zich dat het vonnis in eerste aanleg geacht wordt nooit te zijn gewezen, terwijl eerstgenoemde heeft te leven met de consequenties van dat vonnis. Voor deze afwijkende behandeling geeft de Hoge Raad geen verklaring.

I. Spinath
advocaat bij De Blackstone Westbroek Linklaters & Alliance

147

JOR 2002/147

Hoge Raad
7 juni 2002, R00/148HR,
ECLI:NL:HR:2002:AE3796
(Mr. Herrmann, Mr. Fleers, Mr. Aaftink, Mr. Beukenhorst, Mr. Hammerstein)
(Concl. A-G Spier, niet opgenomen; red.)
Noot G.A.J. Boekraad

Antilliaanse zaak. Onverschuldigde betaling na faillietverklaring. Typering van terugbetalingsverplichting als concurrente boedelschuld. Geen onmiskenbare vergissing zoals in HR 5 september 1997, «JOR» 1997/102, m.nt. De Liagre Böhl (Ontvanger/Hamm q.q.).

[BW art. 6:203]

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 5 september 1997, «JOR» 1997/102, m.nt. De Liagre Böhl, met betrekking tot vorderingen uit hoofde van een na de faillietverklaring zonder rechtsgrond aan de gefailleerde of de curator gedane betaling twee soorten gevallen onderscheiden: enerzijds de gevallen als dat van HR 14 december 1984, NJ 1985, 288, waarin het ging om een aan de schuldenaar na diens faillietverklaring gedane betaling die – ten gevolge van het met terugwerkende kracht tot een vóór de faillietverklaring gelegen tijdstip vervallen van de rechtsgrond – achteraf onverschuldigd bleek te zijn, en anderzijds de gevallen waarin tussen de gefailleerde en degene die aan hem betaalde geen rechtsgrond bestaat of heeft bestaan die aanleiding tot betaling gaf, en waarin de betaling slechts het gevolg is van een onmiskenbare vergissing.
Uitsluitend voor deze gevallen van betaling als gevolg van een onmiskenbare vergissing heeft de Hoge Raad in genoemd arrest van 5 september 1997, ter vermijding van een verrijking van de gezamenlijke (overige) schuldeisers waarvoor ook in het stelsel van de Faillissementswet geen rechtvaardiging is te vinden, een uitzondering aanvaard op de regel dat de curator gerechtigd is het betaalde bedrag aan het actief van de boedel toe te voegen, de vordering tot teruggave van een gelijk bedrag als concurrente boedelvordering te behandelen en op deze voet het betaalde bedrag ten profijte van de overige (boedel)crediteuren aan te wenden.
De aan de curator gedane betaling is niet het gevolg van een onmiskenbare vergissing en evenmin van een daarmee voor de toepassing van de Faillissementswet in dit verband op een lijn te stellen oorzaak. De vordering tot terugbetaling dient derhalve als concurrente boedelvordering te worden behandeld.

Mr. ir. J. Komdeur te Curaçao, Nederlandse Antillen,
in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Caribbean
Apartel Services NV,
eiser tot cassatie,
advocaat: (aanvankelijk mr. D. Koningen, thans) mr. M. Bijkerk, tegen
Nationale Nederlanden Internationale Schadeverzekering NV te
's-Gravenhage,
verweerster in cassatie,
advocaat: mr. P. van Schilfgaarde.

(...; *red.*).

3. Beoordeling van het middel
3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.
(i) Op 25 juli 1997 is aan CAS surséance van betaling verleend. Zij is op 15 augustus 1997 failliet verklaard, met benoeming van mr. Komdeur tot curator.

(ii) Bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis van het Gerecht van 26 april 1999 zijn Smeets c.s. veroordeeld om aan de curator te voldoen het bedrag van NAf 101.583,=, vermeerderd met de wettelijke rente sedert 29 januari 1998. Deze veroordeling hield verband met het feit dat door Smeets c.s. op 24 juli 1997 is meegewerkt aan het transport van een onroerend goed van CAS terwijl van de koopsom NAf 101.583,= nog niet was betaald.
(iii) Smeets c.s. hebben tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld.
(iv) De curator heeft betaling verzocht van het toegewezen bedrag.
(v) Bij vonnis in kort geding van 22 juni 1999 van het Gerecht is de curator op vordering van Smeets c.s. verboden het vonnis van 26 april 1999 te executeren voor een hoger bedrag dan NAf 82.835,32 (NAf 101.583,= verminderd met NAf 18.747,68 ter zake van enkele compensabele tegenvorderingen).
(vi) Op 6 juli 1999 hebben Smeets c.s. het bedrag van NAf 82.835,32 aan de curator betaald, zulks onder protest van gehoudenheid.
(vii) NN heeft als beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar dit bedrag aan Smeets c.s. vergoed.
(viii) Bij onherroepelijk vonnis van 4 januari 2000 heeft het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba het vonnis van 26 april 1999 vernietigd en de vorderingen van de curator alsnog afgewezen.
(ix) De curator heeft restitutie van het bedrag van NAf 82.835, 32 geweigerd.
3.2. Aan haar hiervoor onder 1 vermelde vordering heeft NN ten grondslag gelegd dat de betaling door Smeets c.s. aan de curator onverschuldigd is geschied en dat de vordering op grond van die onverschuldigde betaling, welke door Smeets c.s. aan haar is gecedeerd en op welke vordering zij tevens uit hoofde van subrogatie aanspraak kan maken, een bijzondere boedelvordering is die onmiddellijk (buiten de afwikkeling van de boedel om) en integraal dient te worden betaald.
Het Gerecht heeft de vordering toegewezen. Daartoe heeft het – na in zijn rov. 5.2 te hebben vooropgesteld dat Smeets c.s. niet de wil hebben gehad het bedrag van NAf 82.835,32 (zonder meer) aan de curator te betalen, dat een goede taakuitoefening door de curator niet meebrengt dat hij gehouden was over te gaan tot executie van het vonnis van 26 april 1999, dat die executie berustte op een door hem gemaakte keuze en dat niet in geschil was dat de onderhavige vordering uit onverschuldigde betaling een boedelvordering is – het volgende overwogen, voorzover in cassatie van belang:
"5.3. Door de keuze van de curator om Smeets c.s. tot betaling te dwingen en het betaalde bedrag vervolgens aan het actief van de boedel toe te voegen is de boedel verrijkt ten koste van Smeets c.s. Deze handelwijze van de curator dient aan de gezamenlijke (overige) boedelschuldeisers te worden toegerekend. Voor de ontstane verrijking is, in het licht van de omstandigheden van het onderhavige geval, geen rechtvaardiging te vinden. In het voetspoor van NJ 1998, 437 wordt daarom voorshands geoordeeld dat de redelijkheid eist dat het gehele door Smeets c.s. betaalde bedrag wordt terugbetaald, zonder de afwikkeling van de boedel af te wachten en met voorbijgaan van aanspraken van andere boedelcrediteuren. De stelling van de curator dat, nu in casu – anders dan in genoemd arrest – geen sprake is van een onmiskenbare vergissing, de redelijkheid niet tot een dergelijke terugbetalingsverplichting kan leiden wordt verworpen. Deze stelling miskent dat restitutie van de onderhavige betaling juist klemmender is dan bij betaling als gevolg van een vergissing. In casu is Smeets c.s. immers tegen zijn uitdrukkelijke wil en met verwerping van voorstellen ter voorkoming of beperking van het restitutierisico tot betaling gedwongen. Bovendien was nog niet beslist op het hoger beroep dat was ingesteld tegen het vonnis op grond waarvan die betaling werd afgedwongen en was er geen gerechtvaardigde noodzaak om voordat de zaak in hoger beroep zou zijn afgedaan betaling te verlangen."
3.3. In zijn, ook door het Gerecht aangehaalde, arrest van 5 september 1997, nr. 16400, NJ 1998, 437, heeft de Hoge Raad met betrekking tot vorderingen uit hoofde van een na de faillietverklaring zonder rechtsgrond aan de gefailleerde of de curator gedane betaling twee soorten gevallen onderscheiden: enerzijds de gevallen als dat van HR 14 december 1984, nr. 12318, NJ 1985, 288, waarin het ging om een aan de schuldenaar na diens faillietverklaring gedane betaling die – ten gevolge van het met terugwerkende kracht tot een vóór de faillietverklaring gelegen tijdstip vervallen van de rechtsgrond – achteraf onverschuldigd bleek te zijn, en anderzijds de gevallen waarin tussen de gefailleerde en degene die aan hem betaalde geen rechtsgrond bestaat of heeft bestaan

die aanleiding tot de betaling gaf, en waarin de betaling slechts het gevolg is van een onmiskenbare vergissing.
Uitsluitend voor deze gevallen van betaling als gevolg van een onmiskenbare vergissing heeft de Hoge Raad in genoemd arrest van 5 september 1997, ter vermijding van een verrijking van de gezamenlijke (overige) schuldeisers waarvoor ook in het stelsel van de Faillissementswet geen rechtvaardiging is te vinden, een uitzondering aanvaard op de regel dat de curator gerechtigd is het betaalde bedrag aan het actief van de boedel toe te voegen, de vordering tot teruggave van een gelijk bedrag als concurrente boedelvordering te behandelen en op deze voet het betaalde bedrag ten profijte van de overige (boedel)crediteuren aan te wenden.
De door Smeets c.s. aan de curator gedane betaling is niet het gevolg van een onmiskenbare vergissing en evenmin van een daarmee voor de toepassing van de Faillissementswet in dit verband op een lijn te stellen oorzaak. De vordering tot terugbetaling dient derhalve, anders dan het Gerecht heeft geoordeeld, als concurrente boedelvordering te worden behandeld.
De hierop gerichte klachten van het middel zijn gegrond.
3.4. De overige klachten behoeven geen behandeling. De Hoge Raad kan zelf de zaak afdoen.

4. Beslissing
De Hoge Raad:
vernietigt het vonnis van het Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen van 4 oktober 2000;
wijst de vordering van NN af;
veroordeelt NN in de kosten van het geding in eerste aanleg (...; *red.*).

NOOT

1. In het Ontvanger/Hamm q.q.-arrest van 5 september 1997, NJ 1998, 437 m.nt. PvS (tevens gepubliceerd in «JOR» 1997/102 met noten van E.W.J.H de Liagre Böhl en N.E.D. Faber) besliste de Hoge Raad dat een aan de curator gedane onverschuldigde betaling die slechts het gevolg is van een onmiskenbare vergissing, ook wanneer het boedelactief niet toereikend is om alle boedelcrediteuren te voldoen, onmiddellijk en met voorbijgaan van aanspraken van andere boedelcrediteuren dient te worden gerestitueerd. Het onderhavige arrest is met name van belang voor de afbakening van onverschuldigde betalingen die het gevolg zijn van een "onmiskenbare vergissing" van andere vormen van onverschuldigde betaling.
2. In Ontvanger/Hamm maakte de Hoge Raad expliciet onderscheid tussen de situatie die in dat arrest aan de orde was (de belastingdienst had een belastingteruggave per ongeluk aan de verkeerde vennootschap uitbetaald) en de situatie in het Floritex-arrest (HR 14 december 1984, NJ 1985, 288, m.nt. G). Daarin had een koper van onroerend goed de koopsom voldaan nadat de verkoper failliet was verklaard (van welk faillissement de koper toen nog niet op de hoogte was). Toen de koper vanwege zijn faillissement het onroerend goed niet meer kon leveren, ontbond de koper de koopovereenkomst. Omdat die ontbinding onder het oude recht nog terugwerkende kracht had, moest achteraf worden vastgesteld dat de koper de koopsom na de faillietverklaring zonder titel, derhalve onverschuldigd, had voldaan. De koper had derhalve op grond van art. 24 Fw een boedelvordering uit onverschuldigde betaling, maar wel een concurrente boedelvordering, die in geval van een negatieve boedel slechts kan worden voldaan ponds-ponds gewijze met andere concurrente boedelschulden en pas nadat de preferente boedelcrediteuren volledig zijn voldaan.
3. In de onderhavige zaak was een kandidaat-notaris in kort geding door het Gerecht in Eerste Aanleg te Curaçao (hierna: het Gerecht) bij een uitvoerbaar bij voorraad gewezen vonnis veroordeeld tot betaling van schadevergoeding aan een curator wegens wanprestatie onder een vóór de faillietverklaring met gefailleerde gesloten overeenkomst. De curator was niet bereid de uitkomst af te wachten van het door de kandidaat-notaris ingestelde hoger beroep en eiste onmiddellijke betaling. Toen de kandidaat-notaris ook een executiegeschil, waarin hij vorderde dat de curator zou worden verboden het kort geding vonnis van het Gerecht te executeren, grotendeels had verloren, betaalde hij het door de curator gevorderde bedrag onder protest. Vervolgens vernietigde het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba (hierna: het Hof) in hoger beroep het vonnis van het Gerecht en wees het de vordering van de curator alsnog af. De kandidaat-notaris had derhalve on-

verschuldigd aan de curator betaald en vorderde – met het Ontvanger/Hamm-arrest in de hand – dat de curator deze onverschuldigde betaling onmiddellijk, met voorbijgaan van de aanspraken van andere boedelcrediteuren, ongedaan zou maken.
4. Duidelijk is dat de onverschuldigde betaling door de kandidaat-notaris niet het gevolg was van een onmiskenbare vergissing. De Hoge Raad maakt dan ook korte metten met de vordering van de kandidaat-notaris en is niet bereid de "uitzonderingsregel" van Ontvanger/Hamm uit te breiden tot andere oorzaken van onverschuldigde betaling dan de "onmiskenbare vergissing".
5. Dat de kandidaat-notaris het toch heeft geprobeerd, mag gezien de motivering van het Ontvanger/Hamm-arrest echter niet verwonderlijk heten. In die motivering lijkt beslissend het oordeel, dat wanneer de curator het bij vergissing aan de boedel betaalde bedrag aan het actief van de boedel zou toevoegen en de vordering van de onverschuldigde betaler als concurrente boedelvordering zou behandelen, dit bedrag zou worden aangewend voor de betaling van andere boedelcrediteuren, waardoor die andere boedelcrediteuren ongerechtvaardigd zouden worden verrijkt. Centraal staat dus de ongerechtvaardigde verrijkingsgedachte, maar daarnaast refereerde de Hoge Raad in Ontvanger/Hamm aan hetgeen een curator in het maatschappelijk verkeer betaamt en aan de redelijkheid en billijkheid.
6. Waarom de verrijking van de andere boedelcrediteuren wel ongerechtvaardigd is wanneer de oorzaak van de onverschuldigde betaling is gelegen in een onmiskenbare vergissing, maar niet in een geval als het onderhavige, blijft naar mijn oordeel moeilijk te doorgronden. Die vraag wordt des te dringender, indien men de door de Hoge Raad gehanteerde begrippen betamelijkheid en de redelijkheid en billijkheid erbij betrekt. In de Ontvanger/Hamm-zaak kon de Ontvanger nog worden tegengeworpen dat hij zelf een vergissing had gemaakt. De kandidaat-notaris valt, wat de onverschuldigde betaling betreft, niets te verwijten: hij is door de curator gedwongen tot betaling, terwijl de curator rekening moest houden met de mogelijkheid dat hij de zaak in hoger beroep zou verliezen en zijn boedelactief dan niet toereikend zou zijn om alle boedelcrediteuren te voldoen. Het is in dit verband opvallend om te zien hoe de A-G in zijn conclusie voor dit arrest zijn best doet om, wat hij noemt, "de zieligheid" aan de zijde van Nationale Nederlanden (de beroepsverzekeraar van de kandidaat-notaris) te relativeren. Naar zijn oordeel had het Hof het vonnis van het Gerecht niet mogen vernietigen, omdat de curator volgens hem wel degelijk een vordering op de kandidaat-notaris had. Dit brengt hem tot de overwegingen dat er weinig grond is om zich "in allerlei bochten te wringen" om het door Nationale Nederlanden voorgestane resultaat te bereiken en voorts dat "compassie in deze zaak geen rol behoeft te spelen". Deze beschouwingen zijn, zoals de A-G uiteindelijk zelf ook toegeeft, niet relevant, omdat tegen de uitspraak van het Hof geen rechtsmiddel is aangewend en de geldendheid daarvan tussen partijen dus vast staat. De A-G had er naar mijn mening dan ook beter aan gedaan bovengenoemde overwegingen achterwege te laten, vooral ook omdat zij de in een deel van de literatuur toch al aanwezige indruk bevestigen dat de Hoge Raad zich in de Ontvanger/Hamm-zaak wel in allerlei dogmatische bochten heeft gewrongen om een tevoren gewenst resultaat te bereiken. Bovendien wordt daarmee de suggestie gewekt dat er ruimte zou zijn om ieder geval van onverschuldigde betaling in faillissement op zijn merites te beoordelen, hetgeen in het faillissementsrecht, dat naar zijn aard toch minder ruimte laat voor billijkheidsafwegingen en gebaat is bij "hard en fast rules", bepaald onwenselijk is.
7. In dit licht bezien is het maar goed dat de Hoge Raad in dit arrest nog eens uitdrukkelijk bevestigt dat de regel van Ontvanger/Hamm een uitzonderingsregel is en de toepasselijkheid daarvan zonder meer moet worden beperkt tot de onverschuldigde betalingen die het gevolg zijn van een onmiskenbare vergissing, al blijft over de uitleg van dat begrip natuurlijk altijd discussie mogelijk. Dit betekent overigens niet dat de potentiële reikwijdte van de Ontvanger/Hamm-formule helemaal is ingedamd. Ik verwijs daarvoor naar mijn noot onder Hof Amsterdam 12 mei 1998, «JOR» 1999/13, in welke zaak het hof dezelfde formule al eens toepaste om te komen tot het oordeel dat een boedelvordering uit een door de curator gepleegde onrechtmatige daad, bestaande uit de frustratie van een pandrecht, onmiddellijk en met voorbijgaan van aanspra- ken van andere boedelcrediteuren dient te worden voldaan.

G.A.J. Boekraad
advocaat bij Stibbe te Amsterdam

73

JOR 2003/73

Hoge Raad
31 januari 2003, R01/089HR,
ECLI:NL:HR:2003:AF0645
(Mr. Van Erp Taalman Kip-Nieuwenkamp, Mr. Fleers, Mr. Pos, Mr. De Savornin Lohman, Mr. Hammerstein)
(Concl. A-G Hartkamp, niet opgenomen; red.)
Noot A.J. Verdaas

"Krediethypotheek". Bewijslast omtrent bestaan van een aan het hypotheekrecht ten grondslag liggende (accessoire) rechtsverhouding. Bewijskracht van notariële akte ten aanzien van partijverklaring. 's Hofs oordeel dat (thans) eiseressen tot cassatie niet in hun bewijsvoering zijn geslaagd is onbegrijpelijk. Uitgaande van het oordeel dat de gestelde kredietrelatie niet is komen vast te staan, heeft hof echter geen blijk gegeven van onjuiste rechtsopvatting door toewijzing van de vordering tot doorhaling van de hypotheekinschrijving.

De onderdelen die zijn gericht tegen het oordeel van het Gemeenschappelijke Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba (hierna: het hof) dat de bewijslast met betrekking tot het bestaan van een aan het hypotheekrecht onderliggende (accessoire) rechtsverhouding rust op Hogi en Hindekamp en de miskenning door het hof dat de verklaring tussen partijen in de notariële akte volledig (dwingend) bewijs oplevert, falen.
Het hof heeft kennelijk en niet onbegrijpelijk geoordeeld dat uit de in zeer algemene bewoordingen gestelde verklaring van de vertegenwoordiger van CAS niet zonder meer het bestaan valt af te leiden van een rechtsverhouding tussen enerzijds CAS en anderzijds Hogi en Hindekamp op grond waarvan laatstgenoemden ten tijde van het passeren van de akte dan wel op enig moment daarna daadwerkelijk iets te vorderen hadden van CAS. Voorts is naar het oordeel van het hof het enkele daartoe strekkende advies van de notaris niet voldoende om aan te nemen dat partijen daadwerkelijk zijn overeengekomen dat CAS in plaats van de levering van de appartementen een recht van hypotheek ten behoeve van Hogi en Hindekamp zou vestigen en dat de reeds betaalde koopsom zou worden aan- gemerkt als een door Hogi en Hindekamp aan CAS verstrekte lening.
Het oordeel van het hof dat Hogi en Hindekamp niet in hun bewijsvoering ten aanzien van de aan het recht van hypotheek onderliggende rechtsverhouding zijn geslaagd, is onbegrijpelijk.
Het onderdeel dat betoogt dat voor een "krediethypotheek" als de onderhavige niet vereist is dat (reeds) een rechtsverhouding bestaat waaraan het recht van hypotheek accessoir is, gaat uit van een verkeerde lezing van het vonnis. Het hof heeft kennelijk en niet onbegrijpelijk de (primaire) stellingen van Hogi en Hindekamp aldus opgevat, dat tussen hen en CAS een kredietrelatie is ontstaan met betrekking tot de voor de van CAS gekochte appartementen betaalde koopsom en daarin niet gelezen dat ook nog van een andere kredietrelatie sprake zou zijn. Door, uitgaande van zijn oordeel dat het bestaan van de door Hogi en Hindekamp gestelde kredietrelatie niet is komen vast te staan, te beslissen dat de inschrijving van de tot zekerheid voor de betaling van een uit die relatie voortvloeiende schuld gevestigde hypotheek dient te worden doorgehaald, heeft het hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

1. Holland Onroerend Goed Investments I BV te Arnhem,
2. Hindekamp Vastgoed BV te Ede,
eiseressen tot cassatie,
advocaat: mr. J.W.H. van Wijk,
tegen
mr. ir. J. Komdeur te Curaçao, Nederlandse Antillen,
in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Caribbean
Apartel Services BV,
verweerder in cassatie,
niet verschenen.

1. Het geding in feitelijke instanties
Met een op 30 december 1998 gedateerd verzoekschrift heeft verweerder in cassatie – verder te noemen: de curator – zich gewend tot het Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen, zittingsplaats Curaçao, hierna: het Gerecht, en verzocht bij vonnis eiseressen tot cassatie – verder te noemen: Hogi en Hindekamp – te bevelen de inschrijving van hun hypotheekrecht te doen

doorhalen, althans de hypotheekvestiging nietig te verklaren, zulks binnen zeven dagen na het in deze te wijzen vonnis, en op verbeurte van een dwangsom van Nafl. 5.000,– voor elke dag of gedeelte daarvan dat dit bevel niet wordt nagekomen.
Hogi en Hindekamp hebben de vordering bestreden.
Het Gerecht heeft bij vonnis van 31 januari 2000 de vordering afgewezen.
Tegen dit vonnis heeft de curator hoger beroep ingesteld bij het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba, hierna: het Hof.
Bij tussenvonnis van 31 oktober 2000 heeft het Hof Hogi en Hindekamp toegelaten bewijs te leveren van de aan het recht van hypotheek onderliggende rechtsverhouding.
Bij eindvonnis van 10 april 2001 heeft het Hof het vonnis van het Gerecht vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vordering van de curator tot doorhaling van de inschrijving van het hypotheekrecht alsnog toegewezen op straffe van een dwangsom, met veroordeling van Hogi en Hindekamp in de proceskosten in beide instanties.
(...; red.).

2. Het geding in cassatie
Tegen beide vonnissen van het Hof hebben Hogi en Hindekamp beroep in cassatie ingesteld. Het cassatierekest is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.
De curator is in cassatie niet verschenen.
De zaak is voor Hogi en Hindekamp toegelicht door hun advocaat.
De conclusie van de Procureur-Generaal strekt tot vernietiging van het vonnis van 10 april 2001 en tot verwijzing van de zaak ter verdere behandeling en beslissing naar het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba.

3. Beoordeling van het middel
3.1. In cassatie kan worden uitgegaan van het volgende.
i. Hogi en Hindekamp zijn op 12 november 1996 onderscheidenlijk 25 september 1996 met Caribbean Apartel Services N.V. (verder te noemen: CAS) een koop-aannemingsovereenkomst aangegaan met betrekking tot in het door CAS ontwikkelde Royal Palm Resort te Parasasa op Curaçao gelegen appartementen met bouwnummers 55 onderscheidenlijk 56, onder de ontbindende voorwaarde dat hypothecaire financiering wordt verkregen voor 80% van de koopsom.
ii. De koop-aanneemsom van elk appartement bedraagt Nafl. 842.000,–, waarvan 10% onbetaald is gebleven. De appartementen zijn niet geleverd.
iii. Bij notariële akte van 26 maart 1997 is door CAS het recht van eerste hypotheek verleend op voormelde appartementen ten behoeve van Hogi en Hindekamp gezamenlijk. De hypotheekakte houdt onder meer in:
"De comparanten sub 1, handelend als gemeld, verklaarden ten behoeve van de credietgeefster tot zekerheid voor de betaling van al hetgeen credietgeefster van Caribbean Apartel Services N.V., hierna te noemen de "credietnemer", te vorderen heeft en te eniger tijd te vorderen mocht hebben, wegens aan de credietnemer door de credietgeefster verleend of nog te verlenen – te allen tijde opzegbaar – crediet of uit welken anderen hoofde ook, recht van eerste hypotheek te verlenen (...) en dit recht van eerste hypotheek toe te staan tot het beloop ener som groot twee miljoen gulden Nederlands Antilliaans courant (Naf. 2.000.000,=) vermeerderd met veertig procent (40%) daarvan voor verschuldigde renten over twee (2) jaar en het lopende jaar en de overige renten en kosten."
iv. Op 15 augustus 1997 is CAS, aan wie op 25 juli 1997 surséance van betaling was verleend, in staat van faillissement verklaard, met benoeming van de curator als zodanig.
3.2 Het Hof heeft in het tussenvonnis overwogen
- dat de curator aan zijn hiervoor onder 1 vermelde vordering tot doorhaling van de inschrijving van het hypotheekrecht ten grondslag heeft gelegd primair dat Hogi en Hindekamp geen geldvordering uit hoofde van kredietverlening of anderszins op CAS hebben en subsidiair dat de hypotheekverlening paulianeus is (rov. 4.1),
- dat in beginsel moet worden uitgegaan van een koopovereenkomst tussen Hogi en Hindekamp enerzijds en CAS anderzijds en dat de betaling van 90% van de koopsom door Hogi en Hindekamp moet worden aangemerkt als het uitvoering geven aan die overeenkomst (rov. 4.5),
- dat Hogi en Hindekamp zich echter op het standpunt stellen dat op enig moment de afspraak is gemaakt dat de betaalde koopsom moet worden aangemerkt als een lening aan CAS, die zij moest terugbetalen, en dat CAS tot zekerheid daarvoor de hypotheek heeft gevestigd (rov. 4.6),

- en dat, gelet op de gemotiveerde betwisting door de curator en het feit dat uit de overgelegde stukken niet duidelijk blijkt van enige rechtsverhouding tussen CAS enerzijds en Hogi en Hindekamp anderzijds waaraan het hypotheekrecht accessoir is, het op de weg van Hogi en Hindekamp ligt daarvan bewijs te leveren (rov. 4.6). Ter uitvoering van de dienovereenkomstig aan hen verleende bewijsopdracht hebben Hogi en Hindekamp vier getuigen doen horen, waaronder J.W.M. Thesseling, de notaris die de hypotheekakte op 26 maart 1997 heeft verleden. In zijn eindvonnis heeft het Hof geoordeeld dat Hogi en Hindekamp niet in het hun opgedragen bewijs zijn geslaagd en de vordering van de curator toegewezen.

3.3.1. Onderdeel 1 bevat een aantal rechts- en motiveringsklachten gericht tegen het oordeel van het Hof dat de bewijslast met betrekking tot het bestaan van een aan het recht van hypotheek onderliggende (accessoire) rechtsverhouding op Hogi en Hindekamp rust. Onderdeel 1.1 verwijt het Hof te hebben miskend dat de notariële akte van 26 maart 1997, gelet op de daarin opgenomen, hiervoor in 3.1 onder (iii) weergegeven, verklaring tussen partijen volledig (dwingend) bewijs oplevert van een dergelijke rechtsverhouding. Onderdeel 1.2 bevat de klacht dat, zo het Hof dit niet mocht hebben miskend, het niet, althans onvoldoende inzichtelijk heeft gemaakt waarom bedoelde rechtsverhouding niet uit de notariële akte zou blijken.

3.3.2. Deze onderdelen falen. Het Hof heeft kennelijk en niet onbegrijpelijk geoordeeld dat uit de in zeer algemene bewoordingen gestelde verklaring van de blijkens de akte namens CAS handelende comparanten sub 1 niet zonder meer het bestaan valt af te leiden van een rechtsverhouding tussen enerzijds CAS en anderzijds Hogi en Hindekamp op grond waarvan laatstgenoemden ten tijde van het passeren van de akte dan wel op enig moment daarna daadwerkelijk iets te vorderen hadden van CAS.

Onderdeel 1.3, dat veronderstellenderwijze ervan uitgaat dat het Hof heeft geoordeeld dat het aan de curator was om tegenbewijs te leveren en dat deze daarin geslaagd is, mist feitelijke grondslag, nu een dergelijk oordeel niet in de bestreden vonnissen valt te lezen. Het onderdeel kan dus niet tot cassatie leiden.

3.4.1. Onderdeel 2 richt zich tegen het oordeel van het Hof dat Hogi en Hindekamp niet in de hun opgedragen bewijslevering zijn geslaagd.

Het Hof heeft in het eindvonnis overwogen dat uit de getuigenverklaringen is gebleken dat het tot aan het moment dat partijen zich bij de notaris vervoegden, de bedoeling was dat CAS ingevolge de koopovereenkomst de appartementen aan Hogi en Hindekamp zou leveren (rov. 2.2), maar dat de notaris toen heeft geadviseerd dat CAS een recht van hypotheek ten behoeve van Hogi en Hindekamp zou vestigen op de appartementen, in plaats van deze aan hen te leveren (rov. 2.3). Naar het oordeel van het Hof is het enkele advies van de notaris niet voldoende om aan te nemen dat partijen vervolgens ook daadwerkelijk zijn overeengekomen dat de reeds betaalde koopsom zou worden aangemerkt als een door Hogi en Hindekamp aan CAS verschafte lening, waarbij het Hof in aanmerking neemt dat niet is gesteld of gebleken dat het aan Hogi en Hindekamp gegeven advies ook met CAS is besproken en dat zij in overeenstemming met het advies een overeenkomst hebben gesloten (rov. 2.4). Voorts merkt het Hof nog op dat hetgeen volgens Hogi en Hindekamp is overeengekomen, niet strookt met de tekst van de hypotheekakte en dat geen van de getuigen een bevredigende verklaring heeft gegeven voor het feit dat het recht van hypotheek is toegestaan tot Nafl. 2.000.000,–, vermeerderd met 40% voor rente en kosten, terwijl de betaalde koopsom Nafl. 1.281.477,– bedroeg (rov. 2.5). Op grond van dit alles komt het Hof tot het oordeel dat een rechtsverhouding als in de bewijsopdracht bedoeld niet is komen vast te staan (rov. 2.6).

3.4.2. Onderdeel 2 klaagt terecht dat het oordeel van het Hof dat Hogi en Hindekamp niet hun bewijsvoering zijn geslaagd, onbegrijpelijk is. In de eerste plaats hebben de in de akte vermelde vertegenwoordigers van CAS volgens de akte verklaard als hiervoor in 3.1 onder (iii) is weergegeven en moet in beginsel worden aangenomen dat de door hen ondertekende akte de bedoeling van CAS juist weergeeft. Uit de akte blijkt dat de hypotheek is gevestigd tot zekerheid van een door Hogi en Hindekamp aan CAS verleend krediet. In de tweede plaats blijkt uit de met elkaar overeenstemmende verklaringen van de getuigen, zoals vermeld in onderdeel 10 van de conclusie van de Procureur-Generaal, dat de ten processe bedoelde overeenkomst ter uitvoering waarvan partijen zich tot de notaris hebben gewend, met name bedoeld was om in verband met een tijdelijk liquiditeitstekort bij CAS gelden aan haar ter beschikking te stellen, dat Hogi en Hindekamp met dit

oogmerk de appartementen hebben gekocht en betaald en dat het de bedoeling van partijen was dat deze aan hen te leveren appartementen later weer zouden worden doorverkocht. Juist in verband hiermee (met name: de aan die koop en doorverkoop verbonden kosten) heeft de notaris, naar uit de verklaringen van de getuigen blijkt, een andere oplossing voorgesteld. Dat de betrokken partijen daarmee hebben ingestemd, blijkt uit het feit dat het advies van de notaris is gevolgd en geen levering heeft plaatsgevonden doch een hypotheek is gevestigd. In de gedachtengang van het Hof is zonder nadere motivering, die evenwel ontbreekt, niet duidelijk welke andere bedoeling partijen gehad zouden kunnen hebben met hun handelwijze zoals deze blijkens de vaststellingen van het Hof is geweest, en in welk opzicht en waarom partijen niet zouden hebben ingestemd met het advies van de notaris, terwijl zij daaraan wel uitvoering hebben gegeven. Dat in de akte sprake is van een hypotheek tot zekerheid voor de betaling van al hetgeen Hogi en Hindekamp van CAS te vorderen hebben en te eniger tijd te vorderen mochten hebben wegens verleend of nog te verlenen krediet of uit welke anderen hoofde dan ook, vormt geen toereikende motivering; notaris Thesseling heeft immers verklaard dat hij de te verstrekken zekerheid zag als een krediethypotheek en dat hij een hypotheekakte heeft opgemaakt "met de gebruikelijke tekst". Dat het bedrag in de akte afwijkt van dat van de koopsommen, kan evenmin een toereikende motivering opleveren, nu de notaris daarover heeft verklaard dat hij in verband met het feit dat het om een krediethypotheek ging, het bedrag "royaal naar boven" heeft afgerond.

3.5. Onderdeel 3 verwijt het Hof niet te zijn ingegaan op het subsidiair door Hogi en Hindekamp gedane beroep op het feit dat de verlening van het recht van hypotheek (mede) strekte tot zekerheid voor de nakoming van de vordering tot levering van de verkochte appartementsrechten, welk vorderingsrecht kan worden herleid tot een vordering tot betaling van schadevergoeding. Aangezien na verwijzing dit punt zo nodig aan de orde kan komen, behoeft het onderdeel geen bespreking.

3.6. In rov. 2.6 van het eindvonnis heeft het Hof geoordeeld dat het feit dat "een rechtsverhouding waaraan het recht van hypotheek accessoir is niet is komen vast te staan" als consequentie heeft dat "het hypotheekrecht moet worden geacht niet te bestaan", zodat de vordering tot doorhaling van de inschrijving van dat recht kan worden toegewezen.

Onderdeel 4 klaagt dat dit oordeel blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en betoogt dat voor een "krediethypotheek" als de onderhavige niet vereist is dat (reeds) een rechtsverhouding bestaat waaraan het recht van hypotheek accessoir is. Het onderdeel gaat uit van een verkeerde lezing van het vonnis. Het Hof heeft kennelijk en niet onbegrijpelijk de (primaire) stellingen van Hogi en Hindekamp aldus opgevat, dat tussen hen en CAS een kredietrelatie is ontstaan met betrekking tot de voor de van CAS gekochte appartementen betaalde koopsom en daarin niet gelezen dat ook nog van een andere kredietrelatie sprake zou zijn. Door, uitgaande van zijn (in onderdeel 2 bestreden) oordeel dat het bestaan van de door Hogi en Hindekamp gestelde kredietrelatie niet is komen vast te staan, te beslissen dat de inschrijving van de tot zekerheid voor de betaling van een uit die relatie voortvloeiende schuld gevestigde hypotheek dient te worden doorgehaald, heeft het Hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het onderdeel wordt tevergeefs voorgesteld.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep tegen het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba van 31 oktober 2000;

vernietigt het vonnis van dat Hof van 10 april 2001;

verwijst het geding naar dat Hof ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt de curator in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

NOOT

1. Holland Onroerend Goed Investments I B.V. (hierna: "HOGI") en Hindekamp Vastgoed B.V. (hierna: "Hindekamp") pretenderen een recht van hypotheek op aan Caribbean Apartel Services N.V. (hierna: "CAS") toebehorende appartementsrechten. CAS is failliet. De curator vordert nietigverklaring dan wel "doorhaling" van de inschrijving van dit hypotheekrecht en onderbouwt deze vorderingen kennelijk met de stellingen (i) dat het (gepretendeerde) hypotheekrecht nooit is ontstaan omdat er bij de vestiging van het hypo-

theekrecht geen vorderingen waren waarvan het hypotheekrecht afhankelijk was dan wel (ii) dat het niet meer bestaat omdat dergelijke vorderingen er niet zijn en er ook niet zullen komen.
2. Aan deze stellingen van de curator ligt de aanname ten grondslag dat het hypotheekrecht van HOGI en Hindekamp een afhankelijk recht (art. 3:7 BW) is. Nu deze hypotheek, gelet op de omschrijving van de erdoor gezekerde vorderingen in de hypotheekakte (r.o. 3.1) een bankhypotheek is, komt in dit arrest, zij het indirect, de vraag aan de orde of een bankhypotheek een afhankelijk recht is. Dit thema is zeer actueel. De financieringspraktijk heeft, vooral in verband met de verhandeling van hypothecair gezekerde vorderingen, namelijk behoefte aan een duidelijk antwoord op de vraag of een bankhypotheek als afhankelijk recht bij overdracht van de erdoor gezekerde vordering mee overgaat en zo ja, wat de gevolgen van die overgang voor de cedent, de cessionaris en de schuldenaar zijn (zie L. Timmerman, 'Bankhypotheek en afhankelijkheid' in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk recht, 2002, pag. 409–424, alsmede de daar aangehaalde literatuur).
De "onafhankelijken" stellen zich kort gezegd op het standpunt dat een afhankelijk recht niet kan bestaan zonder dat het recht waarvan het afhankelijk is bestaat. Nu een bankhypotheek kan ontstaan voordat er een vordering bestaat die door de bankhypotheek wordt gesecureerd (art. 3:231 lid 1 BW) is dit volgens die opvatting geen afhankelijk recht. De "afhankelijken" stellen daar – eveneens kort gezegd – in essentie voornamelijk tegenover dat een afhankelijk recht afhankelijk kan zijn van een nog niet bestaand recht, zodat het ontstaan van een afhankelijk recht aan het ontstaan van het recht waarvan het afhankelijk is vooraf kan gaan. Het gegeven dat een bankhypotheek eerder kan ontstaan dan de vorderingen die deze secureert, is volgens die opvatting geen reden om voor de bankhypotheek af te wijken van de hoofdregel dat een hypotheekrecht een afhankelijk recht is. Ik merk op dat het kamp van de "afhankelijken" de laatste jaren aanmerkelijk is gegroeid ten koste van het kamp van de "onafhankelijken" (zie recent bijvoorbeeld: J.B.M. Vranken, 'Roestplekken in de literatuur over bankhypotheken' in: Yin-Yang (Van Mourik-bundel), 2000). Ondanks de prominente rol die de vraag of een bankhypotheek afhankelijk is van de vorderingen die deze secureert in het hier besproken arrest speelt, wordt zij noch door de Hoge Raad, noch door P-G Hartkamp in diens conclusie vóór het arrest beantwoord.
3. Door een aantal bij dit arrest betrokkenen wordt met een aantal begrippen nogal slordig omgesprongen. Een "aan de hypotheek ten grondslag liggende rechtsverhouding" lijkt een titel aan te duiden, maar bij lezing van dit arrest moet men er rekening mee houden dat een vordering is bedoeld die het hypotheekrecht secureert en waarvan dat hypotheekrecht afhankelijk is. Het hypotheekrecht waar dit arrest over gaat wordt afwisselend als een "krediethypotheek" en als een "bankhypotheek" aangeduid. Een sluitende definitie geven van deze termen is weliswaar niet eenvoudig, maar het is zoals gezegd evident dat in casu sprake is van een bankhypotheek en niet van een krediethypotheek. Ook geven niet alle betrokkenen ervan blijk zich te realiseren dat het tenietgaan van een hypotheekrecht als gevolg van het niet meer bestaan en niet meer kunnen ontstaan van vorderingen waarvan het afhankelijk is, iets wezenlijk anders is dan dat onder omstandigheden van een hypotheekhouder kan worden gevergd dat hij van zijn hypotheekrecht afstand doet. Dat het in beide gevallen tot doorhaling van het hypotheekrecht in de registers zal (moeten) komen, doet niets af aan het belang van dat onderscheid. Gelet op de spraakverwarring, die ook in de praktijk veel voorkomt, en het uitblijven van het antwoord op de vraag naar de afhankelijkheid van de bankhypotheek, zal ik het arrest op een nogal abstracte wijze bespreken door zowel voor het geval een bankhypotheek een afhankelijk recht zou zijn (nr. 6), als voor het geval een bankhypotheek geen afhankelijk recht zou zijn (nr. 7) het verband tussen het ontstaan en het eindigen van een bankhypotheek enerzijds en de erdoor gezekerde vorderingen anderzijds te analyseren.
4. Voor de goede orde merk ik voorafgaand aan die analyse op, dat ik de door de Hoge Raad geaccepteerde mogelijkheid om een (bank)hypotheek uitsluitend tot zekerheid van vorderingen van één of meer bepaalde personen te laten strekken (HR 16 september 1988, NJ 1989, 10 (Onderdrecht/FGH en PHP)) voor de discussie over de afhankelijkheid van een bankhypotheek niet relevant acht. Dat partijen die vrijheid hebben, doet aan de discussie over het afhankelijk zijn van de bankhypotheek van de erdoor gesecureerde vorderingen niets af, maar voegt er ook

niets aan toe. Een dergelijk "persoonlijk" bankhypotheekrecht is afhankelijk van die "persoonlijke" vorderingen als een bankhypotheek een afhankelijk recht is, en is daar niet van afhankelijk als een bankhypotheek geen afhankelijk recht is (zo begrijp ik ook Kortmann, Verhagen en Rongen, 'Zekerheidsrechten op naam van een trustee', WPNR 2001 (6459 en 6460) par. 5.3.2. en Vranken, t.a.p.).

5. De door de Hoge Raad geaccepteerde mogelijkheid om een hypotheek uitsluitend tot zekerheid te doen strekken voor vorderingen van één of meer bepaalde personen is een logische en juiste toepassing van de thans in art. 3:231 BW neergelegde regel dat het partijen (hypotheekgever en hypotheekhouder) volkomen vrijstaat te bepalen tot zekerheid van welke vorderingen een hypotheekrecht strekt, mits die vorderingen met behulp van (en niet door) de omschrijving ervan in de hypotheekakte en ten laatste bij de executie kunnen worden bepaald.

Ik denk dat met behulp van deze regel veel problemen die het gevolg zijn van de onzekerheid over het afhankelijke karakter van de bankhypotheek zouden kunnen worden opgelost. Thans is het meest klemmende probleem, dat onzeker is of een bankhypotheek (gedeeltelijk) op de verkrijger van (een deel van) de door een dergelijke hypotheek gezekerde vordering overgaat. Is het gewenste gevolg dat het hypotheekrecht de vordering volgt, dan kan dat mijns inziens worden bereikt door in een hypotheekakte op te nemen dat de hypotheek (mede) tot zekerheid van door de hypotheeknemer aan te wijzen vorderingen van derden strekt en zo een aanwijzing daadwerkelijk te doen. Wel acht ik het raadzaam zo een aanwijzing in de registers te doen inschrijven.

6. Is een bankhypotheek een afhankelijk recht, dan kan deze uitsluitend bestaan indien er (toekomstige) vorderingen zijn of zullen komen waarvan het hypotheekrecht afhankelijk kan zijn. In dat geval is theoretisch denkbaar dat een hypotheekrecht van de aanvang af nietig is. In de praktijk zal die situatie zich niet voordoen, omdat bij de vestiging van het hypotheekrecht wel nooit met 100% zekerheid gesteld zal kunnen worden dat een hypotheeknemer nooit een vordering op een hypotheekgever zal verkrijgen. Denkbaar is wel, dat op enig later moment vast komt te staan dat een vordering waarvan het hypotheekrecht afhankelijk is, er op dat moment niet is en ook niet meer zal ontstaan, bijvoorbeeld doordat de hypotheekgever, zoals in casu, gefailleerd is en er geen vorderingen meer kunnen ontstaan (art. 132 lid 2 Fw jo. 483e Rv) die ondanks het faillissement door het hypotheekrecht zijn gezekerd. Doet die situatie zich voor, dan neemt het afhankelijke hypotheekrecht van rechtswege een einde. Het is mijns inziens minder juist om in die situatie van nietigheid te spreken, nu nietigheid pleegt te zien op van aanvang af ongeldige rechtshandelingen. Is een bankhypotheek op deze wijze geëindigd, dan dient de hypotheeknemer, de in de registers als hypotheekhouder geboekstaafde partij, op verzoek van de hypotheekgever aan doorhaling van het hypotheekrecht mee te werken, zodat de registers op dit punt met de werkelijkheid in overeenstemming geraken.

7. Is een bankhypotheek geen afhankelijk recht, dan ontstaat deze doordat partijen dit op de door de wet voorgeschreven wijze in het leven roepen; de hypotheek kan om velerlei redenen nietig zijn, maar niet om de reden dat er geen (toekomstige) vorderingen zijn of zullen komen waarvan zij afhankelijk is. Een bankhypotheek die geen afhankelijk recht is, kan op verschillende wijzen (zoals door opzegging of door afstand) eindigen, maar niet doordat er geen vorderingen meer zijn waarvan de bankhypotheek afhankelijk is en vaststaat dat dergelijke vorderingen niet meer zullen ontstaan. Staat echter vast dat er geen door de bankhypotheek gezekerde vorderingen meer bestaan en dat dergelijke vorderingen niet meer zullen ontstaan, dan is de hypotheeknemer, nog immer hypotheekhouder, gehouden op verzoek van de hypotheekgever afstand van zijn recht te doen en vervolgens aan doorhaling van het hypotheekrecht mee te werken.

8. Dat, zoals de P-G in nummer 15 van zijn conclusie schrijft, een hypotheekhouder kan worden verplicht royement te verlenen indien de kredietrelatie met het oog waarop de bankhypotheek is verleend nooit ontstaat of tot een einde is gekomen, is juist, zowel indien de bankhypotheek een afhankelijk recht is als indien de bankhypotheek onafhankelijk van andere (vorderings)rechten kan bestaan. De reden waarom royement moet worden verleend is, indien de bankhypotheek een afhankelijk recht is, echter een andere dan indien de bankhypotheek onafhankelijk van vorderingsrechten kan bestaan. Die reden noemt de P-G niet. Ook juist, in beide situaties, is zijn con-

statering dat een bankhypotheek moet eindigen indien in geval van faillissement van de hypotheekgever geen vorderingen meer bestaan (en, zo voeg ik toe, niet meer kunnen ontstaan, zie hiervóór nr. 6) tot zekerheid waarvan de hypotheek strekt. Of de bankhypotheek in die situatie als afhankelijk recht van rechtswege eindigt, dan wel als niet-afhankelijk recht met medewerking van de hypotheekhouder moet worden beëindigd, laat de P-G in het midden. Van deze uitgelezen gelegenheid om zich over het al dan niet afhankelijk zijn van de bankhypotheek uit te laten wordt door Hartkamp derhalve geen gebruik gemaakt.
9. Ook de Hoge Raad maakt van de gelegenheid om duidelijkheid te scheppen geen gebruik. Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba overwoog dat het niet vaststaan van een rechtsverhouding waaraan het hypotheekrecht accessoir is als consequentie heeft dat het hypotheekrecht moet worden geacht niet te bestaan, zodat de vordering tot doorhaling van inschrijving van dat recht kan worden toegewezen. Het hof is kennelijk van oordeel dat een bankhypotheek een afhankelijk recht is. De Hoge Raad legt de overweging van het hof zó uit, dat het hypotheekrecht dient te worden doorgehaald nu (in mijn eigen woorden) de vorderingen tot zekerheid waarvan de hypotheek is gevestigd niet bestaan en niet zullen ontstaan. Of de Hoge Raad hier het oog heeft op doorhaling na afstand van het hypotheekrecht dan wel op doorhaling na het van rechtswege eindigen van het hypotheekrecht is onduidelijk. De behoefte van de praktijk aan een duidelijk antwoord op de vraag of een bankhypotheek een afhankelijk recht is, wordt door dit arrest derhalve niet bevredigd.

A.J. Verdaas
senior jurist SNS Reaal Groep NV

192

JOR 2003/192

Hoge Raad
13 juni 2003, C01/348HR,
ECLI:NL:HR:2003:AF5547
(Mr. Van Erp Taalman Kip-Nieuwenkamp,
Mr. Aaftink, Mr. Beukenhorst,
Mr. Hammerstein, Mr. Bakels)
(Concl. A-G Langemeijer, niet opgenomen; red.)

Antilliaanse zaak. Echtgenote roept ten onrechte de nietigheid in van door haar partner vóór het huwelijk aangegane borgstelling. Geen verdere uitbreiding van bescherming voor niet-handelend echtgenoot ex art. 1:88 BWNA c.q. art. 159 BWNA (oud).

[BWNA art. 159 (oud) (equivalent van art. 1:88 BW)]

De door het hof aan art. 159 (oud) BWNA gegeven uitleg strookt met het sinds 15 januari 2001 geldende art. 1:88 lid 2 BWNA dat bepaalt dat de (handelende) echtgenoot de toestemming niet behoeft indien hij tot het verrichten van de rechtshandeling is verplicht op grond van een voorafgaande rechtshandeling waarvoor die toestemming niet was vereist, en met hetgeen voor een bijzonder geval in dezelfde zin al was aanvaard in HR 27 oktober 1967, NJ 1968, 94.
Van belang is dat de wetgever in de onderhavige bepalingen naar een evenwicht heeft gezocht tussen enerzijds de wens tot bescherming van (hoofdzakelijk) de niet-handelende echtgenoot tegen haar/zijn partner en, anderzijds, de zekerheid die de wederpartij van de handelende echtgenoot behoeft in samenhang met de belangen van een vlot en ongestoord verlopend rechtsverkeer. De wetgever heeft het evenwicht tussen deze, ieder voor zich respectabele belangen aldus bepaald dat echtgenoten elkaars toestemming behoeven voor onder meer een overeenkomst die ertoe strekt dat zij zich als borg verbinden. In dit licht bestaat onvoldoende aanleiding voor de rechter de bescherming van de niet-handelende echtge-

noot nog verder uit te breiden tot rechtshandelingen verricht vóór het huwelijk, omdat daardoor de rechtszekerheid onaanvaardbaar in de knel zou komen.

L.L.H. Fortuno te Sint Maarten, Nederlandse Antillen,
eiser tot cassatie,
advocaat: (aanvankelijk mr. M.E.M.G. Peletier, thans) mr. J. van
Duijvendijk-Brands,
tegen
de vennootschap naar vreemd recht The Bank of Nova Scotia te
Sint Maarten, Nederlandse Antillen,
verweerster in cassatie,
advocaat: (aanvankelijk mr. E.T. de Boer, thans) mr. T.H. Tanja-van den
Broek.

(...; *red.*)

3. Beoordeling van het middel
3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan,
(i) Op 2 januari 1987 heeft Fortuno, die toentertijd directeur en aandeelhouder was van Sirikit (Car Rental) N.V. , een akte van borgtocht getekend. Daarin stelde hij zich voor een ongelimiteerd bedrag jegens de bank borg voor de betaling van alle tegenwoordige en toekomstige schulden van Sirikit (Car Rental) N.V.
(ii) In januari 1987 heeft de bank aan Sirikit (Car Rental) N.V. krediet verstrekt ten belope van 250.000,=.
(iii) Op of omstreeks 6 juni 1988 heeft de bank aan Sirikit (Car Rental) N.V. opnieuw krediet verstrekt, dit keer ten belope van NAfl 394.000,=. Tot meerdere zekerheid voor de terugbetaling daarvan heeft Fortuno op 6 juni 1988 een aan hem toebehorende onroerende zaak aan de bank verhypothekeerd.
(iv) Fortuno was nog niet gehuwd op het moment waarop hij de onderhavige borgtocht overeenkwam. Hij was wél gehuwd toen de bank het onder (iii) bedoelde krediet aan Sirikit (Car Rental) N.V. verstrekte. De echtgenote van Fortuno heeft met succes de nietigheid van de onder (iii) bedoelde hypotheekverlening ingeroepen op grond van het feit dat zij daarvoor geen toestemming had verleend,
(v) Sirikit (Car Rental) N.V. is op 25 november 1991 failliet verklaard.
3.2 In dit geding heeft de bank haar onder 1 weergegeven vordering gebaseerd op het feit dat Sirikit (Car Rental) N.V. het aan haar verleende krediet niet heeft terugbetaald, in samenhang met de door Fortuno jegens haar gestelde borgtocht.
Fortuno voerde een reeks van verweren, waarvan in cassatie uitsluitend nog van belang is dat zijn echtgenote inmiddels (ook) de nietigheid van de borgtocht heeft ingeroepen, zulks ingevolge art. 158-160 lid 1 (oud) BWNA (inmiddels art. 1:88-89 BWNA, die overeenstemmen met art. 1:88-89 van het Nederlands BW).
3.3 Het Gerecht overwoog ten aanzien van het onderhavige verweer in zijn tussenvonnis van 23 mei 1995 dat het beroep op de nietigheid van de borgtocht door de echtgenote van Fortuno geen effect kan sorteren, nu de borgtocht is overeengekomen op 2 januari 1987 en Fortuno pas daarna – op 22 december 1987 – is gehuwd (rov. 4.6).
In het tegen Fortuno daartegen ingestelde hoger beroep, heeft het Hof wat betreft het onderhavige verweer overwogen:
"4. Fortuno heeft tevens betoogd dat zijn echtgenote met succes de nietigheid van de borgstelling voor wat betreft het krediet van juni 1988 moet kunnen inroepen. Hij stelt daartoe dat hij weliswaar nog niet gehuwd was ten tijde van de borgstelling, maar wél ten tijde van de kredietverstrekking van juni 1988, en dat de bescherming, die art. 160 jo. 159 BW (oud) aan de echtgenote van de beoogde borg biedt, zinledig zou worden indien zijn echtgenote niet de vernietiging van de borgstelling ten aanzien van laatstgenoemd krediet zou kunnen bewerkstelligen.
5. Ook deze stelling is niet houdbaar, nu Fortuno, terwijl hij nog ongehuwd was, zich door middel van de bankborgtocht juist uitdrukkelijk, bij voorbaat, ook ter zake van de eventuele toekomstige schulden van de hoofdschuldenaar heeft verbonden."
3.4 Het tegen dit oordeel aangevoerde middel bestaat uit drie onderdelen.
Onderdeel 1 verwijt het Hof primair van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de artikelen 159 en 160 (oud) BWNA te zijn uitgegaan. Het onderdeel betoogt dat een redelijke, met doel en strekking van art. 159 (oud) BWNA strokende uitleg meebrengt dat de echtgenote van de borg óók de nietigheid van een bankborgtocht moet kunnen inroepen – waarbij de borg zich jegens de bank

garant heeft gesteld tot een ongelimiteerd bedrag voor de betaling van alle tegenwoordige en toekomstige schulden van de hoofdschuldenaar – indien deze borgtocht weliswaar door de andere echtgenoot voor het huwelijk is aangegaan, maar betrekking heeft op een na het huwelijk ontstane schuld van de hoofdschuldenaar.
Voor het geval deze stelling niet zou worden aanvaard, betoogt het onderdeel subsidiair dat de bank zich althans in de bijzondere omstandigheden van het gegeven geval niet kan beroepen op de door Fortuno voor het huwelijk aangegane borgtocht ter zake van na de sluiting van het huwelijk ontstane schulden.
3.5 De bewoordingen van het te dezen toepasselijke art. 1:159 lid 1 (oud) BWNA bieden aan de door het onderdeel primair verdedigde stelling geen steun, aangezien deze luiden dat "een echtgenoot (...) de toestemming [behoeft] van de andere echtgenoot" voor onder andere overeenkomsten waarbij hij zich als borg verbindt.
De door het Hof aan deze wetsbepaling gegeven uitleg strookt ook met het sinds 15 januari 2001 geldende art 1:88 lid 2 BWNA dat bepaalt dat de (handelende) echtgenoot de toestemming niet behoeft indien hij tot het verrichten van de rechtshandeling is verplicht op grond van een voorafgaande rechtshandeling waarvoor die toestemming niet was vereist, en met hetgeen voor een bijzonder geval in dezelfde zin al was aanvaard in HR 27 oktober 1967, NJ 1968, 94.
Ten slotte is van belang dat de wetgever in de onderhavige bepalingen naar een evenwicht heeft gezocht tussen, enerzijds, de wens tot bescherming van (hoofdzakelijk) de niet-handelende echtgenoot tegen haar/zijn partner (HR 19 maart 1993, nr. 14.881, NJ 1994, 92) en, anderzijds, de zekerheid die de wederpartij van de handelende echtgenoot behoeft in samenhang met de belangen van een vlot en ongestoord verlopend rechtsverkeer. De wetgever heeft het evenwicht tussen deze, ieder voor zich respectabele, belangen, aldus bepaald dat *echtgenoten* elkaars toestemming behoeven voor onder meer een overeenkomst die ertoe strekt dat zij zich als borg verbinden. In dit licht bestaat onvoldoende aanleiding voor de rechter de bescherming van de niet-handelende echtgenoot nog verder uit te breiden zoals in het onderdeel wordt bepleit, omdat daardoor de rechtszekerheid onaanvaardbaar in de knel zou komen.
De primaire rechtsklacht van het onderdeel kan daarom geen doel treffen.
3.6 De subsidiaire klacht is in de eerste plaats toegelicht met een beroep op het onbepaalde karakter van de onderhavige borgtocht. Deze klacht is – kennelijk met het oog op het concordantiebeginsel – in de schriftelijke toelichting aldus verder uitgewerkt, dat uit de wetsgeschiedenis van het Nederlandse art. 1:88 BW blijkt dat de wetgever geen rekening heeft gehouden met een bankborgtocht .
Deze klacht mist feitelijke grondslag. Het is op zichzelf juist dat tijdens de parlementaire behandeling van deze bepaling door de minister, onder verwijzing naar de "zeer grote, niet overzien wordende risico's" van het aangaan van borgtochten, onder meer is opgemerkt: "Wel kan men de grootte van de schuld weten" (MO I, Parl. Gesch. Inv. Boek l, blz. 1174), en dat dit van een bankborgtocht niet kan worden gezegd. Uit de MvA I bij art. 1:88 lid 4 (Parl. Gesch. Aanpassing B.W. (Inv. 3, 5 en 6), blz. 35-36) blijkt evenwel dat de bankborgtocht wel degelijk in de beschouwingen van de wetgever is betrokken. Naar aanleiding van vragen uit het VV is de minister hierop immers uitgebreid ingegaan. Redelijkerwijs kan niet worden aangenomen dat de wetgever zich wél in het kader van art. 1:88 lid 4 BW van het bestaan van de bankborgtocht bewust is geweest, maar niet in het kader van art. 1:88 lid 1.
3.7 Het onderdeel doet voorts een beroep op de omstandigheden (a) dat het eerste krediet ter zake waarvan de borgtocht is aangegaan, door de hoofdschuldenaar geheel is afgelost, (b) dat het tweede krediet – hiervoor vermeld in 3.l (iii) – aan Sirikit (Car Rental) N.V. is verstrekt nadat Fortuno in het huwelijk was getreden en (c) dat Fortuno de bank een recht van hypotheek heeft verleend op een aan hem toebehorende onroerende zaak.
De onder (a) en (b) aangehaalde omstandigheden brengen geen wijziging in hetgeen hiervoor in 3.5 is overwogen. Zij stuiten daarop af. De onder (c) aangehaalde omstandigheid doet al daarom niet ter zake, omdat de onderhavige hypotheekverlening door de echtgenote van Fortuno is vernietigd (3.1 (iv)).
3.8 Het vorenoverwogene brengt mee dat onderdeel 1 in zijn geheel faalt.
3.9 Onderdeel 2 strekt ten betoge, samengevat weergegeven, dat de bank zich naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet op de borg-

tocht kan beroepen, gezien de in het onderdeel aangehaalde omstandigheden van het geval, 's Hofs andersluidende oordeel is rechtens onjuist, althans onvoldoende gemotiveerd, zo stelt het onderdeel.
3.10 In hoger beroep heeft Fortuno zijn zojuist bedoelde stelling in het kader van de grieven IV en V uitsluitend gemotiveerd met de stellingen dat de bank heeft verzuimd eerst Sirikit (Car Rental) N.V. als hoofdschuldenaar aan te spreken en dat zij heeft nagelaten Fortuno, die inmiddels als directeur van Sirikit (Car Rental) N.V. was ontslagen, in te lichten over de steeds slechter wordende vermogenspositie van die vennootschap. Het onderdeel stelt niet dat de verwerping door het Hof van deze argumenten onbegrijpelijk is, maar doet in plaats daarvan een beroep op geheel nieuwe omstandigheden van feitelijke aard, die niet voor het eerst in cassatie kunnen worden aangevoerd. Het onderdeel kan dus niet tot cassatie leiden.
3.11 Onderdeel 3 ten slotte betoogt dat 's Hofs in 3.3 van dit arrest geciteerde oordeel onvoldoende is gemotiveerd, nu het Hof heeft verzuimd te responderen op de essentiële stelling dat de in art. 160 (oud) BWNA aan de niet-handelende echtgenote van Fortuno geboden bescherming zinledig zou worden, als zij in het onderhavige geval niet met succes de nietigheid van de borgtocht zou kunnen inroepen.
3.12 Het onderdeel faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag omdat het Hof deze stelling wel degelijk heeft beoordeeld, maar heeft verworpen.

4. Beslissing
De Hoge Raad:
verwerpt het beroep;
veroordeelt Fortuno in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

162

JOR 2006/162

Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen
25 januari 2006, F 245 van 2005
(Mr. Vennix)

Antillenzaak. Afwikkeling van samenhangende faillissementen. Verzoeker is geen schuldeiser van failliete boedel respectievelijk schuldeiser ex art. 65 lid 1 FbNA ter zake van niet-verifieerbare vordering.

[FbNA art. 65Fw art. 69]

Ingevolge het bepaalde in art. 65 lid 1 FbNA kunnen, behoudens de gefailleerde, alleen schuldeisers bij de r-c opkomen tegen elke handeling van de curator. Als schuldeisers in de zin van deze bepaling uit het faillissementsbesluit kunnen alleen worden aangemerkt schuldeisers wier vorderingen betrekking hebben op de periode tot aan de faillietverklaring. Dit is een uitvloeisel van het zogenoemde fixatiebeginsel, dat niet treffender kan worden weergegeven dan in de volgende passage uit de Memorie van Toelichting op art. 128 Fw: "De schuldeisers concurreren in het faillissement voor het bedrag dat zij op het ogenblik van de faillietverklaring te vorderen hebben". Door verzoeker wordt dit beginsel overigens ook onderschreven.
De curator is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel (art. 64 lid 1 FbNA). Het is de taak van de r-c om toezicht te houden op dit beheer en deze vereffening van de failliete boedel (art. 60 FbNA) en in het licht hiervan kunnen schuldeisers van de failliete boedel bij de r-c opkomen tegen elke handeling van de curator. Met zijn vordering uit hoofde van rente, die eerst ná faillissementsdatum is gaan lopen, is verzoeker geen schuldeiser van de failliete boedel van Billy Folly, respectievelijk schuldeiser in de zin van art. 65 lid 1 FbNA. In die hoedanigheid komt verzoeker niet in aanmerking om het door de curatoren gevoerde beheer en vereffening in het faillissement van Billy Folly bij de r-c aan de orde te stellen. De procedure uit art. 65 lid 1 FbNA is daar niet voor bedoeld.

R. Ench,
verzoeker,
advocaat: mr. K. Frielink.

Op verzoek gedaan bij verzoekschrift van 3 november 2005 van mr. Frielink en aanvulling daarop bij brief van 6 december 2005, waarbij Ench opkomt tegen de overeenkomst, die op 26 mei 2004 is gesloten en waarvan de inhoud als hier herhaald en ingelast dient te worden aangemerkt, tussen:
- mr. A. Huizing q.q. en R. de Paus R.A. q.q. in hun hoedanigheid van curator in het faillissement van de naamloze vennootschap Billy Folly Development Corporation N.V. (hierna: Billy Folly), gevestigd op Sint Maarten,
- mr. F.B.M. Kunneman q.q., in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van de naamloze vennootschap Pelican Resort N.V. (hierna: Pelican Resort), gevestigd op Sint Maarten,
- mr. J. Gorsira q.q., in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van M.P. Vlietman (hierna: Vlietman), wonende de Curaçao.

In aanmerking nemende
De voormelde drie faillissementen zijn met elkaar verweven en bij overeenkomst van 26 mei 2004 zijn tussen genoemde curatoren ten aanzien van de afwikkeling van deze faillissementen bindende afspraken gemaakt. Onder punt 2 van de overeenkomst is onder meer bepaald dat:
"(...) Billy Folly de notesclaim van Pelican Resort tot het beloop van het nog vast te stellen boedeltekort in Pelican Resort (waarschijnlijk) circa Naf. 1,7 mio) met een maximum van Naf. 2 mio als concurrente boedelvordering erkent, terwijl Pelican Resort en Billy Folly de nog lopende procedure staken met compensatie van de kosten en Pelican Resort voorts haar mogelijke verdere of andere aanspraken jegens Billy Folly, haar bestuurders en/of Vlietman prijsgeeft;
Uitbetaling van deze aldus erkende boedelvordering door curatoren van Billy Folly aan Pelican Resort zal pas plaatsvinden, indien daartegen niet uiterlijk op 30 juni 2004 bezwaren op voet van artikel 65 Faillissementsbesluit 1931 (Fb) bij de rechter-commissaris zijn binnengekomen en, voor zover dergelijke bezwaren wel tijdig zijn binnengekomen, daarop bij in kracht van gewijsde beslissing door de Rechter is beslist. (...)"
De tussen de curatoren gesloten overeenkomst van 26 mei 2004 is mede door de toenmalige rechter-commissaris – die net als ondergetekende rechter-commissaris in alle drie de faillissementen was – voor akkoord ondertekend.
Op 30 juni 2004 was op voet van artikel 65 lid 1 Fb slechts één verzoekschrift bij de rechter-commissaris ingediend (door E.B. Bennink Bolt en de naamloze vennootschap Bosua N.V.), waarbij werd opgekomen tegen de voormelde overeenkomst van curatoren van 26 mei 2004. Bij beschikking van de rechter-commissaris van 14 september 2004 zijn Bennink Bolt en Bosua N.V. in dit verzoek niet-ontvankelijk verklaard, respectievelijk is het verzoek afgewezen. Nadat Bennink Bolt en Bosua N.V. hiertegen in beroep waren gekomen heeft de Hoge Raad dit beroep bij beschikking van 20 januari 2006 afgewezen. De overeenkomst van 26 mei 2004 is daarmee onvoorwaardelijk geworden en het ligt thans in de rede dat de onderhavige drie faillissementen op de grondslagen van de overeenkomst van 26 mei 2004 worden afgewikkeld.
In zijn verzoekschrift komt Ench echter op tegen het afwikkelen van de drie faillissementen volgens de overeenkomst van 26 mei 2004. Als crediteur in het faillissement van Billy Folly richt hij zich in zijn verzoekschrift tegen de curatoren in dit faillissement (Huizing en De Paus) en zijn verzoek luidt als volgt:
"(...) te bevelen dat de Overeenkomst door de curatoren niet mag worden uitgevoerd indien en voor zover een dergelijke uitvoering ertoe mocht of zou kunnen leiden dat na afwikkeling van het faillissement van Billy Folly geen of onvoldoende baten resteren om de rentevordering van Ench te voldoen dan wel een zodanig bevel te geven dat aan de belangen van Ench recht wordt gedaan; kosten rechtens."
Hetgeen Ench ter toelichting van dit verzoek heeft aangevoerd komt op het volgende neer. Hij is concurrent crediteur in het faillissement van Billy Folly en zijn inmiddels door curatoren erkende vordering bedraagt USD 2.800.000,= (hoofdsom) vermeerderd met rente tegen 15% s'jaars vanaf 17 september 1996 tot 27 september 1996 (= datum faillissement Billy Folly). De voor vereffening vatbare faillissementsboedel, waarover de curatoren gaan, omvat weliswaar geen renten lopende ná de faillietverklaring, doch dit laat onverlet dat na die vereffening alsnog wordt toegekomen aan verhaal van dit deel van zijn rentevordering indien daarvoor na het faillissement voldoende actief overblijft. In de ontbonden vennootschap zullen als-

dan vereffenaars moeten worden benoemd om de resterende schulden uit dit nog beschikbare actief te voldoen. In het faillissement van Billy Folly doet zich de situatie voor dat er na vereffening een aanzienlijk actief zal overblijven, dat behoort te worden aangewend voor betaling van de resterende schulden van Billy Folly. Indien door de curatoren van Billy Folly wordt vereffend op de grondslagen van de overeenkomst van 26 mei 2004 dan gaat het resterende actief echter naar Vlietman en wordt aan betaling van de nog openstaande schulden van Billy Folly niet meer toegekomen. De overeenkomst van 26 mei 2005 (lees: 2004; red.) komt erop neer dat sprake is van een geconsolideerde afwikkeling van de voormelde drie faillissementen, terwijl niet is voldaan aan de voorwaarden die aan een geconsolideerde afwikkeling worden gesteld. Ench verwijst in dit verband onder meer naar HR 25 september 1987, NJ 1988, 136. Door de overeenkomst van 26 mei 2005 (lees: 2004; red.) worden zijn belangen ernstig geschaad en uitvoering daarvan is jegens hem onrechtmatig, aldus Ench.

Met betrekking tot dit verzoek van Ench hebben de curatoren in de drie voormelde faillissementen hun standpunt schriftelijk aan de rechter-commissaris kenbaar gemaakt, mr. Huizing – mede namens De Paus – bij brieven van 25 november 2005 en 8 december 2005 en mr. Kunneman – mede namens mr. Gorsira – bij brieven van 23 november 2005, 30 november 2005 en 8 december 2005.

Het standpunt van Huizing en De Paus is in feite gelijk aan het hiervoor weergegeven standpunt van Ench, hetgeen verbaast aangezien zij de overeenkomst van 26 mei 2005 (lees: 2004; red.) hebben ondertekend en daarmee te kennen hebben gegeven met de daarin bepaalde afwikkeling van de drie faillissementen in te stemmen.

Kunneman en Gorsira hebben het verzoek van Ench op zowel formele als materiële gronden weersproken. Primair stellen zij zich op het standpunt dat Ench in zijn verzoek niet-ontvankelijk dient te worden verklaard en onder meer in de brief van mr. Kunneman van 23 november 2005 is dit formele standpunt onder de punten 4 t/m 7 als volgt toegelicht:

"4. (...) Ik zou allereerst iets over de hiervoor bedoelde renteclaim van de heer Ench willen opmerken. Door het intreden van het faillissement wordt de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen onveranderlijk (het zogenaamde fixatiebeginsel: vlg. Ook HR 17 februari 1995 NJ 1996, 471). Artikel 124 Fb is een uitwerking van dit beginsel. Voor zover in dit verband relevant bepaalt dit artikel: 'Interesten na de faillietverklaring lopende, mogen niet geverifieerd worden...'. De Memorie van Toelichting op het vergelijkbare artikel 128 Fw stelt in dit verband het volgende: 'De schuldeisers concurreren in het faillissement voor het bedrag dat zij op het ogenblik van de faillietverklaring te vorderen hebben; de dag van de faillietverklaring fixeert hun rechten; dit is het eenvoudige beginsel ten grondslag liggend aan de regels ten aanzien van de verificatie in de artikelen 128–131 gesteld'. Van rentedragende vorderingen wordt de rente zodoende alleen geverifieerd tot de dag van de faillietverklaring.

5. Artikel 124 FB heeft daarnaast ook alleen betrekking op ten tijde van de faillietverklaring bestaande vorderingen (vgl. HR 14 december 1984, NJ 1985, 288), terwijl bij de verdeling van de baten van de boedel de rente lopende ná faillissementsdatum dus niet in aanmerking wordt genomen. Deze rentevordering blijft wel bestaan. Een gefailleerde kan zich dus niet op artikel 124 Fb beroepen om zich te ontslaan uit zijn verplichting tot betaling van rente die ná de faillietverklaring doorloopt. Echter, deze rente loopt door ten laste van de gefailleerde en niet ten laste van de failliete boedel. Een crediteur in het faillissement is voor wat betreft de rente die over zijn vordering doorloopt na de datum van het faillissement, geen crediteur in datzelfde faillissement. Ter zake dat deel van zijn vordering blijft hij wel crediteur van de failliet zelf. Deze rentevordering kan hij echter pas na afwikkeling en het einde van het faillissement van de failliet opvorderen.

6. Op grond van artikel 65 Fb kan iedere crediteur opkomen bij de rechter-commissaris, of van deze een bevel uitlokken dat de curator een bepaalde handeling zal verrichten of een voorgenomen handeling zal nalaten. Voor ingrijpen op grond van dit artikel is slechts plaats, indien bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel betrokken belangen van de betrokken crediteur dreigen te worden geschaad. Dit houdt in dat de in artikel 65 Fb aan een faillissementscrediteur verstrekte mogelijkheid slechts is gegeven om invloed uit te oefenen op het beheer over de failliete boedel en om, zo hij meent dat bij dat beheer fouten worden gemaakt, deze te doen herstellen of te voorkomen. Deze bevoegdheid is uitdrukkelijk niet gegeven om hem de gelegenheid te bieden

op eenvoudige wijze aan hem persoonlijk toekomende rechten tegen de boedel geldend te maken. (vgl. HR 16 juni 1995 NJ 1996, 553 en HR 9 september 1994 NJ 1995, 344), laat staan om hem gedurende het faillissement de gelegenheid te bieden op deze wijze pas ná de afwikkeling en het einde van het faillissement opeisbare rechten geldend te maken jegens Billy Folly.
7. Nu het belang, waarvoor de heer Ench zegt op te komen, slechts ziet op een mogelijke post-faillissementsvordering en dus niet op een bij de failliete boedel van Billy Folly betrokken belang, kan hij niet als een crediteur in de zin van artikel 65 Fb worden aangemerkt aan wie het uit hoofde van die bepaling toekomende recht toekomt. Hij zal dan ook in zijn verzoek niet-ontvankelijk verklaard moeten worden. In een eerdere beschikking van 14 september 2004 (zie bijlage) heeft u terzake de claim van een aandeelhouder op een mogelijk na afwikkeling respectievelijk het einde van het faillissement van Billy Folly resterende liquidatiesaldo in dezelfde zin beslist."

Overwegende
Ingevolge het bepaalde in artikel 65 lid 1 Fb kunnen, behoudens de gefailleerde, alleen schuldeisers bij de rechter-commissaris opkomen tegen elke handeling van de curator. Als schuldeisers in de zin van deze bepaling uit het faillissementsbesluit kunnen alleen worden aangemerkt schuldeisers wier vorderingen betrekking hebben op de periode tot aan de faillietverklaring. Dit is een uitvloeisel van het zogenaamde fixatiebeginsel, dat niet treffender kan worden weergegeven dan in de door Kunneman en Gorsira aangehaalde en hiervoor weergegeven passage uit de Memorie van Toelichting: "De schuldeisers concurreren in het faillissement voor het bedrag dat zij op het ogenblik van de faillietverklaring te vorderen hebben". Door Ench wordt dit beginsel overigens ook onderschreven.
De curator is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel (artikel 64 lid 1 Fb). Het is de taak van de rechter-commissaris om toezicht te houden op dit beheer en deze vereffening van de failliete boedel (artikel 60 Fb) en in het licht hiervan kunnen schuldeisers van de failliete boedel bij de rechter-commissaris opkomen tegen elke handeling van de curator. Met zijn vordering uit hoofde van rente, die eerst ná faillissementsdatum is gaan lopen, is Ench geen schuldeiser van de failliete boedel van Billy Folly, respectievelijk schuldeiser in de zin van artikel 65 lid 1 Fb. In die hoedanigheid komt Ench niet in aanmerking om het door de curatoren Huizing en De Paus gevoerde beheer en vereffening in het faillissement van Billy Folly bij de rechter-commissaris aan de orde te stellen. De procedure uit artikel 65 lid 1 Fb is daar niet voor bedoeld. Ench zal dan ook in zijn verzoek niet-ontvankelijk worden verklaard.

Beslissing
De rechter-commissaris:
– verklaart Ench in zijn verzoek niet-ontvankelijk.

NOOT

(Beroep in cassatie is ingesteld; *red.*)

163

JOR 2006/163

Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen
24 februari 2006, KG 28 van 2006
(Mr. Haarhuis)
Noot R. Bremer

Antillenzaak. Afwikkeling van samenhangende faillissementen. Schikking van renvooiprocedure door vaststellingsovereenkomst. Beleidsvrijheid van curator die hiervoor geen goedkeuring van crediteuren behoeft te hebben.

[BW art. 6:162]

De kern van het geschil is de vraag of eiser is benadeeld in zijn mogelijkheid tot verhaal voor zijn rentevordering op Billy Folly door de totstandkoming en uitvoering van de overeenkomst. De eis kan alleen dan toegewezen worden, als eiser voldoende aannemelijk kan maken dat na afwikkeling van het faillissement van Billy Folly een batig saldo zou hebben geresteerd als de curator de overeenkomst niet zou hebben getekend en de renvooiprocedures zou hebben uitgeprocedeerd.

De in de renvooiprocedures betrokken vorderingen hadden tot een substantieel deel moeten worden afgewezen voordat enig actief in de boedel van Billy Folly zou resteren na uitbetaling van alle crediteuren. Er is dan overigens nog geen rekening gehouden met de boedelkosten en de kosten van de procedures. De curator heeft wel aangegeven dat, als de renvooiprocedures zouden zijn uitgeprocedeerd, een aanzienlijk batig saldo zou resteren, maar hij heeft dat in het geheel niet onderbouwd en het wordt gemotiveerd betwist.
Bij het schikken van een renvooiprocedure als hier in feite is gebeurd gaat het ook om het afkopen van procesrisico's. De curator heeft in dat kader de nodige beleidsvrijheid. De curator behoefde (anders dan hij kennelijk veronderstelt) niet de goedkeuring van de crediteuren voor het aangaan van de overeenkomst: hij had alleen de goedkeuring van de r-c nodig en die heeft hij gekregen. Dat hij door een crediteur aansprakelijk wordt gesteld, doet hieraan niet af: dat is iets waarmee elke curator te maken kan krijgen en dat tot zijn beroepsrisico behoort.
Op grond hiervan is niet aannemelijk geworden dat de curator in redelijkheid niet tot het sluiten van de overeenkomst had kunnen overgaan en is evenmin aannemelijk geworden dat eiser is benadeeld in zijn verhaalsmogelijkheden voor de rentevordering door de totstandkoming en uitvoering van de overeenkomst.

R. Ench te Avondale, Verenigde Staten van Amerika,
eiser in de hoofdzaak,
verweerder in de incidenten tot voeging,
gemachtigde: mr. K. Frielink,
tegen
1. mrs. A. Huizing en R. de Paus RA te Curaçao, Nederlandse Antillen,
in hun hoedanigheid van curatoren in het faillissement van Billy Folly
Development Corporation NV te Sint Maarten,
2. mr. F.B.M. Kunneman te Curaçao, Nederlandse Antillen,
in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Pelican
Resort NV te Sint Maarten,
3. mr. M.R.B. Gorsira te Rotterdam,
in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van M.P.
Vlietman,
gedaagden in de hoofdzaak,
eisers in het voegingsincident,
en
4. de vennootschap naar Panamees recht Leeds Investors
Inc,
5. de vennootschap naar Panamees recht Lancaster
Investors Inc,
6. Pelican Resort Atrium NV,
eisers in het voegingsincident,
gemachtigde: mr. drs. R.E. Blaauw.

(...; *red.*)

De feiten

In de hoofdzaak en in de incidenten
2. In deze zaak kan worden uitgegaan van de volgende feiten:
a Ench is schuldeiser in het op 27 september 1996 uitgesproken faillissement van Billy Folly Development Corporation N.V. (BFDC). Zijn vordering tot de datum van faillietverklaring beloopt een bedrag ad in hoofdsom USD 2.800.000,=;
b alle crediteuren in het faillissement van BFDC zullen voor 100% kunnen worden voldaan;
c na voldoening van alle crediteuren zal geen bedrag meer resteren in de boedel van BFDC;
d Ench heeft jegens BFDC (en niet jegens de boedel van BFDC) een vordering ter zake van de na datum faillietverklaring verschenen rente ad 15% per jaar over de hoofdsom (hierna: de rentevordering);
e Leeds, Lancaster en Atrium zijn schuldeisers in het faillissement van BFDC;
f mr. Huizing q.q. is op 26 oktober 2004 met mr. Kunneman q.q. en mr. Gorsira q.q. een overeenkomst aangegaan in het kader van onder meer de afwikkeling van het faillissement van BFDC (de Overeenkomst). In de Overeenkomst staat onder meer:
"(...) Na gemeen overleg hebben de curatoren in de faillissementen van Vlietman, Billy Folly en Pelican Resort besloten de betrokken faillissementen als volgt af te wikkelen:
1 (...)
2 Curator Pelican Resort heeft een boedelclaim terzake van financieringsnotes van meer dan US$ 4 mio bij de curatoren van Billy Folly ingediend; tevens heeft de curator van Pelican Resort de boedel van Billy Folly o.g.v. onrechtmatige

daad voor het totale boedeltekort in het faillissement van Pelican Resort aansprakelijk gehouden; omtrent de status (boedelvordering of niet) en de omvang van de notes claim loopt thans een procedure bij het Gerecht te Curaçao; de curatoren van Pelican Resort en Billy Folly sluiten een vaststellingsovereenkomst, waarbij Billy Folly de notesclaim van Pelican Resort (waarschijnlijk) circa Naf 1,7 mio) met een maximum van Naf. 2 mio als concurrente boedelvordering erkent, terwijl Pelican Resort en Billy Folly de nog lopende procedure staken met compensatie van de kosten en Pelican Resort voorts haar mogelijke verdere of andere aanspraken jegens Billy Folly, haar bestuurders en/of Vlietman prijsgeeft. Uitbetaling van deze aldus erkende boedelvordering door curatoren van Billy Folly aan Pelican Resort zal pas plaatsvinden, indien daartegen niet uiterlijk op 30 juni 2004 bezwaren op voet van artikel 65 Fb. bij de rechter-commissaris zijn binnengekomen en, voor zover dergelijke bezwaren wel tijdig zijn binnengekomen, daarop bij in kracht van gewijsde gegane beslissing door de Rechter is beslist.
3 (...)
4 De curatoren van Billy Folly zullen een tussentijdse uitkering doen.(...)
5 (...)
6 Nadat de tussentijdse uitkeringen inzake Billy Folly (...) zijn geëffectueerd en tegen deze overeenkomst geen bezwaren op voet van artikel 65 Fb zijn binnengekomen en, voor zover dergelijke bezwaren wel zijn binnengekomen, daarop bij in kracht van gewijsde gegane beslissing door de Rechter is beslist, sluiten de curatoren van Billy Folly en Vlietman, alsook de aan Vlietman gerelateerde Panamese vennootschappen en Atrium N.V., een vaststellingsovereenkomst, waarbij de thans nog over en weer lopende (renvooi)procedures worden beëindigd met compensatie van kosten en waarbij de curatoren van Billy Folly afzien van hun aansprakelijkheidsclaim tegen Vlietman en de door Atrium en de Panamese vennootschappen van Vlietman ingediende vorderingen alsnog als concurrent erkennen en verifiëren tot het beloop van de uiteindelijk in het faillissement van Billy Folly resterende baten na betaling van alle andere geverifieerde crediteuren en boedelkosten.(...)";"
g Ench heeft de rechter-commissaris in het faillissement van BFDC verzocht om mr. Huizing q.q. te bevelen dat hij de Overeenkomst niet mag uitvoeren indien en voor zover een dergelijke uitvoering ertoe zou leiden dat na afwikkeling van het faillissement van BFDC onvoldoende baten resteren om zijn rentevordering te voldoen. Bij beschikking van 25 januari 2006 is hij door de rechter-commissaris niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek.

De verzoeken tot voeging
3. Nu de verzoeken van mrs. Kunneman q.q. en Gorsira q.q. en van Leeds, Lancaster en Atrium tot voeging zijn gegrond op de wet en niemand zich tegen toewijzing ervan heeft verzet, zal het gerecht de verzoeken toewijzen.

De vordering van Ench
4. Ench heeft gesteld dat de Overeenkomst in wezen betekent dat de faillissementen van BFDC, Pelican Resort en Vlietman geconsolideerd worden afgewikkeld.
Als gevolg van de erkenning door mr. Huizing q.q. in de Overeenkomst van een aantal vorderingen, die eerder nog werden betwist en waaromtrent renvooiprocedures liepen, zal na de afwikkeling van het faillissement van BFDC geen positief saldo resteren. Hierdoor zal BFDC alsdan geen verhaal bieden voor de rentevordering van Ench. Volgens Ench verschaft het Faillissementsbesluit 1931 geen wettelijke basis voor de gang van zaken als vervat in de Overeenkomst. Bij de Overeenkomst is geen rekening gehouden met zijn belangen ter zake van de rentevordering, die minstens US$ 420.000,= per jaar beloopt. De uitvoering van de Overeenkomst is daarom als onrechtmatig jegens hem aan te merken.
Mr. Huizing q.q., mr. Kunneman q.q. en mr. Gorsira q.q. hebben tot op heden geweigerd om schriftelijk te verklaren dat de Overeenkomst niet zal worden uitgevoerd zolang de geldigheid daarvan nog "onder de rechter" is. Ench heeft daarom recht en belang bij zijn vordering.
Ench heeft gevorderd dat het gerecht zal bevelen dat de Overeenkomst niet mag worden uitgevoerd indien en voor zover een dergelijke uitvoering ertoe mocht of zou kunnen leiden dat na afwikkeling van het faillissement van BFDC geen of onvoldoende baten resteren om de rentevordering van Ench te voldoen, en wel totdat bij in kracht van gewijsde gegaan vonnis is beslist over de geldigheid en/of de reikwijdte van de Overeenkomst, dan wel een zodanig bevel zal geven dat aan de belangen van Ench recht wordt gedaan.

Het verweer van mr. Huizing q.q.
5. Volgens mr. Huizing q.q. behelst de Overeenkomst geen geconsolideerde afwikkeling van de faillissementen van BFDC, Pelican Resort en Vlietman, omdat in al die faillissementen al een verificatievergadering had plaatsgevonden. Bij het aangaan van de Overeenkomst ging hiervan uit dat de crediteuren er geen bezwaar tegen zouden hebben, nu zij volledig voldaan zouden worden. Als de Overeenkomst wordt uitgevoerd, dan zal er geen boedelactief resteren. Als in alle renvooiprocedures in het faillissement van BFDC zou zijn beslist, was er een gerede kans dat na betaling van alle erkende crediteuren er een aanzienlijk saldo zou resteren. Bij het sluiten van de Overeenkomst is geen rekening gehouden met nagekomen vorderingen van crediteuren. Mr. Huizing q.q. is van mening dat de Overeenkomst slechts kan worden uitgevoerd na goedkeuring van alle crediteuren, aandeelhouders en overige belanghebbenden.
Ter zitting heeft mr. Huizing q.q. verklaard dat het er bij de onderhandelingen over de Overeenkomst hard aan toe ging. Er is daarbij niet over één nacht ijs gegaan.
Het wil de Overeenkomst gestand doen, maar niet aansprakelijk gesteld worden door een derde. Hij heeft zich gerefereerd aan het oordeel van het gerecht.

Het verweer van mrs. Kunneman q.q. en Gorsira q.q.
6. Mrs. Kunneman q.q. en Gorsira q.q. hebben gesteld dat pré-faillissementscrediteuren als Ench na de verificatievergadering niet meer tegen de verificatie van de uitdeling aan een erkende crediteur kunnen opkomen: hij had dit op de verificatievergadering moeten doen. Alle crediteuren van BFDC zijn aan de Overeenkomst gebonden. Die kan worden aangemerkt als een vaststellingsovereenkomst. Er is geen sprake van een geconsolideerde afwikkeling van faillissementen.
In het kader van de Overeenkomst zijn de vorderingen van de boedel van Pelican Resort en van Leeds, Lancaster en Atrium op BFDC geheel of ten dele erkend terwijl de boedels van BFDC en Pelican Resort afstand hebben gedaan van een mogelijke, deels op pauliana geënte bestuurdersaansprakelijkheidsclaim tegen Vlietman. Ench is daardoor niet in zijn verhaalsmogelijkheid voor zijn rentevordering benadeeld. De kans was namelijk reëel dat de vorderingen van de boedel van Pelican Resort en van Leeds, Lancaster en Atrium na de renvooiprocedures alsnog geverifieerd hadden moeten worden en dat de claim jegens Vlietman zou zijn afgewezen. Gelet hierop en op de kosten van de gevoerde en te voeren procedures, heeft mr. Huizing q.q. terecht besloten tot het aangaan van de Overeenkomst. Ter zake heeft een curator beleidsvrijheid. Er doet zich in dit geval niet de situatie voor dat mr. Huizing q.q. in redelijkheid niet tot deze afwikkeling kon besluiten. Hij had ook de toestemming van de rechter-commissaris voor het sluiten van de Overeenkomst. Een curator hoeft voorts geen rekening te houden met de belangen van post-faillissementscrediteuren.

Het verweer van Leeds, Lancaster en Atrium
7. Leeds, Lancaster en Atrium hebben de aard van hun vorderingen en van die van Ench nader toegelicht. Zij hebben erop gewezen dat slechts zij niet beter af zijn als gevolg van de Overeenkomst. Zij menen echter dat de Overeenkomst op juiste gronden is gesloten en dat zij moet worden uitgevoerd om een snelle afwikkeling van de faillissementen van BFDC, Pelican Resort en Vlietman mogelijk te maken.

De beoordeling van het geschil
8.1. Afgezien van de door mrs. Kunneman q.q. en Gorsira q.q. opgeworpen formaliteiten is de kern van het geschil tussen Ench en mr. Huizing q.q (en in diens kielzog de overige ondertekenaars van de Overeenkomst) de vraag of Ench is benadeeld in zijn mogelijkheid tot verhaal voor zijn rentevordering op BFDC door de totstandkoming en uitvoering van de Overeenkomst. De (op een positieve beantwoording van deze vraag gebaseerde) eis van Ench kan alleen dan toegewezen worden, als hij voldoende aannemelijk kan maken dat na afwikkeling van het faillissement van BFDC een batig saldo zou hebben geresteerd als mr. Huizing q.q. de Overeenkomst niet zou hebben getekend en de renvooiprocedures zou hebben uitgeprocedeerd.
8.2. Uit de Overeenkomst zelf blijkt niet welke bedragen waren gemoeid met de daarin bedoelde erkenning en afstand van vorderingen. Ench heeft geen feiten of omstandigheden gesteld op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat mr. Huizing q.q. het grootste deel van de renvooiprocedures zou hebben gewonnen. Uit de pleitaantekeningen van mr. Huizing q.q. volgt dat er maart 2005 Naf. 26.842.914,= in de boedel zat, dat

er voor Naf. 9.718.645,= aan crediteuren was erkend en dat er nog renvooiprocedures liepen met een "waarde" van Naf. 26.270.281,=.
Dit betekent dat de in de renvooiprocedures betrokken vorderingen tot een substantieel deel hadden moeten (worden; red.) afgewezen voordat enig actief in de boedel van BFDC zou resteren na uitbetaling van alle crediteuren. Er is dan overigens nog geen rekening gehouden met de boedelkosten en de kosten van de procedures. Mr. Huizing q.q. heeft wel aangegeven dat, als de renvooiprocedures zouden zijn uitgeprocedeerd, een aanzienlijk batig saldo zou resteren, maar hij heeft dat in het geheel niet onderbouwd en het wordt gemotiveerd betwist. Wat de bestuurdersaansprakelijkheidsclaim jegens Vlietman betreft: deze zou weinig zin hebben nu alle pré-faillissementscrediteuren 100% van hun vordering krijgen uitbetaald.
8.3. Het gerecht overweegt voorts dat het bij het schikken van een renvooiprocedure als hier in feite is gebeurd, ook gaat om het afkopen van procesrisico's. De curator heeft in dat kader de nodige beleidsvrijheid. Mr. Huizing q.q. behoefde (anders dan hij kennelijk veronderstelt) niet de goedkeuring van de crediteuren voor het aangaan van de Overeenkomst; hij had alleen de goedkeuring van de rechter-commissaris nodig, en die heeft hij gekregen. Dat hij door een crediteur aansprakelijk wordt gesteld, doet hieraan niet af: dat is iets waarmee elke curator te maken kan krijgen en dat tot zijn beroepsrisico behoort.
8.4. Op grond van het vorenstaande is het gerecht van oordeel dat niet aannemelijk is geworden dat mr. Huizing q.q. in redelijkheid niet tot het sluiten van de Overeenkomst had kunnen overgaan en dat evenmin aannemelijk is geworden dat Ench is benadeeld in zijn verhaalsmogelijkheden voor de rentevoering door de totstandkoming en uitvoering van de Overeenkomst. De vordering van Ench dient dan ook te worden afgewezen. Als de in het ongelijk gestelde partij dient Ench de proceskosten te dragen.

De beslissing
Het gerecht
– wijst de vordering van Ench af;
– veroordeelt Ench in de proceskosten (...; *red.*).

NOOT

(Hoger beroep is ingesteld; *red.*)

NOOT

1. In deze Antilliaanse uitspraken komen crediteuren op tegen de wijze waarop een drietal verweven faillissementen wordt afgewikkeld. De situatie komt kort gezegd op het volgende neer: de curatoren in de faillissementen van Billy Folly, Pelican Resort en Vlietman maken afspraken over de wijze waarop zal worden omgegaan met diverse vorderingen die de boedels over en weer op elkaar hebben. Zij sluiten een overeenkomst die – sterk vereenvoudigd weergegeven – inhoudt dat Billy Folly een boedelvordering van Pelican Resort erkent, evenals de concurrente vorderingen van een aantal andere crediteuren, waaronder Vlietman. Afgesproken wordt dat pas tot betaling zal worden overgegaan, indien er geen bezwaren tegen de overeenkomst worden ingediend bij de r-c (ex art. 65 FbNA, vergelijkbaar met art. 69 Fw) althans niet voordat definitief op dergelijke bezwaren is beslist. De overeenkomst wordt goedgekeurd door de r-c.
2. Dat deze overeenkomst tot diverse procedures heeft geleid, is niet verwonderlijk: Billy Folly is een rijke boedel. Er vindt een 100% uitkering aan de concurrente schuldeisers plaats. Een gevolg van de overeenkomst is, dat er na de afwikkeling van het faillissement van Billy Folly geen actief resteert. Meerdere belanghebbenden komen tegen de overeenkomst op.
3. In het arrest van de Hoge Raad wordt ingegaan op een tweetal formele aspecten van de procedure ex art. 65 FbNA. Had de r-c de verzoekers de gelegenheid moeten geven om nog op het door de curatoren ingediende verweerschrift te reageren en was de r-c wel een "impartial tribune" in de zin van art. 6 EVRM nu de toenmalige r-c de onderliggende overeenkomst had goedgekeurd? De Hoge Raad doet deze twee punten kort af. In antwoord op de eerste vraag overweegt de Hoge Raad dat de art. 65-procedure aan de in het artikel genoemde belanghebbenden de mogelijkheid biedt om op eenvoudige en snelle wijze invloed uit te oefenen op het beheer door de curator. De aard van deze procedure brengt mee dat de r-c de verzoekers geen gelegenheid hoef-

de te geven hun standpunten nader toe te lichten. Dat tegen een beschikking ex art. 65 FbNA, anders dan in Nederland, slechts beroep in cassatie kan worden ingesteld, doet daaraan niet af. R.o. 3.4.2. van het arrest lijkt overigens ruimte te bieden voor een andersluidende beslissing indien bij het verweerschrift nieuwe stukken worden ingediend.
4. Ook van strijd met art. 6 EVRM is geen sprake. Dat de r-c al eerder bemoeienis heeft gehad met een zaak, is onvoldoende om hem in een art. 65-procedure als partijdig te beschouwen. Bovendien was de betrokken r-c een andere dan degene die de overeenkomst had goedgekeurd. Het valt op dat de Hoge Raad op dit punt niet – in lijn met de conclusie van de A-G – volstaat met de constatering dat de beschikking van de r-c geen betrekking heeft op een "right" in de zin van art. 6 EVRM maar inhoudelijk aan deze bepaling toetst. Zie de Conclusie A-G mr. Timmerman, nr. 3.8 e.v. en HR 11 september 1998, «JOR» 1998/172 (Solleveld).
5. In de beschikking van 25 januari 2006 wordt stilgestaan bij de positie van de crediteur met een niet-verifieerbare vordering. Crediteur Ench verzoekt de r-c om de curatoren te verbieden uitvoering aan de overeenkomst te geven: zijn vordering op Billy Folly wordt bij een ongewijzigde uitvoering van de overeenkomst weliswaar volledig voldaan, maar dat geldt niet voor de rente over deze vordering vanaf de datum van faillissement. Ench wordt echter terecht niet-ontvankelijk verklaard: zijn niet-verifieerbare vordering blijft buiten het faillissement. Ench wordt derhalve niet geschaad in een belang dat hij "als schuldeiser" heeft bij het beheer en de vereffening van de boedel, zodat de weg van art. 65 FbNA voor hem niet openstaat. Zie bijv. HR 10 mei 1985, NJ 1985/791, m.nt. G (Van der Giessen q.q./Rutten en Kruisman) en de noot van Boekraad onder Rb Groningen, 12 december 2000, «JOR» 2001/100 (Wolgen q.q./Waterschap). Had Ench het verzoek als concurrent crediteur ingediend, dan zou hij waarschijnlijk ook niet-ontvankelijk zijn verklaard: nu zijn vordering volledig werd voldaan, zou hij geen belang bij het 65-verzoek hebben gehad, zie HR 28 juni 1991, NJ 1991/727 (Brandwijk-Guis/Jurgens q.q.).
6. De weg die voor een schuldeiser met een niet-verifieerbare vordering overblijft, is die van art. 6:162 BW. Ook langs die weg heeft Ench echter geen succes. Een door hem gevorderd verbod tot uitvoering van de overeenkomst wordt afgewezen: niet aannemelijk is geworden dat de curator van Billy Folly in redelijkheid niet tot het sluiten van de overeenkomst over had kunnen gaan. Evenmin is aannemelijk geworden dat Ench in een betere positie zou hebben verkeerd als de overeenkomst niet gesloten was en de vele renvooiprocedures uitgeprocedeerd zouden zijn.
7. Betoogd was nog dat de curatoren de overeenkomst niet hadden mogen sluiten omdat uitvoering daarvan neer zou komen op een geconsolideerde afwikkeling van de drie faillissementen, terwijl niet aan de daarvoor geldende voorwaarden zou zijn voldaan. Deze stelling gaat niet op. In de eerste plaats merk ik op dat de rechtspraak op het gebied van de geconsolideerde afwikkeling zo spaarzaam is, dat van "geldende voorwaarden" nog niet gesproken kan worden. Los daarvan meen ik dat de door curatoren voorgestane wijze van afwikkelen geen geconsolideerde afwikkeling is. Een van de belangrijkste kenmerken die daaraan in de rechtspraak en literatuur wordt toegekend, ontbreekt: van een samenvoeging van vermogensbestanddelen is geen sprake. Zie bijv. M.L.H. Reumers, 'Nederlandse ervaringen met het geconsolideerde faillissement', in: TvI 2004, p. 156,157 en HR 25 september 1987, NJ 1988, 136, m.nt. G (Van Kempen Begeer/Blankenstein q.q.). De door curatoren gesloten overeenkomst is dan ook niet meer dan een vaststellingsovereenkomst die vermogensbestanddelen van de failliete boedel tot onderwerp heeft. Tot het sluiten van een dergelijke overeenkomst is de curator ex art. 68 en 104 Fw bevoegd.
8. De belangen van de gezamenlijke crediteuren zijn leidend voor het handelen van de curator. Hij mag derhalve geen overeenkomsten sluiten die nadelig zijn voor de gezamenlijke crediteuren. Onder omstandigheden kan het gerechtvaardigd zijn dat een curator voorrang geeft aan "zwaarwegende, bij de wijze van beheren en vereffenen van de boedel betrokken belangen van maatschappelijke aard boven de belangen van individuele schuldeisers (...)". Zie HR 19 december 2003, «JOR» 2004/61, m.nt. JJvH, NJ 2004/293, m.nt. PvS (Mobell). In datzelfde arrest werd echter bepaald dat een doelmatige afwikkeling van het faillissement in zijn algemeenheid niet een dergelijk zwaarwegend maatschappelijk belang is. Een adequate afwikkeling van het faillissement is derhalve onvoldoende rechtvaardiging voor het sluiten van een overeenkomst die de

positie van een of meer individuele crediteuren benadeelt.
Overigens zal het belang van de gezamenlijke crediteuren veelal samenvallen met een zo hoog mogelijke boedelopbrengst. Zie F.M.J. Verstijlen, De Faillissementscurator (diss.), 1998, p. 81 e.v. Daar heeft ook de niet verifieerbare schuldeiser belang bij.
9. Tot slot het volgende: sluit de curator een vaststellingsovereenkomst voordat de toestand van insolventie is ingetreden, dan heeft hij daarvoor de toestemming van de r-c nodig. De instemming van alle crediteuren is, anders dan de curator van Billy Folly in de kortgeding- procedure aanvoerde, niet nodig. Wel dient een eventuele commissie uit de schuldeisers om advies te worden gevraagd (art. 104 Fw).

R. Bremer
advocaat bij Trip Advocaten & Notarissen te Leeuwarden

199

JOR 2006/199

Gemeenschappelijk Hof van Justitie
2 juni 2006, HAR-143/2006
(Mr. Ter Berg, Hoefdraad, Mijnssen)

Beroep tegen ontslag curatoren. Verschil van inzicht tussen curatoren en r-c is geen reden voor ontslag. Zie ook «JOR» 2006/161, 2006/162 en 2006/163, m.nt. Bremer.

[Fw art. 73]

Tussen r-c en appellanten bestaat verschil van inzicht over de vraag of appellanten de overeenkomst (tot afwikkeling van een aantal samenhangende faillissementen) thans dienen na te komen. Een dergelijk verschil van inzicht is echter geen reden voor ontslag van appellanten nu de wet niet bepaalt dat het oordeel van de r-c in gevallen als deze bindend is voor de van een curator te verlangen handelwijze. Voor ontslag zou niettemin reden kunnen bestaan indien het door appellanten verdedigde standpunt klaarblijkelijk van iedere grond is ontbloot en daardoor op onredelijke grond geweigerd wordt de inzichten van de r-c te volgen. Die situatie doet zich echter niet voor. Het door appellanten ingenomen standpunt inzake de nakoming van de overeenkomst kan niet aanstonds als ongegrond worden beschouwd. Daarover zal, eventueel, in rechte dienen te worden beslist. Het ontslag is derhalve ten onrechte verleend.

Mrs. A. Huizing en R. de Paus RA te Curaçao, Nederlandse Antillen,
appellanten.

Hoger beroep tegen de beschikking van de r-c in het faillissement van Billy Folly Development Corporation NV d.d. 19 mei 2006 tot ontslag van appellanten als curatoren in dat faillissement.

(...; *red.*)

2. De ontvankelijkheid
Het hoger beroep is tijdig en op de juiste wijze ingesteld. Appellanten zijn daarin ontvankelijk.

3. De beoordeling
3.1. Op 26 mei 2006 is een overeenkomst gesloten tot afwikkeling van de faillissementen van Billy Folly Development Corporation N.V., M.P. Vlietman en Pelican Resort N.V. (hierna: de overeenkomst). Die overeenkomst is getekend door de betrokken curatoren (Huizing, De Paus, Gorsira en Kunneman) alsmede de destijds fungerende rechter-commissaris in die faillissementen. De rechter-commissaris stelt zich op het standpunt dat nakoming door appellanten van de overeenkomst gevergd kan worden. Appellanten weigeren die verlangde nakoming omdat niet voldaan is aan een in de overeenkomst opgenomen voorwaarde waardoor de belangen van derden, waaronder in het bijzonder de aandeelhouder Bosua/Bennink Bolt van Billy Folly Development N.V. alsmede de crediteur R. Ench, geschaad dreigen te worden. Op grond van deze weigering is hun ontslag aangezegd door de rechter-commissaris.
3.2. Uit de – vele en uitvoerige – stukken blijkt dat tussen rechter-commissaris en appellanten verschil van inzicht bestaat over de vraag of appellanten de overeenkomst thans dienen na te komen. Een dergelijk verschil van inzicht is echter geen reden voor ontslag van appellanten nu de wet niet bepaalt dat het oordeel van de rechter-commissaris in gevallen als deze bindend is voor de van een curator te verlangen handelwijze. Voor ontslag

zou niettemin reden kunnen bestaan indien het door appellanten verdedigde standpunt klaarblijkelijk van iedere grond is ontbloot en daardoor op onredelijke grond geweigerd wordt de inzichten van de rechter-commissaris te volgen. Die situatie doet zich echter niet voor. Het door appellanten ingenomen standpunt inzake de nakoming van de overeenkomst kan niet aanstonds als ongegrond worden beschouwd. Daarover zal, eventueel, in rechte dienen te worden beslist. Het ontslag is derhalve ten onrechte verleend.

Beslissing
Het Hof:
Vernietigt de beschikking van de rechter-commissaris van 19 mei 2006 waarbij aan appellanten ontslag is verleend;
Verstaat dat de kosten van deze procedure voor rekening van de boedel komen.

257

JOR 2006/257

Gemeenschappelijk Hof van Justitie
8 augustus 2006, KG 28/06-H 158/06
(Mr. Mezas, Mr. Polkamp, Mr. Lewin)

Antillenzaak. Afwikkeling van samenhangende faillissementen. Vaststellingsovereenkomst in belang van goed beheer en goede vereffening van boedel. Uitvoering niet onrechtmatig jegens appellant. Vervolg op GEA 24 februari 2006, «JOR» 2006/163, m. nt. Bremer.

[BW art. 6:162]

De belangen die een curator in een faillissement heeft te behartigen, omvatten in beginsel niet de belangen van een individuele schuldeiser bij het geldend kunnen maken van post-faillissementsvorderingen. Het behartigen van die belangen valt buiten de grenzen van de in art. 64 lid 1 van het Faillissementsbesluit 1931 aan de curator te geven opdracht terwijl ook overigens in het Faillissementsbesluit 1931 daarvoor geen grondslag valt te vinden.
Niettemin is niet uitgesloten dat een curator dergelijke belangen zo ernstig schaadt, dat sprake is van onrechtmatig handelen jegens de betrokken schuldeiser. Dit zal minder snel het geval zijn indien de handelwijze van de curator geacht moet worden in het belang te zijn van een goed beheer en een goede vereffening van de boedel, aangezien het behartigen van dat belang juist wel zijn opdracht is.
Van appellant kan verlangd worden dat hij voldoende aannemelijk maakt dat, indien de vaststellingsovereenkomst niet wordt uitgevoerd, na afwikkeling van het faillissement voldoende baten zullen overblijven voor verhaal van zijn rentevordering. Indien appellant daartoe niet in staat is, omdat hij geen partij is bij de renvooiprocedures, kan daarin niet een voldoende grond gevonden worden om dit niet van hem te verlangen. Ook in hoger beroep is die stelling echter in onvoldoende mate aannemelijk gemaakt.
Het vermijden van vertraging, proceskosten en procesrisico's in de afwikkeling van de faillissementen is een in acht te nemen belang van de gezamenlijke schuldeisers. De overeenkomst dient dat belang.
Voorshands is aannemelijk dat het aangaan van de overeenkomst in het belang is te achten van een goed beheer en een goede vereffening van de boedel en dat uitvoering van de overeenkomst niet onrechtmatig is jegens appellant.
Ook een belangenafweging valt in het nadeel van appellant uit. Het vermijden van verdere vertraging in de afwikkeling van de faillissementen is in het belang van de gezamenlijke schuldeisers.

R. Ench te Avondale, Verenigde Staten van Amerika,
appellant,
gemachtigde: mr. K. Frielink,
tegen
1. mrs. A. Huizing en R. de Paus RA te Curaçao, Nederlandse Antillen,
in hun hoedanigheid van curatoren in het faillissement van Billy Folly Development Corporation NV,
2. mr. F.B.M. Kunneman te Curaçao, Nederlandse Antillen,
in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Pelican Resort NV,
3. mrs. F.B.M. Kunneman en M.R.B. Gorsira, respectievelijk te Curaçao en Rotterdam,
in hun hoedanigheid van curatoren in het faillissement van M.P. Vlietman,

4. de vennootschap naar Panamees recht Leeds Investors Inc,
gemachtigde: mr. R.E. Blaauw,
5. de vennootschap naar Panamees recht Lancaster Investors Inc,
gemachtigde: mr. R.E. Blaauw,
6. Pelican Resort Atrium NV,
gemachtigde: mr. R.E. Blaauw.

Partijen worden hierna genoemd: "Ench", "de curatoren van Billy Folly", "de curator van Pelican Resort", "de curatoren van Vlietman", "Leeds Investors", "Lancaster Investors" en "PR Atrium".

1. Het verloop van de procedure
1.1. Op 24 februari 2006 («JOR» 2006/163, m.nt. Bremer; *red.*) heeft het Gerecht in eerste aanleg van de Nederlandse Antillen, zittingsplaats Curaçao, (verder: GEA) tussen partijen vonnis in kort geding gewezen.
Voor hetgeen in eerste aanleg is gesteld en gevorderd, de procesgang aldaar en de overwegingen en beslissingen van het GEA wordt verwezen naar dat vonnis, waarvan de inhoud geldt als hier ingelast.
(...; *red.*)

2. De ontvankelijkheid van het hoger beroep
Ench is tijdig en op de juiste wijze in hoger beroep gekomen, zodat hij daarin ontvankelijk is.

3. De grieven
De grieven blijken uit de memorie van grieven, waarvan de inhoud geldt als hier ingelast.

4. De beoordeling
4.1. Aangezien de beide akten van appèl zich tegen hetzelfde vonnis richten, worden zij gezamenlijk behandeld. Voorts worden de curatoren van Pelican Resort en Vlietman op hun verzoek toegelaten als gevoegde partijen in het geding tussen Ench en de curatoren van Billy Folly aan de zijde van laatstgenoemden.
4.2. Grief 1 richt zich tegen de feitenvaststelling van het GEA onder 2c. De grief faalt, omdat het GEA klaarblijkelijk heeft bedoeld vast te stellen dat er bij uitvoering van de overeenkomst geen batig saldo zal resteren, hetgeen gesteld en niet betwist is.
Voor het overige zijn geen grieven gericht tegen de door de GEA onder 2 als vaststaand aangenomen feiten. De vaststelling komt het Hof juist voor. Het Hof gaat daarom van die vaststelling uit.
4.3. De kern van het betoog dat Ench aan zijn vordering ten grondslag heeft gelegd, is dat de curatoren van Billy Folly door de overeenkomst van 26 mei 2004 aan te gaan en uit te voeren paulianeus en onrechtmatig hebben gehandeld en zullen handelen jegens Billy Folly en jegens degenen die een post-faillissementsvordering op Billy Folly hebben, onder wie Ench. Indien die overeenkomst wordt uitgevoerd, zal immers na afwikkeling van het faillissement geen batig saldo bij Billy Folly meer bestaan, zodat Ench zijn rentevordering dan niet geldend zal kunnen maken, en in het andere geval wel, aldus Ench.
4.4. Het aangaan en het uitvoeren van de overeenkomst zijn geen handelingen van Billy Folly, maar van haar curatoren. Dergelijke handelingen zijn noch ingevolge de faillissementspauliana, noch ingevolge de pauliana van artikel 3:45 BW vernietigbaar.
4.5. Indien uitvoering van de overeenkomst onrechtmatig is jegens een ander of anderen dan Ench, kan Ench zich daarop niet beroepen. Dat kan dus in het midden blijven.
4.6. De belangen die een curator in een faillissement heeft te behartigen, omvatten in beginsel niet de belangen van een individuele schuldeiser bij het geldend kunnen maken van post-faillissementsvorderingen. Het behartigen van die belangen valt buiten de grenzen van de in artikel 64 lid 1 van het Faillissementsbesluit 1931 (hierna: Fb) aan de curator te geven opdracht terwijl ook overigens in het Faillissementsbesluit 1931 daarvoor geen grondslag valt te vinden.
Niettemin is niet uitgesloten dat een curator dergelijke belangen zo ernstig schaadt, dat sprake is van onrechtmatig handelen jegens de betrokken schuldeiser. Dit zal minder snel het geval zijn indien de handelwijze van de curator geacht moet worden in het belang te zijn van een goed beheer en een goede vereffening van de boedel, aangezien het behartigen van dat belang juist wel zijn opdracht is.
4.7. Uit de bedragen die het GEA onder 8.2 van het bestreden vonnis heeft genoemd, leidt ook het Hof af dat de curatoren van Billy Folly de renvooiprocedures tot een substantieel gedeelte zouden moeten winnen om op een batig saldo te kunnen uitkomen. Deze gevolgtrekking blijft ook overeind indien ervan zou moeten worden uitgegaan dat de curatoren van Billy Folly de vordering van

Pelican Resort niet tot maximaal NAF 2.000.000,= hadden behoeven te erkennen, zoals zij in de overeenkomst hebben gedaan, omdat die niet ter verificatie was aangemeld.
Van Ench kan verlangd worden dat hij voldoende aannemelijk maakt dat, indien de overeenkomst niet wordt uitgevoerd, na afwikkeling van het faillissement voldoende baten zullen overblijven voor verhaal van zijn rentevordering. Indien Ench daartoe niet in staat is, omdat hij geen partij is bij de renvooiprocedures, kan daarin niet een voldoende grond gevonden worden om dit niet van hem te verlangen (overigens kunnen de curatoren van Billy Folly, die wel partij bij de renvooiprocedures zijn, Ench daarover gegevens verschaffen). Ook in hoger beroep is die stelling echter in onvoldoende mate aannemelijk gemaakt. De brieven van Ench zelf, met bijlagen, zijn daarvoor ontoereikend.
4.8. Het vermijden van vertraging, proceskosten en procesrisico's in de afwikkeling van de faillissementen is een in acht te nemen belang van de gezamenlijke schuldeisers. De overeenkomst dient dat belang.
4.9. De overeenkomst is mede door de toenmalige rechter-commissaris in alle drie de faillissementen voor akkoord ondertekend. Bij brief van 25 januari 2006 aan de curatoren is door de opvolgend rechter-commissaris verzocht over te gaan tot afwikkeling van de faillissementen op de grondslagen van de overeenkomst.
4.10. Op grond van het voorgaande is voorshands aannemelijk dat het aangaan van de overeenkomst in het belang is te achten van een goed beheer en een goede vereffening van de boedel en dat uitvoering van de overeenkomst niet onrechtmatig is jegens Ench.
4.11. Ench heeft nog aangevoerd dat het Faillissementsbesluit 1931 geen wettelijke basis verschaft voor het aangaan van een overeenkomst als de onderhavige. Het Hof is echter voorshands van oordeel dat de bevoegdheid van de curatoren tot het aangaan van een dergelijke overeenkomst, onder toezicht van de rechter-commissaris, voortvloeit uit hun in artikel 64 lid 1 Fb gegeven opdracht.
4.12. Voorts heeft Ench zich erop beroepen dat de curatoren van Billy Folly bij de totstandkoming van de overeenkomst hebben gedwaald. Voorzover dit moet worden opgevat als een beroep op vernietigbaarheid wegens dwaling, komt dat Ench niet toe, omdat hij geen partij is bij de overeenkomst en niet heeft gedwaald.
4.13. Ook een belangenafweging valt in het nadeel van Ench uit. Het vermijden van verdere vertraging in de afwikkeling van de faillissementen is in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Indien in de door Ench ingestelde bodemprocedure tegen de curatoren van Billy Folly wordt vastgesteld dat laatstgenoemden onrechtmatig jegens hem hebben gehandeld, staat hem de mogelijkheid open schadevergoeding te vorderen van de curatoren van Billy Folly.
4.14. De vordering is dus terecht afgewezen. Het bestreden vonnis dient te worden bevestigd. De grieven kunnen verder onbesproken blijven. Ench zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten in hoger beroep.

Beslissing
Het Hof,
rechtdoende in hoger beroep:
bevestigt het vonnis waarvan beroep;
veroordeelt Ench in de kosten van dit hoger beroep (...; *red.*).

NOOT

Tegen de uitspraak is geen beroep in cassatie ingesteld; *red.*

323

JOR 2010/323

Gemeenschappelijk Hof van Justitie
13 april 2010, HAR 10-10A/10,
ECLI:NL:OGHNAA:2010:BM1449
(Mr. De Boer, Mr. Wattel, Mr. De Haan)

Tekortkoming in verslagleggingsplicht geen reden voor ontslag curatoren. Samenhang met Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 19 mei 2010, «JOR» 2010/324.

[Fb 1931 art. 63 lid 2]

De curatoren zijn tekortgeschoten in hun verslagleggingsplicht jegens de rechters-commissarissen. Bij brief van 4 augustus 2003 heeft de toenmalige rechter-commissaris de verplichting tot periodieke verslaglegging verzwaard tot een maandelijkse verplichting. Gedurende het inmiddels bijna negen jaren lopende faillissement hebben de curatoren echter slechts vier formele verslagen ingediend. In elk geval ten opzichte van de laatste rechters-commissarissen heeft lange tijd een behoorlijke formele en informele verslaglegging ontbroken. Dit wordt de curatoren aangerekend, nu in eerste instantie aan hen het initiatief is om ervoor te zorgen dat verslag wordt gedaan van de stand van de boedel. De aanleiding tot de vertrouwenscrisis tussen de rechters-commissarissen en de curatoren was dat eerstgenoemden bij toeval ontdekten wat er allemaal gaande was. Eerst nadat de rechter-commissaris van Curaçao de curatoren in niet mis te verstane bewoordingen daarop had aangesproken, is de informatievoorziening aan deze rechters-commissarissen op gang gekomen. Hoewel de verslagleggingsplicht van de curatoren jegens de rechters-commissarissen onverkort dient te worden gehandhaafd, is, alle gebleken feiten en omstandigheden in aanmerking nemende, deze tekortkoming niet van voldoende gewicht voor ontslag. Niet gebleken is dat de tekortkoming tot nadeel voor de boedel heeft geleid. Het in de Richtlijnen faillissementen voor Curaçao en Bonaire 1995 gestelde vereiste van driemaandelijkse verslaglegging (tenzij anders bepaald) wordt kennelijk ook in de praktijk van andere faillissementen niet strikt nageleefd. De afwikkeling van de faillissementen door deze curatoren lijkt succesvol te zijn. Werkgelegenheid is daarbij gespaard gebleven – het ging om honderden werknemers – en de reputatie van Aruba is niet aanmerkelijk geschaad. De verwachting is gerechtvaardigd dat de curatoren zich in het vervolg strikt zullen houden aan hun verslagleggingsplicht jegens de rechters-commissarissen.

1. Mr. G.L. van Giffen te Curaçao,
2. mr. R. de Paus RA te Curaçao,
gemachtigden: mrs. K. Frielink en U. van Bemmelen,
in de faillissementen van Mansur International Development Capital Corporation NV en Imperial Trust NV.

(...; *red.*)

3. Beoordeling

3.1. De brief van de rechter-commissaris van Curaçao van 9 februari 2010, waarin deze de curatoren op de hoogte stelt van het voornemen tot ontslag, bevat een elftal constateringen (a tot en met k) die als gronden van het ontslag gelden (Annexe 1 bij het ontslagbesluit van 11 maart 2010, zijnde bijlage I bij de akte doorgeleiding van 22 maart 2010). Voorts wordt in het ontslagbesluit verwezen naar "Enkele nadere conclusies RC (waarbij volledigheid NIET is nagestreefd)" (Annexe 2). De curatoren bestrijden de juistheid van de door de rechter-commissaris aangevoerde gronden.

3.2. *Ad a-b*. De failliet MIDCC had een hypotheekrecht op goederen van Playa Blanca. Dit hypotheekrecht hebben de curatoren in het belang van de crediteuren van MIDCC "geactiveerd" door erop aan te sturen dat in de boeken van Playa Blanca werd vastgesteld dat deze een schuld aan MIDCC had. Het Hof ziet hierin geen ontslaggrond. De administraties van de voorheen tot de Mansur-groep behorende vennootschappen ontbraken of waren gebrekkig. Uit het bestaan van het hypotheekrecht van MIDCC kon redelijkerwijs worden afgeleid dat een vordering bestond. Uit door de curatoren verricht onderzoek is volgens hen gebleken dat door de bondholders van MIDCC opgebrachte gelden door MIDCC aan Playa Blanca (de onroerend goedmaatschap-

pij) zijn uitgeleend ter financiering van de bouw e.d. Ook Mansur ging ervan uit, toen op 6 november 2001 curator Van Giffen q.q. (met toestemming van de toenmalige rechter-commissaris) de aandelen in Playa Blanca en OHEM (de managementmaatschappij) van hem verkreeg, dat de goederen van Playa Blanca waarop het hypotheekrecht betrekking had daardoor weinig waarde hadden. Overigens was, doordat MIDCC via Van Giffen toch al beschikte over alle aandelen in Playa Blanca, de vaststelling van het bestaan van de vordering op Playa Blanca van betrekkelijke betekenis. De destijds fungerende rechter-commissaris van Curaçao heeft aangedrongen op duidelijkheid in de boeken en deze werd met de handelswijze van de curatoren gediend.

3.3. *Ad c*. Het Hof heeft geen reden te twijfelen aan de juistheid van de stelling van de curator De Paus dat de jaarstukken van Playa Blanca en OHEM door, althans onder zijn toezicht, nauwkeurig zijn gecontroleerd. Niet aannemelijk is dat gelden zijn verdwenen en evenmin dat door deze ondernemingen winsten zijn gemaakt die een dividenduitkering aan de boedel rechtvaardigden. Zie ook hierna rov. 3.14.

3.4. *Ad d*. Doordat Playa Blanca en OHEM niet failliet waren, waren strikt genomen machtigingen van de rechter-commissaris voor (door het bestuur van deze ondernemingen) gevoerde procedures en aangegane schikkingen niet vereist. Wel dienden de curatoren de rechters-commissarissen goed over het een en ander te informeren, hetgeen hierna (rov. 3.15 e.v.) aan de orde komt.

3.5. *Ad e*. De verslagleggingsplicht komt hierna (rov. 3.15 e.v.) aan de orde.

3.6. *Ad f*. Dat onjuiste en onvolledige informatie is verstrekt over het beheer door de curatoren gevoerd in Playa Blanca en OHEM is niet gebleken. De curatoren beheerden de aandelen in deze ondernemingen en in de boedel van MIDCC viel een hypotheekrecht gevestigd op goederen van een der ondernemingen; zij voerden niet de directie van de ondernemingen.

3.7. *Ad g*. Het Hof heeft geen bedenkingen tegen de beslissing van de curatoren om Playa Blanca (de aandelen of de goederen) te verkopen als "going concern" nu daartoe kennelijk mogelijkheden leken te zijn. Een verkoop als "going concern" heeft immers de bedoeling een hogere opbrengst voor de boedel te genereren dan een liquidatieverkoop. De hypotheekakte ging ook uit van verkoop als "going concern". Ook het belang van de vele werknemers is ermee gediend alsmede het algemeen belang van Aruba. Door de 9/11-aanslag in 2001 was bovendien de verkoopmarkt aanvankelijk slecht. Deze beleidsbeslissing had de instemming van de toenmalige rechter-commissaris.

3.8. Door deze beslissing van curatoren en door afspraken die terzake met Playa Blanca en OHEM zijn gemaakt, waren de curatoren verplicht uit de verkoopopbrengst schulden te betalen die samenhingen met het "going" houden van de ondernemingen, ondanks de wettelijke voorrang van de hypotheekhouder MIDCC. Een toenmalige rechter-commissaris heeft – kennelijk per analogie – artikel 93 Fb/Fvo genoemd en is impliciet met de betalingen akkoord gegaan (brief 4 augustus 2003, Bijlage B bij Annexe 2 bij Bijlage I van het bericht doorgeleiding van 22 maart 2010). Van een geconsolideerde afwikkeling in technische zin is geen sprake. Het Hof heeft geen bedenkingen tegen de (voorlopige) voldoening vanuit Playa Blanca en OHEM van de boedelkosten in de periode van vóór de verkoop, toen de boedel geen fondsen had.

3.9. Overigens komt aan curatoren een zekere beleidsvrijheid toe. Een verschil van inzicht tussen rechter-commissaris en curatoren levert niet zonder meer een ontslaggrond op, nu de wet niet zonder meer bepaalt dat het oordeel van de rechter-commissaris bindend is voor de van een curator te verlangen handelswijze. Voor ontslag zou niettemin reden kunnen bestaan indien het door de curatoren verdedigde standpunt klaarblijkelijk van iedere grond is ontbloot of daardoor op onredelijke grond geweigerd wordt de inzichten van de rechter-commissaris te volgen. Aldus de beschikking van dit Hof van 2 juni 2006, HAR 143/06, JOR 2006, 199 in het faillissement van Billy Folly.

3.10. *Ad h*. Dat de curatoren onwillig zijn rekening en verantwoording af te leggen is niet aannemelijk geworden.

3.11. *Ad i*. Indien juist is dat incidenteel niet vooraf maar achteraf machtiging van de rechter-commissaris is gevraagd voor het inschakelen van eigen personeel (tegen een lager tarief), is zulks onvoldoende grond voor ontslag. De curatoren hebben overigens de bereidheid uitgesproken op dit punt aan de wens van de rechter-commissaris te voldoen.

3.12. *Ad j*. Dat de curatoren geen uitsplitsing van hun honorarium hebben gemaakt naar gelang

werkzaamheden zijn verricht ten behoeve van Playa Blanca en OHEM is onvoldoende grond voor ontslag. Uit het hiervóór overwogene (rov. 3.8) volgt dat ook die werkzaamheden moeten worden vergoed uit de verkoopopbrengst. Bovendien stellen de curatoren zich begrijpelijkerwijs op het standpunt dat zij uitsluitend werkzaamheden hebben verricht ten behoeve van de boedel, die kennelijk uitsluitend bestond uit de aandelen Playa Blanca en OHEM (althans de facto) en, wat de boedel van MIDCC betreft, ook uit een hypotheekrecht (met vordering), welke activa zij in een "going concern"-verkoop wilden te gelde maken (rov. 3.7). Dit neemt niet weg dat in het kader van de verslagleggingsplicht – waarover hierna omstandig rov. 3.14 e.v. – en de verantwoordingsplicht ten aanzien van de honoraria kan voortvloeien dat de curatoren concrete medelingen doen over de aard van de verrichte werkzaamheden.

3.13. *Ad k*. Mr. De Hoogd (die aanvankelijk nog niet beschikte over een vestigingsvergunning voor zijn praktijkvennootschap) heeft enkel procedures voor Playa Blanca en OHEM gevoerd. Hij was volgens de curatoren de opvolger van de overleden huisadvocaat van Playa Blanca en OHEM, mr. Van der Kuyp. De twee procedures van de boedel zijn gevoerd door mr. Van Giffen.

3.14. Niet is gebleken dat de (moeilijk op te merken) "directiefraude" die Vink, een de facto als algemeen en financieel directeur van OHEM en Playa Blanca fungerende per 1 november 2008 afgevloeide werknemer van OHEM, zou hebben gepleegd (bijlage D bij Annexe 2 bij Bijlage I van het bericht doorgeleiding van 22 maart 2010), op enigerlei wijze aan de curatoren valt toe te rekenen. Ter zitting heeft curator De Paus verklaard dat men (door niet-nakoming van overeengekomen verplichtingen) bezig is van het ontvreemde geld nog iets terug te krijgen. De fraude impliceert niet dat de curatoren zijn tekortgeschoten in de controle van de jaarstukken van Playa Blanca en OHEM (hiervóór ad c).

3.15. Het Hof acht de curatoren wel tekortgeschoten in hun verslagleggingsplicht jegens de rechters-commissarissen. De Richtlijnen faillissementen voor Curaçao en Bonaire (1995) bepalen onder 4 (p. 6) het volgende:

"Hoewel in het Faillissementsbesluit geen uitdrukkelijke bepaling is opgenomen omtrent periodieke verslaglegging in faillissementen, dient die verslaglegging wel plaats te vinden. Aansluiting wordt gezocht bij het bepaalde ten aanzien van surséances van betaling in artikel 217 Fb en bij de Faillissementswet en -praktijk in Nederland.

Elke drie maanden dient de curator een verslag van de stand van de boedel ter griffie te deponeren.

Door de rechter-commissaris kan worden bepaald (eventueel onder het stellen van nadere voorwaarden) dat een andere frequentie van verslaglegging is toegestaan."

3.16. Bij de reeds aangehaalde brief van 4 augustus 2003 heeft de toenmalige rechter-commissaris de verplichting tot periodieke verslaglegging verzwaard tot een maandelijkse verplichting. Gedurende het inmiddels bijna negen jaren lopende faillissement hebben de curatoren echter slechts vier formele verslagen ingediend.

3.17. Volgens mr. Van Giffen ter zitting waren openbare verslagen lange tijd in de gegeven omstandigheden niet in het belang van de boedel en zijn curatoren, met instemming en medewerking van de toenmalige rechter-commissaris, overgegaan tot informele verslaglegging. Het Hof merkt allereerst op dat het verstrekken van inlichtingen over ontwikkelingen in het faillissement niet zonder meer een verslag van de stand van de boedel oplevert. Voorts bestaat de mogelijkheid voor curatoren aan het openbaar verslag een vertrouwelijk gedeelte toe te voegen. Tot slot geldt dat als wordt overgegaan tot informele verslaglegging, bijvoorbeeld in telefonisch contact of mondeling in bijeenkomsten van de curatoren en de rechter-commissaris, deze verslaglegging wel – door de curatoren – dient te worden gedocumenteerd.

3.18. In elk geval ten opzichte van de laatste rechters-commissarissen heeft lange tijd een behoorlijke formele of informele verslaglegging ontbroken. Het Hof rekent dit de curatoren aan, nu in eerste instantie aan hen het initiatief is om ervoor te zorgen dat verslag wordt gedaan van de stand van de boedel. De aanleiding tot de vertrouwenscrisis tussen de rechters-commissarissen en de curatoren was dat eerstgenoemden bij toeval ontdekten wat er allemaal gaande was. Eerst nadat de rechter-commissaris van Curaçao de curatoren in niet mis te verstane bewoordingen daarop had aangesproken, is de informatievoorziening aan deze rechters-commissarissen op gang gekomen.

3.19. Hoewel het Hof van oordeel is dat de verslagleggingsplicht van de curatoren jegens de rechters-commissarissen onverkort dient te worden gehandhaafd, acht het, alle in dit hoger be-

roep gebleken feiten en omstandigheden in aanmerking nemende, deze tekortkoming niet van voldoende gewicht voor ontslag. Niet gebleken is dat de tekortkoming tot nadeel voor de boedel heeft geleid. Het in de Richtlijnen gestelde vereiste van driemaandelijkse verslaglegging (tenzij anders bepaald) wordt kennelijk ook in de praktijk van andere faillissementen niet strikt nageleefd. Gunstig te waarderen is de door curatoren opgezette website.
3.20. Volgens curator De Paus ("Hoger beroep curator De Paus", p. 2, onder 8) is het afwikkelingsproject van het faillissement van MIDCC thans voor rond 95% afgerond. De curatoren zijn de laatste negen jaren goed ingewerkt geraakt in deze zeer grote gecompliceerde faillissementen.
3.21. De renvooiprocedures zijn niet ongunstig afgelopen (pleitnota mr. Frielink, p. 9 onder 39). Het Hof heeft geen reden te twijfelen aan de stelling van curator De Paus dat er kans bestaat dat de crediteuren van MIDCC voor 100% uitbetaald zullen worden en in het slechtste geval voor ca. 60% (rechter kolom van bijlage 8 appelmemorie Curaçao en bijlage 7 appelmemorie Aruba "Hoger beroep curator De Paus"). De crediteuren van Imperial Trust zullen in het beste geval slechts 10% ontvangen, maar dat komt doordat, wegens een (ander) faillissement, het deel van de koopprijs dat niet contant was betaald waarschijnlijk verloren zal gaan. Imperial Trust was echter geen hypotheekhouder. Zie ook pleitnota mr. Frielink, p. 9, onder 41.
3.22. Al met al lijkt de afwikkeling door deze curatoren succesvol te zijn. Werkgelegenheid is daarbij gespaard gebleven – het ging om honderden werknemers – en de reputatie van Aruba is niet aanmerkelijk geschaad.
3.23. De verwachting is gerechtvaardigd dat de curatoren zich in het vervolg strikt zullen houden aan hun verslagleggingsplicht jegens de rechters-commissarissen.
3.24. De conclusie is dat de bestreden beschikkingen moeten worden vernietigd. Het geschil omtrent de honoraria valt niet te brengen onder artikel 63 lid 1 Fb/Fvo, zodat hoger beroep is uitgesloten (artikel 63 lid 3 Fb/Fvo).
3.25. In de omstandigheid dat de curatoren zijn tekortgeschoten in hun verslagleggingsplicht ziet het Hof reden te bepalen dat de kosten van deze procedure niet voor rekening van de boedel komen.

4. Beslissing
Het Hof:
– vernietigt de bestreden beschikkingen;
– verstaat dat de kosten van deze procedure niet voor rekening van de boedel komen.

324

JOR 2010/324

Gemeenschappelijk Hof van Justitie
19 mei 2010, HAR-15/2010,
ECLI:NL:OGHNAA:2010:BM5560
(Mr. De Boer, Mr. Wattel, Mr. De Haan)

Afwijzing verzoek tot wraking rechter-commissaris. Ontvankelijkheid curatoren. Samenhang met Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 13 april 2010, «JOR» 2010/323.

[Rv art. 31 e.v.; EVRM art. 6]

Hoewel het Fb 1931 geen bepalingen over wraking kent, wordt ervan uitgegaan dat dit (in art. 31 e.v. Rv geregelde) middel ook ten aanzien van de rechter-commissaris in een faillissement openstaat. De mogelijkheid van wraking dient er immers toe het – onder meer in art. 6 EVRM neergelegde – beginsel van rechterlijke onpartijdigheid te waarborgen. De faillissementsprocedure valt onder de werkingssfeer van deze verdragsbepaling. Gelet op het voorgaande is er geen reden de curator in het faillissement niet als partij te beschouwen aan wie de bevoegdheid tot een verzoek tot wraking toekomt. Dat in art. 63 Fb 1931 is voorzien in een regeling voor de curator om tegen beslissingen van de rechter-commissaris op te komen, staat hieraan niet in de weg. De curatoren kunnen dus worden ontvangen in hun verzoek.
Voorop dient te staan dat een rechter uit hoofde van zijn aanstelling moet worden vermoed onpartijdig te zijn, tenzij zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen die zwaarwegende aanwijzingen opleveren voor het oordeel dat een rechter jegens een partij een vooringenomenheid koestert, althans dat de bij die partij dienaangaande bestaande vrees objectief gerechtvaardigd is. Duidelijk is dat er ten aanzien van het in dit faillissement gevoerde beleid verschil van inzicht tussen de cura-

toren en rechter-commissaris heeft bestaan. Dat de rechter-commissaris een andere zienswijze heeft dan de curatoren, duidt op zichzelf echter niet op vooringenomenheid, ook niet als die zienswijze afwijkt van beleid waarmee haar ambtvoorgangers hebben ingestemd. Niet gebleken is dat de rechter-commissaris bij haar oordeelsvorming in deze andere dan professionele maatstaven heeft aangelegd. Dat de rechter-commissaris tot ontslag van de curatoren is overgegaan, geeft op zichzelf evenmin blijk van vooringenomenheid. De rechter-commissaris heeft op grond van art. 69 Fb 1931 de bevoegdheid curatoren te ontslaan en heeft daarbij een zekere mate van beoordelingsvrijheid. Weliswaar heeft het hof in hoger beroep de ontslagbeschikkingen vernietigd, maar het heeft het oordeel dat de curatoren in hun verslagleggingsplicht zijn tekortgeschoten, onderschreven. Vooropstellend dat de verslagleggingsplicht jegens de rechters-commissarissen onverkort moet worden gehandhaafd, heeft het hof enkel die tekortkoming niet van voldoende gewicht geacht voor ontslag. Alleen al daarom kan niet worden gezegd dat de rechter-commissaris ongefundeerde kritiek op de curatoren heeft geuit en daarmee blijk heeft gegeven van vooringenomenheid jegens hen, althans de schijn daarvan heeft gewekt. Het feit dat de ontslagbeschikkingen zijn vernietigd als zodanig zijn geen direct beletsel voor het verder kunnen functioneren van de rechter-commissaris in dit faillissement.

1. Mr. G.L. van Giffen te Curaçao,
2. mr. R. de Paus RA te Curaçao,
verzoekers,
in hun hoedanigheid van curatoren in het faillissement van M.I.D. Capital Corporation NV.

(...; *red.*)

2. De beoordeling

2.1. Hoewel het Faillissementsbesluit 1931 (hierna: Fb) geen bepalingen over wraking kent, gaat het Hof ervan uit dat dit (in art. 31 e.v. van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geregelde) middel ook ten aanzien van de rechter-commissaris in een faillissement openstaat. De mogelijkheid van wraking dient er immers toe het – onder meer in art. 6 EVRM neergelegde – beginsel van rechterlijke onpartijdigheid te waarborgen. De faillissementsprocedure, waarbij de bevoegdheid over "possessions" als bedoeld in art. 1 Protocol nr. 1 EVRM te beschikken op het spel staat, valt onder de werkingssfeer van deze verdragsbepaling. Ook de vaststelling van het salaris van de curator in het faillissement en het door hem afleggen van rekening en verantwoording valt daar bijvoorbeeld onder, nu ook daarbij burgerlijke rechten in het geding zijn. Daarbij dient te worden bedacht dat sommige procesdeelnemers zowel procespartij als overige procesdeelnemer kunnen zijn (vgl. hierover de Nederlandse Leidraad onpartijdigheid van de rechter, gepubliceerd op www.rechtspraak.nl, waarin als voorbeeld worden genoemd de bewindvoerder en de curator, die bij het afleggen van verantwoording zijn aan te merken als procespartij, terwijl zij bij hun overige taken veelal zullen worden aangemerkt als overige procesdeelnemer). Gelet op het voorgaande is er geen reden de curator in het faillissement, voor zover hier van belang, niet als partij te beschouwen aan wie de bevoegdheid tot een verzoek tot wraking toekomt. Dat in art. 63 Fb is voorzien in een regeling voor de curator om tegen beslissingen van de rechter-commissaris op te komen, staat aan dit oordeel niet in de weg. Ook in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering staan de twee middelen naast elkaar en in het midden kan blijven of het hoger beroep de ruimte biedt niet alleen om onwelgevallige oordelen of beslissingen van de rechter-commissaris aan het Hof voor te leggen en inhoudelijk aan de orde te stellen, maar ook om de positie van de rechter-commissaris wegens vermeende (schijn van) partijdigheid ter discussie te stellen. Het middel van wraking kan uitsluitend voor dat laatste doel worden gebruikt. De curatoren kunnen in zoverre dus worden ontvangen in hun verzoek.

2.2. Ter beoordeling staat vervolgens de vraag of sprake is van feiten of omstandigheden waardoor de rechterlijke onpartijdigheid schade zou kunnen lijden. Bij die beoordeling dient voorop te staan dat een rechter uit hoofde van zijn aanstelling moet worden vermoed onpartijdig te zijn, tenzij zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen die zwaarwegende aanwijzingen opleveren voor het oordeel dat een rechter jegens een partij een vooringenomenheid koestert, althans dat de bij die partij dienaangaande bestaande vrees objectief gerechtvaardigd is.

2.3. De curatoren voeren allereerst aan dat de rechter-commissaris zich vanaf haar benoeming in dit faillissement laat leiden door persoonlijke opvattingen van de door haar ingeschakelde des-

kundige, mr. Van den Bosch. Deze zouden erop neerkomen dat accountants geen curator kunnen zijn en dat het verkrijgen van de aandelen door de curatoren en de verkoop van de activa van de vennootschappen als going concern fout was. Volgens de curatoren wordt daarmee het jarenlang door hen, met instemming van vorige rechters-commissarissen gevoerde beleid doorkruist. Bovendien klagen zij erover dat de rechter-commissaris tot voor kort geen van hun declaraties heeft goedgekeurd, maar deze steeds opnieuw terzijde heeft gelegd, dit terwijl de salarissen tot 2008 gewoon werden goedgekeurd. Zij verwijten de rechter-commissaris in het begin haar plicht om toezicht uit te oefenen te hebben verzaakt, door zich niet in het faillissement te verdiepen en geen kennis te nemen van hun informatie, en hen daarna onder druk te hebben gezet door een stappenplan voor de verdere afwikkeling te laten maken en vervolgens verantwoording te verlangen van allerlei zaken waarover eerder nooit discussie heeft bestaan. Zij beklagen zich erover dat de rechter-commissaris hen ervan heeft beticht driedubbel te declareren en zich als ondernemers te gedragen. Verder wijzen zij erop dat de rechter-commissaris heeft besloten hen te ontslaan, waarbij zij benadrukken dat het Hof dit ontslag heeft vernietigd met verwerping van alle 11 aangevoerde ontslaggronden. Zij stellen ook dat de rechter-commissaris zich tijdens de behandeling van het hoger beroep grievend en beledigend over hen heeft uitgelaten, door te suggereren dat zij zichzelf grote winsten van de onderneming hebben toegeëigend. De directe aanleiding voor het indienen van het wrakingverzoek is, aldus hun toelichting, de opstelling van de rechter-commissaris na de vernietiging van het ontslag door het Hof. De rechter-commissaris heeft hen opgedragen binnen 14 dagen een vijfde verslag te deponeren. Voorts heeft zij mr. Van den Laarschot als deskundige benoemd met de opdracht onderzoek te doen naar de door de onderneming gevoerde rechtszaken. Tenslotte heeft zij bij brieven van 27 april 2010 bericht dat de declaraties van curator De Paus voor 50% waren goedgekeurd en die van curator Van Giffen slechts voor 25%, waarbij zij de curatoren nog tot 10 mei 2010 gelegenheid gaf met een nadere onderbouwing te komen. Na indiening van het verslag op 3 mei 2010 heeft de rechter-commissaris weer nieuwe instructies verstrekt, waaraan de curatoren voor 10 mei 2010 zouden moeten voldoen. De curatoren stellen tot slot dat de rechter-commissaris zich in haar correspondentie diverse malen onprofessioneel en persoonlijk tegenover hen heeft geuit. Zij concluderen dat de rechter-commissaris uit rancune handelt en te kwader trouw is, en dat zij gelet op dit alles niet meer onpartijdig is.

Periode tot 13 april 2010

2.4. Hetgeen de curatoren hebben aangevoerd over de opstelling van de rechter-commissaris in de periode vanaf haar benoeming in dit faillissement tot 13 april 2010 (datum beschikking Hof over het ontslag van de curatoren; LJN: BM1449) («JOR» 2010/323; *red.*) kan op zichzelf geen grond opleveren voor wraking. Niet kan worden gezegd dat het verzoek wat dit betreft is gedaan zodra de feiten en omstandigheden aan de curatoren bekend zijn geworden.

2.5. Overigens is het Hof van oordeel dat het aangevoerde in zoverre ook inhoudelijk gezien geen reden geeft tot wraking. Duidelijk is dat er ten aanzien van het in dit faillissement gevoerde beleid verschil van inzicht tussen de curatoren en rechter-commissaris heeft bestaan. Dat de rechter-commissaris een andere zienswijze heeft dan de curatoren, duidt op zichzelf echter niet op vooringenomenheid, ook niet als die zienswijze afwijkt van beleid waarmee haar ambtsvoorgangers hebben ingestemd. Niet gebleken is dat de rechter-commissaris bij haar oordeelsvorming in deze andere dan professionele maatstaven heeft aangelegd. Dat geldt ook voor het uitblijven van beslissingen op de door de curatoren ingediende salarisverzoeken, dat kennelijk deels aan administratieve oorzaken is te wijten en voor het overige verband houdt met de discussie over de handelwijze van de curatoren en het in de visie van de rechter-commissaris ontbreken van adequate verslaglegging en verantwoording. Ook op dit punt is er geen reden voor twijfel aan haar onpartijdigheid. Hetzelfde geldt voor haar verzoeken om het opstellen van een stappenplan voor de verdere afwikkeling van het faillissement, verstrekken van informatie en afleggen van rekening en verantwoording: de rechter-commissaris geeft daarmee invulling aan haar wettelijke taak om toezicht te houden op het beheer en de vereffening van de failliete boedel (art. 60 Fb), op een wijze die niet onbegrijpelijk is. Haar vragen over declaraties en opmerkingen over het optreden van de curatoren in het kader van de voortzetting van de onderneming en de mogelijke consequen-

ties daarvan, waar de curatoren aanstoot aan nemen, moeten in dat kader worden gezien. Van vooringenomenheid blijkt daaruit niet.

2.6. Dat de rechter-commissaris tot ontslag van de curatoren is overgegaan, geeft op zichzelf evenmin blijk van vooringenomenheid. De rechter-commissaris heeft op grond van art. 69 Fb de bevoegdheid curatoren te ontslaan en heeft daarbij een zekere mate van beoordelingsvrijheid. Weliswaar heeft het Hof in hoger beroep de ontslagbeschikkingen vernietigd, maar het heeft het oordeel dat de curatoren in hun verslagleggingplicht zijn tekortgeschoten onderschreven. Vooropstellend dat de verslagleggingplicht jegens de rechters-commissarissen onverkort moet worden gehandhaafd, heeft het Hof enkel – alle overige feiten en omstandigheden in dit faillissement in aanmerking genomen – die tekortkoming niet van voldoende gewicht geacht voor ontslag. Alleen al daarom kan niet worden gezegd dat de rechter-commissaris ongefundeerde kritiek op de curatoren heeft geuit en daarmee blijk heeft gegeven van vooringenomenheid jegens hen, althans de schijn daarvan heeft gewekt. De stelling dat de rechter-commissaris tijdens de behandeling van het hoger beroep tegen de ontslagbeschikkingen heeft gesuggereerd dat de curatoren zich winsten van de onderneming hebben toegeëigend, mist naar het oordeel van het Hof goede grond. De rechter-commissaris heeft opgemerkt dat controle op de financiële gegevens nodig was en in dat verband als voorbeeld gegeven dat het gerapporteerde bedrijfsresultaat vraagtekens bij haar oproept. De vergaande beschuldiging waarover de curatoren zich beklagen, heeft zij niet geuit en ligt ook niet in haar uitlatingen besloten.

2.7. Het Hof acht tenslotte het feit dat de ontslagbeschikkingen zijn vernietigd als zodanig geen direct beletsel voor het verder kunnen functioneren van de rechter-commissaris in dit faillissement. De rechter-commissaris moet in staat worden geacht om ook na de uitspraak van het Hof, met inachtneming van die uitspraak, op objectieve wijze haar taken te blijven vervullen. Ook de vrees voor partijdigheid is op deze grond niet gerechtvaardigd.

Periode vanaf 13 april 2010

2.8. Uit de overgelegde stukken en de gegeven toelichtingen blijkt dat de rechter-commissaris na de uitspraak van het Hof, in de lijn van de overwegingen van het Hof over de door de curatoren verzaakte verslagleggingplicht en de op hen rustende verplichting tot het doen van rekening en verantwoording, instructies aan de curatoren heeft willen geven. Daartoe heeft zij op 19 april 2010 de curatoren uitgenodigd voor een bespreking op 20 april 2010. Curator De Paus heeft haar daarop bericht verhinderd te zijn en een bespreking in de week daarna voorgesteld. De rechter-commissaris heeft hem geantwoord dat dit voorstel niet schikte en dat zij de volgende dag alleen Van Giffen zou ontvangen en zo nodig een nadere afspraak met De Paus zou maken. Zij ontving daarna een – kennelijk per abuis aan haar verzonden – bericht van Van Giffen aan De Paus met de volgende inhoud: "Beste Rob, Wat een dame he? Misschien wel goed dat we een gescheiden gesprek zullen hebben omdat dat in tijd weer ruimte biedt om de zaak te vertragen en de beroepstermijn dan zal zijn verstreken". Zij heeft hieruit afgeleid dat Van Giffen niet van zins was op een deugdelijke manier aan haar verzoeken en opdrachten te voldoen en heeft besloten de geplande bespreking geen doorgang te laten vinden. Bij brief van gelijke datum heeft zij de curatoren vervolgens verzocht om indiening van een vijfde openbaar verslag en een tussentijds financieel verslag, beide uiterlijk op 3 mei 2010. De curatoren hebben op deze datum een openbaar verslag ingediend. Bij brief van 4 mei 2010 heeft de rechter-commissaris hierop gereageerd en verzocht om wijziging/aanvulling van het openbaar verslag en alsnog indiening van een financieel verslag, uiterlijk op 10 mei 2010.

2.9. Hoewel de gestelde termijnen kort zijn, kan – rekening houdend met het feit dat de rechter-commissaris al meermalen eerder om verslaglegging en verantwoording had verzocht, de tijdens de behandeling van het hoger beroep tegen de ontslagbeschikkingen door de curatoren geuite bereidheid om verslag te doen en rekening en verantwoording af te leggen, en het hiervoor geciteerde bericht dat op een poging tot vertraging duidde – niet worden gezegd dat hier onredelijke eisen werden gesteld. De conclusie van de curatoren dat de rechter-commissaris hierbij slechts uit rancune heeft gehandeld, in die zin dat zij er naar streeft haar gelijk te halen door alsnog een ontslag te forceren, acht het Hof niet gerechtvaardigd. Van gegronde vrees voor vooringenomenheid is ook hier geen sprake.

2.10. Op grond van art. 62 Fb is de rechter-commissaris bevoegd ter opheldering van alle om-

standigheden, het faillissement betreffende, getuigen te horen of een onderzoek van deskundigen te bevelen. Met de benoeming van mr. Van den Laarschot heeft de rechter-commissaris van die bevoegdheid gebruik gemaakt. De beoordeling of deze benoeming in het belang van de boedel noodzakelijk is, is voorbehouden aan de rechter-commissaris. Onbegrijpelijk is haar beslissing op dit punt niet. Dat het motief voor deze benoeming feitelijk slechts is de wens om de curatoren op fouten te betrappen om hen alsnog te kunnen ontslaan, zoals de curatoren veronderstellen, acht het Hof onaannemelijk.

2.11. Dat de rechter-commissaris slechts een gedeelte van de declaraties heeft goedgekeurd en de declaraties voor het overige heeft afgewezen dan wel nadere toelichting en onderbouwing heeft verlangd, kan op zichzelf evenmin als blijk van partijdigheid worden beschouwd. Het behoort tot de taak van de rechter-commissaris die declaraties kritisch te beoordelen. Van een ongemotiveerde en/of (anderszins) onbegrijpelijke beslissing hierover, die vooringenomenheid zou kunnen doen vermoeden, is geen sprake. Ook hier geldt dat de rechter-commissaris heeft gehandeld in de lijn van de overwegingen van het Hof in de beschikking van 13 april 2010, waarin erop is gewezen dat uit de verslagleggingplicht en verantwoordingsplicht ten aanzien van de honoraria kan voortvloeien dat de curatoren concrete mededelingen doen over de aard van de verrichte werkzaamheden.Voor zover op dit punt al eindbeschikkingen in het nadeel van de curatoren zijn genomen, zonder dat zij zijn gehoord of gelegenheid daartoe hebben gehad, zou dat een schending van fundamentele rechtsbeginselen kunnen opleveren die zou maken dat, ondanks het bepaalde in art. 63 Fb, hoger beroep tegen die beslissingen openstaat. Grond voor wraking levert dit echter niet op.

2.12. Duidelijk is tenslotte dat door het verloop van de gebeurtenissen de curatoren en de rechter-commissaris tegenover elkaar zijn komen te staan. De toonzetting van de correspondentie en de wijze waarop zij zich tijdens de behandeling van het wrakingverzoek ten opzichte van elkaar hebben gedragen, getuigen daarvan. Van uitlatingen of gedragingen van de rechter-commissaris, die naar objectieve maatstaven gemeten de vrees bij de curatoren rechtvaardigen dat de rechter-commissaris een vooringenomenheid jegens hen koestert, is het Hof echter niet gebleken.

2.13. De conclusie luidt dat het wrakingverzoek dient te worden afgewezen.

Beslissing
Het Hof wijst het verzoek af.

59

JOR 2011/59

Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao
8 november 2010, AR 854/2009,
ECLI:NL:OGEAC:2010:BO3354
(mr. Veerman)

Verrekening tijdens faillissement. Door bank ná faillissementsdatum gedane debiteringen van rekening failliet op grond van chargebacks creditcardhouders toegestaan. Creditering onder opschortende of ontbindende voorwaarde. Verwijzing naar HR 10 januari 1975, NJ 1976, 249 en HR 3 december 2004, «JOR» 2005/51, m.nt. NEDF. Tussenvonnis.

[BW art. 3:38; Faillissementsbesluit art. 49]

Ter beantwoording staat de vraag of de bank zich op verrekening kan beroepen, althans zij de rekening van failliet na de faillissementsdatum voor het bedrag van bij haar ingediende chargebacks heeft mogen debiteren. Bij die beantwoording dient de uitspraak HR 3 december 2004, «JOR» 2005/51, m.nt. NEDF (Mendel q.q./ABN Amro Bank) te worden betrokken. De situatie zoals daarin omschreven is vergelijkbaar met die in de onderhavige zaak. Ingevolge art. 5 en 6 van de Merchant Agreement is de bank bevoegd een in het kader van een creditcard gedane creditering op de rekening van failliet met een debitering ongedaan te maken indien de kaarthouder ingevolge art. 5 sub c stelt de gekochte diensten (in casu de hotelovernachtingen) niet naar tevredenheid te hebben gekregen en een chargeback vordert. Ook hier is sprake van een creditering onder een opschortende voorwaarde of ontbindende voorwaarde. In zoverre, anders dan hiervoor is overwogen, moet worden geoordeeld dat de creditering wel als een definitieve betaling moet worden aangemerkt, is de chargeback c.q. debitering aan te merken als een verrekening, en moet

aan de hand van art. 49 Fb worden beoordeeld of daartoe een bevoegdheid bestaat. Ingevolge art. 49 Fb mag verrekening alleen plaatsvinden indien beide vorderingen voorafgaand aan het faillissement zijn ontstaan of voortvloeien uit handelingen vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht. In het laatste geval kan alleen niet worden verrekend indien de rechtstreekse oorzaak van het ontstaan van de schuld ligt in een na de faillietverklaring verrichte rechtshandeling van een derde welke zelf geen verband houdt met de voor de faillietverklaring gesloten overeenkomst waarop de vordering is gegrond (zie hiervoor onder meer HR 10 januari 1975, NJ 1976, 249). Van de eerste situatie is geen sprake, immers is de creditering van voor het faillissement en is de debitering van daarna. Van de tweede situatie is wèl sprake, namelijk houdt de debitering verband met een creditering op grond van de vóór faillissementsdatum tussen partijen gesloten Merchant Agreement. Weliswaar ligt de oorzaak van het ontstaan van de schuld in de chargeback die door de kaarthouder is uitgeoefend, maar deze houdt verband met deze voor de faillietverklaring gesloten overeenkomst waardoor zich de hiervoor omschreven uitzonderingssituatie niet voordoet. De slotsom van het voorgaande is dat de bank hoe dan ook gerechtigd was tot de debitering van de rekening van failliet. Is het niet als ongedaanmaking van een eerdere betaling onder een ontbindende of opschortende voorwaarde, dan is het door een verrekening.

Mr. F.J. van den Bosch te Curaçao, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Sunset Waters Beach Resort NV,
eiser,
tegen
Maduro & Curiel's Bank NV te Curaçao,
gedaagde,
gemachtigde: mr. G.B. Steward.

(...; *red.*)

2. De feiten

2.1. Op 23 juli 2007 is het faillissement van Sunset Waters Beach Resort N.V. (hierna: Sunset Waters) uitgesproken. Sunset Waters exploiteerde een hotel. Direct na het faillissement werden de activiteiten beëindigd waardoor geen gevolg meer werd gegeven aan de op dat moment, vóór het faillissement, gedane hotelboekingen.

2.2. Sunset Waters had een aantal rekeningen bij de MCB. Het totale saldo op de rekeningen bedroeg per de faillissementsdatum NAF 76.114,68. De saldi zijn direct na de faillissementsdatum geconsolideerd op één rekening, dit op verzoek van de curator.

2.3. Sunset Waters en MCB hebben op 27 juni 2001 een *Merchant Electronic Service Agreement* (hierna: Merchant Agreement) gesloten. Met deze overeenkomst heeft MCB zich jegens Sunset Waters verbonden tot bijschrijving van aan Sunset Waters gedane creditcard betalingen op een door Sunset Waters bij MCB aangehouden rekening.

2.4. Van belang zijnde bepalingen uit voornoemde overeenkomst zijn onder meer de volgende:

"5. Notwithstanding any approval of a transaction which may be given by, or on behalf of the issuer of a Charge Card (creditcard, gerecht) the Bank may refuse to credit the account of the Merchant (Sunset Waters, gerecht) with, or may charge back to the Merchant the total amount of any sales draft in any of the following circumstances, all of which will be considered situations of default:
(...)
(c) The services referred to in the sales draft are claimed by the Cardholder to have been unsatisfactory
(...)
6. All fees, including, but not limited to charges, none qualifying electronically captured transactions or adjustments payable by the Merchant and the amount of any chargeback to, or credit voucher issued by the Merchant shall constitute a debt payable on demand to the Bank for which the Bank may debit the Merchant's account, without prior notice. (...)"

2.5. Ingevolge voornoemde bepalingen stelt MCB uitvoering te hebben gegeven aan een aantal chargebacks van klanten van Sunset Waters die voor hun hotelovernachtingen geheel of gedeeltelijk vooruit hadden betaald voor de faillissementsdatum, maar door het sluiten van het hotel na de faillissementsdatum de hotelovernachtingen niet hebben genoten. Tot welk bedrag de chargebacks zijn uitgevoerd is in de procedure niet duidelijk geworden. MCB heeft in een brief van 30 juli 2009 aan de curator laten weten dat tot dan toe NAF 11.045,58 aan chargebacks was verrekend c.q. op de rekening van Sunset Waters was gedebiteerd.

3. Het geschil
3.1. De curator vordert betaling van een bedrag van NAF 35,980,51, te vermeerderen met de wettelijke rente, buitengerechtelijke kosten en veroordeling van MCB in de kosten van de procedure. Hij maakt bezwaar tegen de rolbeschikking waarbij zijn verzoek om behandeling van de zaak als een spoedeisende bodemzaak is afgewezen.
3.2. De gevorderde hoofdsom heeft betrekking op de onder 2.5. vermelde chargebacks die MCB na de datum van het faillissement heeft uitgevoerd, althans het saldo dat MCB ten onrechte volgens de curator niet aan de boedel ter beschikking heeft gesteld. De curator stelt dat MCB de chargebacks niet had mogen doen. MCB was niet gerechtigd tot verrekening van de chargebacks met het saldo van Sunset Waters op de bij MCB aangehouden rekening.
3.3. MCB voert verweer. Zij stelt dat zij de rekening ook na het faillissement mocht debiteren ingevolge de verrekeningsbepaling van artikel 49 van het Faillissementsbesluit (gelijk aan artikel 53 van de Nederlandse Faillissementswet), bovendien het saldo op de rekening haar toekomt, althans zij zich daarop als separatist – fiduciair eigenaar – kan verhalen. Ter zake verwijst zij naar haar algemene voorwaarden en naar artikel 2.4. van de Merchant agreement.
3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover nodig, (nader) ingegaan.

4. De beoordeling
4.1. De curator maakt bezwaar tegen de rolbeschikking waarbij zijn verzoek om behandeling als spoedeisende bodemzaak is afgewezen. Daartoe stelt hij dat hij niet heeft kunnen reageren op het daaraan voorafgaande bezwaar van MCB tegen de behandeling als spoedeisende bodemzaak, waardoor het recht op hoor en wederhoor zou zijn geschonden.
4.2. Met het hier geponeerde miskent de curator echter dat het verzoek om een spoedeisende bodemzaak geen incident is en derhalve niet leidt tot een vonnis. Het is slechts een verzoek waarop een rolbeschikking volgt. Ingevolg artikel 43 van het Procesreglement volgt doorgaans afwijzing indien de vordering onvoldoende is gesubstantieerd en daarbij niet wordt ingegaan op voorzienbare verweren van de andere partij. Onverschillig het antwoord van de andere partij op het verzoek, zal het gerecht het verzoek aan de hand van het voorgaande dienen te beoordelen en is een reactie op dit antwoord van de verzoekende partij dan ook niet nodig. Het procesrechtelijke beginsel van hoor en wederhoor is dan ook niet geschonden, in zoverre het al van toepassing is op een verzoek als hier bedoeld. Overigens volgt uit dit beginsel niet, zoals de curator kennelijk veronderstelt, dat een partij in elke situatie gelegenheid moet worden geboden op een antwoord van de andere partij te reageren.
4.3. De beoordeling is verder als volgt. Gelet op de stellingen van partijen over en weer staat ter beantwoording de vraag of MCB de creditcardbetalingen van klanten van Sunset Waters die zij voorafgaand aan het faillissement op de rekening van Sunset Waters heeft bijgeschreven, door een chargeback van deze klanten na faillissementsdatum van dezelfde rekening heeft mogen afschrijven. MCB stelt dat zij daartoe gerechtigd was op grond van een aan haar in de algemene voorwaarden en de Merchant Agreement gegeven verrekeningsbevoegdheid. Bovendien stelt zij dat zij ingevolge dezelfde algemene voorwaarden van het saldo (fiduciair) eigenaar is geworden en mitsdien zij zich daarop kan verhalen.
4.4. De curator heeft de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden bestreden, daarbij stellende dat deze nooit zijn overeengekomen. De curator dient hierin, naar het oordeel van het gerecht, gevolgd te worden. Ook na dit door de curator gevoerde verweer, heeft MCB niet duidelijk gemaakt in welke zin de algemene voorwaarden met Sunset Waters zijn overeengekomen. De Merchant Agreement verwijst weliswaar naar algemene voorwaarden, maar gelet op de overgelegde producties zijn er kennelijk meerdere versies van de algemene voorwaarden in omloop, en is in de Merchant Agreement niet vermeld om welke versie het zou moeten gaan. Hiermee vervalt de door MCB aangevoerde grondslag voor de fiduciaire eigendom.
4.5. Resteert de vraag of MCB zich op verrekening kan beroepen, althans zij de rekening van Sunset Waters na de faillissementsdatum voor het bedrag van bij haar ingediende chargebacks heeft mogen debiteren. Bij die beoordeling dient de uitspraak LJN: AR1943, Hoge Raad 03-12-2004 («JOR» 2005/51, m.nt. NEDF (*Mendel q.q./ABN Amro Bank*); *red.*) te worden betrokken waarin, ontleend aan de samenvatting door de NJ-redactie (NJ 2005, 200), het volgende is overwogen:
"Indien ingevolge het tussen een crediteur en zijn bank gesloten incassocontract creditering van

overboekingen op de bankrekening van de crediteur geschiedt onder de ontbindende voorwaarde dat de debiteur of diens bank binnen de gestelde termijn gebruik maakt van zijn bevoegdheid de incasso te laten terugboeken, brengt dat met zich dat de creditering binnen het systeem van de automatische incasso vooralsnog slechts de betekenis heeft van een betaling onder een opschortende voorwaarde dat de termijn is verlopen zonder dat van de bevoegdheid tot terugboeking gebruik is gemaakt. Vervulling van de voorwaarde betekent dat definitief komt vast te staan dat geen betaling plaatsvindt, en leidt dan ook niet tot een verbintenis van de incasserende bank of de crediteur een verbintenis ongedaan te maken door een bepaald bedrag terug te betalen. Voor zover i.v.m. de vervulling van de ontbindende voorwaarde sprake is van een verplichting tot ongedaanmaking, bestaat zij hierin dat de creditering van de rekening van de crediteur ongedaan ongedaan wordt gemaakt door terugboeking, d.w.z. door boekhoudkundige debitering daarvan; deze debitering is vergelijkbaar met de storno in geval van onjuiste een onjuiste boeking en met de ongedaanmaking van een boeking in geval van een girale betaling zonder geldige opdracht. Een en ander geldt evenzeer ingeval van faillissement van de crediteur. Doordat gebruikmaking van de bevoegdheid de incasso te laten terugboeken betekent dat ondanks de creditering van de rekening de crediteur niet is betaald, is er geen vordering van de crediteur op de bank ter grootte van het gecrediteerde bedrag ontstaan, en doordat dientengevolge geen sprake is van terugbetaling, ontstaat ook geen vordering van de bank op de crediteur ter grootte van het gedebiteerde bedrag. De in art. 53 Fw bedoelde situatie doet zich derhalve niet voor."

4.6. De situatie zoals hiervoor omschreven is vergelijkbaar met die in de onderhavige zaak. Ingevolge artikel 5 en 6 van de Merchant Agreement is MCB bevoegd een in het kader van een creditcard gedane creditering op de rekening van Sunset Waters, met een debitering ongedaan te maken indien de kaarthouder (*Cardholder*) ingevolge artikel 5 sub (c) stelt de gekochte diensten (in casu hotelovernachtingen) niet naar tevredenheid te hebben gekregen en een chargeback vordert. Ook hier is sprake van een creditering onder een opschortende voorwaarde, of ontbindende voorwaarde. Daaraan doet niet af dat in artikel 6 van de Merchant Agreement wordt verwezen naar een *debt payable* omdat daaronder ook een ongedaanmaking na ontbinding zoals in de door de Hoge Raad beschreven situatie kan worden begrepen. Evenmin doet daaraan af dat, anders dan in de door de Hoge Raad beschreven situatie, in casu geen termijn van toepassing is waarbinnen de chargeback moet worden uitgeoefend, althans is van een dergelijke termijn niet gebleken. Een ontbindende of opschortende voorwaarde kan immers ook zonder een termijn bestaan, waarvoor verwezen wordt naar artikel 6:21 en 6:23 BW.

4.7. In zoverre, anders dan hiervoor is overwogen, moet worden geoordeeld dat de creditering wél als een definitieve betaling moet worden aangemerkt, is de chargeback c.q. debitering aan te merken als een verrekening, en moet aan de hand van artikel 49 Fb worden beoordeeld of daartoe een bevoegdheid bestaat. Ingevolge artikel 49 Fb mag verrekening alleen plaatsvinden indien beide vorderingen voorafgaand aan het faillissement zijn ontstaan of voortvloeien uit handelingen vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht. In het laatste geval kan alleen (lees: niet; *red.*) worden verrekend indien de rechtstreekse oorzaak van het ontstaan van de schuld ligt in een na faillietverklaring verrichte rechtshandeling van een derde welke zelf geen verband houdt met de voor de faillietverklaring gesloten overeenkomst waarop de vordering is gegrond (zie hiervoor onder meer HR 10 januari 1975, NJ 1976, 249).

4.8. Van de eerste onder 4.7. vermelde situatie is geen sprake, immers is de creditering van voor het faillissement en is de debitering van daarna. Van de tweede situatie is wél sprake, namelijk houdt de debitering verband met een creditering op grond van de vóór faillissementsdatum tussen partijen gesloten Merchant Agreement. Weliswaar ligt de oorzaak van het ontstaan van de schuld in de chargeback die door de kaarthouder is uitgeoefend maar houdt deze verband met deze voor de faillietverklaring gesloten overeenkomst waardoor zich de hiervoor omschreven uitzonderingssituatie niet voordoet.

4.9. De slotsom van het voorgaande is dat MCB hoe dan ook gerechtigd was tot de debitering van de rekening van Sunset Waters. Is het niet als ongedaanmaking van een eerdere betaling onder een ontbindende of opschortende voorwaarde als onder 4.6. is overwogen, dan is het door een verrekening als onder 4.8. en 4.9. besproken.

4.10. Zoals onder 2.5. vermeld, is in de procedure het bedrag waarvoor er chargebacks zijn gedaan

niet duidelijk geworden. Daarvan zal MCB een gespecificeerde opgave moeten doen, waarna de curator daarop kan reageren. De zaak zal daartoe naar de rol worden verwezen voor het nemen van een akte.
4.11. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

5. De beslissing
Het Gerecht:
5.1. verwijst de zaak naar de rol van maandag 6 december 2010 voor het nemen van een akte zijdens MCB voor het onder 4.10 vermelde doel,
5.2. houdt iedere verdere beslissing aan.

278

JOR 2011/278

Hoge Raad
10 juni 2011, 10/02282,
ECLI:NL:PHR:2011:BQ2178
(mr. Beukenhorst, mr. Van Buchem-Spapens, mr. Hammerstein, mr. Van Oven, mr. Asser)
(Concl. A-G Wuisman, niet opgenomen; red.)

Antillenzaak. Faillissementspauliana. Wetenschap van benadeling ex art. 38 Fb (oud).

[Fb (oud) art. 38]

De rechtsklacht houdt in dat het hof van een onjuiste rechtsopvatting heeft blijk gegeven nu het ter beantwoording van de vraag of er wetenschap van benadeling was, onderzocht heeft of failliet en verweerster in cassatie wisten of hadden moeten begrijpen dat ten gevolge van de cessie een reëel gevaar voor insolventie zou ontstaan. Het hof heeft, in cassatie terecht onbestreden, geoordeeld dat de vraag of paulianeus is gehandeld in deze zaak dient te worden beoordeeld aan de hand van art. 38 (oud) Faillissementsbesluit, dat (onder meer) verlangt dat de curator bewijst "dat bij het verrichten van de handeling zoowel de schuldenaar als degene met wien of te wiens behoeve hij handelde, de wetenschap bezat, dat daarvan benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn". Die in art. 38 bedoelde wetenschap moet, zoals in de schriftelijke toelichtingen van de advocaten van beide partijen is betoogd, worden aangenomen indien ten tijde van de handeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor zowel de schuldenaar als degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte. Het hof heeft evenwel, al bediende het zich van een enigszins andere formulering, geen hiermee onverenigbare invulling gegeven aan het in art. 38 Faillissementsbesluit bedoelde begrip "wetenschap van benadeling", zodat de klacht faalt.

Mr. Th. Aardenburg te Curaçao, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van United Fabrics NV,
eiser tot cassatie,
advocaat: mr. D. Rijpma,
tegen
Artocarpus NV te Curaçao,
verweerster in cassatie,
advocaat: mr. P.J.M. Schmidt auf Altenstadt.

(...; *red.*)

3. Beoordeling van het middel
3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan:
i. United Fabrics N.V. (hierna: UF) heeft in 1998 een belang van 82,6% genomen in de aandelen van de beursgenoteerde vennootschap Koninklijke Textielgroep Twente N.V. (hierna: KTGT). De door UF verworven aandelen zijn in pand gegeven aan Banque Artesia Nederland N.V. (hierna: Artesia) tot zekerheid voor de lening, die de bank aan UF heeft verstrekt voor de aankoop van de aandelen.
ii. De activiteiten van UF hebben uit niet meer bestaan dan het beheren van genoemd aandelenbelang. In mei 1998 heeft UF met Koninklijke Ten Cate N.V. (hierna: Ten Cate) twee overeenkomsten gesloten, één "management alliantie" genaamd en één "commerciële alliantie" geheten.
iii. Begin 2000 heeft ABN AMRO aan de met liquiditeitsproblemen kampende KTGT een kredietfaciliteit verstrekt van *f* 2 miljoen met als afloopdatum eind 2000.
ABN AMRO heeft de kredietfaciliteit verstrekt tegen afgifte aan haar van een contragarantie door Artesia.
Deze contragarantie was afgedekt door een contragarantie van P.P.J. Smeets (hierna: Smeets), participant in UF, die op zijn beurt een contraga-

rantie had verkregen van verweerster in cassatie (hierna: Artocarpus).
In juli 2000 is het van ABN AMRO geleende geld aan deze bank terugbetaald en zijn de garanties vervallen.
iv. Artocarpus stelt zich op het standpunt dat UF aan haar, als tegenprestatie voor het stellen van de contragarantie aan Smeets, op 5 maart 2000 alle rechten heeft gecedeerd die UF toekomen uit de hiervoor onder (ii) genoemde alliantieovereenkomsten met Ten Cate.
Op 29 mei 2002 is aan Ten Cate kennis gegeven van die cessie.
v. UF heeft Ten Cate in rechte aangesproken tot vergoeding van de schade die zij heeft geleden als gevolg van het tekortschieten in de nakoming van de hiervoor in (ii) genoemde alliantieovereenkomsten. Het gerechtshof te Arnhem heeft bij arrest van 10 februari 2004 de op de commerciële alliantie stoelende vordering afgewezen en de op de management alliantie stoelende vordering toegewezen en Ten Cate veroordeeld om aan UF de bij staat op te maken en volgens de wet te vereffenen schade te vergoeden. Het tegen de beslissingen van het hof ingestelde principale en incidentele cassatieberoep is door de Hoge Raad bij arrest van 7 april 2006, LJN AV0624, verworpen.
vi. KTGT is op 22 maart 2002 failliet verklaard en UF op 16 oktober 2002.
3.2. Voor zover in cassatie van belang gaat de onderhavige zaak over het volgende. De toenmalige curator van UF (hierna eveneens als de curator aan te duiden) heeft zich op het standpunt gesteld, kort gezegd, dat de cessie van 5 maart 2000 onverplicht is geschied, dat de schuldeisers van UF daardoor zijn benadeeld, dat UV en Artocarpus zich daarvan bij het aangaan van de cessieovereenkomst bewust waren, en vordert in deze procedure een verklaring voor recht dat de cessie paulianeus is. Voorts vordert de curator voor recht te verklaren dat de cessie rechtsgeldig door hem is vernietigd, dat de vordering op Ten Cate bijgevolg deel is gaan uitmaken van de faillissementsboedel van UF, en veroordeling van Artocarpus om al hetgeen zij van of namens Ten Cate betaald heeft gekregen of betaald zal krijgen uit hoofde van het arrest van het gerechtshof te Arnhem van 10 februari 2004 aan de curator (terug) te betalen.
3.3. Het gerecht in eerste aanleg heeft bij eindvonnis van 20 juni 2005 geoordeeld dat de vraag of de schuldeisers daadwerkelijk in hun verhaalsmogelijkheden zijn beperkt niet bevestigend kan worden beantwoord en op die grond de vordering van de curator afgewezen.
3.4. Het hof heeft geoordeeld dat de cessie onverplicht is geschied en dat de schuldeisers van UF door de cessie zijn benadeeld, maar dat de curator niet geslaagd is in het door hem te leveren bewijs van wetenschap van benadeling bij UF en Artocarpus, en op die grond het vonnis van het gerecht bevestigd.
3.5. Het cassatiemiddel bestrijdt het oordeel van het hof dat de curator niet geslaagd is in het bewijs van wetenschap van benadeling met een rechtsklacht en met motiveringsklachten.
3.6. De rechtsklacht (klacht 1) houdt in dat het hof in rov. 4.10.4 en in het dictum van zijn tussenvonnis van 10 oktober 2006 en in rov. 11 en 21-23 van zijn eindvonnis van 2 maart 2010 van een onjuiste rechtsopvatting heeft blijk gegeven nu het ter beantwoording van de vraag of er wetenschap van benadeling was, onderzocht heeft of UF en Artocarpus wisten of hadden moeten begrijpen dat ten gevolge van de cessie een reëel gevaar voor insolventie zou ontstaan.
Het hof heeft, in cassatie terecht onbestreden, geoordeeld dat de vraag of paulianeus is gehandeld in deze zaak dient te worden beoordeeld aan de hand van art. 38 (oud) Faillissementsbesluit, dat (onder meer) verlangt dat de curator bewijst "dat bij het verrichten van de handeling zoowel de schuldenaar als degene met wien of te wiens behoeve hij handelde, de wetenschap bezat, dat daarvan benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn". Die in art. 38 bedoelde wetenschap moet, zoals in de schriftelijke toelichtingen van de advocaten van beide partijen is betoogd, worden aangenomen indien ten tijde van de handeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor zowel de schuldenaar als degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte. Het hof heeft evenwel, al bediende het zich van een enigszins andere formulering, geen hiermee onverenigbare invulling gegeven aan het in art. 38 Faillissementsbesluit bedoelde begrip wetenschap van benadeling, zodat de klacht faalt.
3.7. De motiveringsklachten (klachten 2.2-2.4) richten zich tegen het oordeel dat de curator niet is geslaagd in het bewijs van de wetenschap van benadeling. De klachten gaan uit van motiveringseisen die niet kunnen worden gesteld aan oordelen die – zoals de onderhavige – berusten op

de uitleg en waardering van gegevens van feitelijke aard. Zij vragen in de vorm van motiveringsklachten in wezen een hernieuwde beoordeling van de stellingen van de curator en van het bewijsmateriaal, welke beoordeling de taak van de cassatierechter te buiten gaat. De klachten kunnen derhalve niet tot cassatie leiden.

4. Beslissing
De Hoge Raad:
verwerpt het beroep;
veroordeelt de curator in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

306

JOR 2011/306

Gemeenschappelijk Hof van Justitie
29 maart 2011, HAR-56/10,
ECLI:NL:OGHACMB:2011:BQ6339
(mr. De Boer, mr. Van der Bunt,
mr. Van Kooten)

Antillenzaak. Geen hoger beroep tegen beschikking vaststelling salaris curator. Doorbreking appelverbod. Overschrijding appeltermijn. Verwijzing naar HR 21 januari 2011, LJN BO7868.

[Faillissementsbesluit art. 63; Faillissementsbesluit art. 67]

Aangezien tot de beschikkingen van de rechter-commissaris waartegen art. 63 lid 1 Fb hoger beroep op het Hof openstelt, niet behoort de vaststelling van het salaris van de curator, is hoger beroep van de beschikkingen van 26 april, 2 juni en 3 juni 2010 op grond van het derde lid van die bepaling uitgesloten. De curatoren stellen zich evenwel op het standpunt dat in het onderhavige geval gronden zijn om het appelverbod van art. 63 lid 3 Fb te doorbreken nu bij de totstandkoming van de salarisbeschikkingen fundamentele beginselen van behoorlijke rechtspleging zijn geschonden, met als gevolg dat niet kan worden gesproken van een eerlijke en onpartijdige behandeling. Ervan uitgaande dat de curatoren een geslaagd beroep op een doorbrekingsgrond toekomt, is het hoger beroep niet binnen de daarvoor geldende termijn ingesteld. Voor die termijn wordt aansluiting gezocht bij de vijfdaagse appeltermijn van art. 63 lid 1 Fb. Salarisbeschikkingen als de onderhavige houden immers in zoverre verband met de in die bepaling (wel) genoemde beschikkingen dat zij worden gegeven in het kader van (het toezicht op) het beheer en de vereffening van de failliete boedel en dat met het oog op een voortvarende afwikkeling van de boedel een korte appeltermijn geboden is. Nu het hoger beroep op 7 juni 2010 is ingesteld en dus na het verstrijken van de termijn van vijf dagen, dienen de curatoren niet-ontvankelijk te worden verklaard in het hoger beroep voor zover dat ziet op, kort gezegd, het afwijzende deel van de salarisbeschikking van 26 april 2010. Het betoog dat, voor zover de rechter-commissaris bij haar beschikking van 26 april 2010 ten aanzien van overige werkzaamheden aan de curatoren tot en met 10 mei 2010 de gelegenheid heeft geboden hun verzoeken nader toe te lichten, dat geen redelijke gelegenheid was omdat de toe te lichten uren door middel van het gehele faillissementsdossier dienden te worden toegelicht en de geboden termijn in de gegeven omstandigheden onredelijk kort was, kan niet tot doorbreking van het appelverbod leiden. Dat van een redelijke gelegenheid tot toelichting geen sprake was en aldus het beginsel van hoor en wederhoor is geschonden, is niet komen vast te staan. Dit volgt reeds uit de omstandigheid dat niet is gesteld of gebleken dat de curatoren – beiden ervaren faillissementscuratoren, verbonden aan kantoren met meerdere medewerkers, en die eerder de discussie met de rechter-commissaris niet uit de weg zijn gegaan (zie in dit verband de procedure die heeft geleid tot HR 21 januari 2011, LJN BO7868) – de rechter-commissaris hebben verzocht om uitstel of verlenging van de door haar gestelde termijn dan wel om een andere wijze van toelichten, of dat van hen redelijkerwijs niet kon worden gevergd een dergelijk verzoek te doen. Dat in het systeem van het Fb de rechter-commissaris het salaris van de curator vaststelt en de salarisbeschikking geeft, brengt als zodanig niet mee dat die regeling niet voldoet aan de eis van een behandeling door een (onafhankelijk en) onpartijdig gerecht in de zin van art. 6 EVRM.

1. R. de Paus te Curaçao,
2. G.L. van Giffen te Curaçao,
voormalig curatoren in het faillissement van M.I.D. Capital Corporation NV,
appellanten,
gemachtigden: mr. C.H.M. Fiévez en mr. K. Frielink.

1. Het verloop van de procedure
1.1. Bij afzonderlijke beschikkingen van 26 april 2010 heeft de rechter-commissaris in het faillissement van MIDCC, mr. A.M.P. Geelhoed, de salarissen vastgesteld van De Paus en Van Giffen, toen de curatoren in dat faillissement.
1.2. In afzonderlijke brieven van 27 april 2010 aan De Paus en Van Giffen heeft de rechter-commissaris de beschikkingen toegelicht. Beiden heeft zij bericht dat vergoeding voor een deel van de werkzaamheden werd afgewezen, omdat het werkzaamheden betrof die het gevolg waren van niet-voldoening aan de verslagleggingsverplichting.
1.3. In haar brief aan Van Giffen heeft zij voorts geschreven dat voor de resterende werkzaamheden een vergoeding van 25% werd toegekend aangezien sprake was van excessief declareren. Voor het geval Van Giffen van mening zou zijn dat die correctie ten onrechte was toegepast, heeft de rechter-commissaris, kort weergegeven, hem in de gelegenheid gesteld zulks uiterlijk 10 mei 2010 aan haar kenbaar te maken door middel van een onderbouwde toelichting.
In haar brief aan De Paus heeft de rechter-commissaris verder geschreven, zakelijk weergegeven, dat een aantal andere werkzaamheden buiten beschouwing werden gelaten omdat die bij gebreke van voldoende specificatie en verslaglegging niet konden worden getoetst, doch dat een toetsing nog zou kunnen plaatsvinden indien De Paus uiterlijk 3 mei 2010 het vijfde verslag zou indienen dan wel uiterlijk 10 mei 2010 een onderbouwde toelichting zou geven.
1.4. Bij afzonderlijke brieven van 2 juni 2010 aan De Paus en Van Giffen heeft de rechter-commissaris, voor zover van belang, een vergoeding – in het geval van Van Giffen: voor meer dan 25% – voor de onder 1.3 bedoelde werkzaamheden definitief afgewezen. Bij beschikking van 3 juni 2010 heeft de rechter-commissaris het aanvullend salaris van De Paus vastgesteld (en aldus de verzochte vergoeding ten dele toegewezen).
1.5. Bij op 7 juni 2010 ingekomen "akte van hoger beroep", met bijlagen, zijn De Paus en Van Giffen in hoger beroep gekomen van de beschikkingen van 26 april 2010, 2 juni 2010 en 3 juni 2010 van de rechter-commissaris (hierna ook: de salarisbeschikkingen).
1.6. Het hoger beroep is behandeld ter terechtzittingen van het Hof op 8 en 17 december 2010. Van Giffen was aanwezig op de zitting van 8 december 2010, bijgestaan door zijn gemachtigde mr. Fiévez. Op de zitting van 17 december 2010 zijn zowel Van Giffen als De Paus verschenen, evenals hun gemachtigden. Op beide zittingen was tevens aanwezig mr. P.E.A.L.M. van de Laarschot, in zijn hoedanigheid van (huidig) curator in het faillissement van MIDCC. De Paus en Van Giffen hebben hun standpunten nader toegelicht. Mr. Fiévez heeft in dat verband op beide zittingen pleitnotities, met bijlagen, overgelegd. Voorafgaande aan de zittingen, bij e-mailberichten van 3 en 13 december 2010, heeft zij het Hof, alsmede de (huidige) rechter-commissaris faillissementen, mr. P.E. de Kort, een aantal producties doen toekomen. Op de zitting van 17 december 2010 heeft ook mr. Van de Laarschot het woord gevoerd. Hij heeft voorafgaande aan die zitting, bij brief van 14 december 2010, een aantal producties gestuurd aan het Hof en, blijkens bedoelde brief, copie conform gemaild naar mrs. Fiévez en Frielink.
1.7. Beschikking is bepaald op heden.

2. De ontvankelijkheid en de beoordeling
2.1. Bij de beantwoording van de vraag naar de ontvankelijkheid van De Paus en Van Giffen in hun hoger beroep en, ingeval van ontvankelijkheid, de beoordeling van het hoger beroep stelt het Hof het volgende voorop.
2.2. De artikelen 63 en 67 van het in deze zaak toepasselijke Faillissementsbesluit 1931 (P.B. 1932, no. 58, nadien gewijzigd; hierna: Fb) luiden, voor zover van belang, als volgt:
"Artikel 63
1. Van de beschikkingen van den rechter-commissaris vermeld in de artikelen 55a derde lid, 59a, 64 tweede lid, 69 eerste lid, 82 en 93 is gedurende vijf dagen hoger beroep open op het Hof van Justitie.
2. (...)
3. Tegen de overige beschikkingen van den rechter-commissaris is hoger beroep niet toegelaten.

Artikel 67
1. Onverminderd het bepaalde in het derde lid van artikel 12, stelt de rechter-commissaris het salaris van den curator in elk faillissement vast.
2. (...)"
Aangezien tot de beschikkingen van de rechter-commissaris waartegen artikel 63 lid 1 Fb hoger beroep op het Hof openstelt, niet behoort de vaststelling van het salaris van de curator, is hoger beroep van de beschikkingen van 26 april, 2 juni en 3 juni 2010 op grond van het derde lid van die bepaling uitgesloten.
2.3. De Paus en Van Giffen onderkennen dit. Zij stellen zich evenwel op het standpunt dat in het onderhavige geval gronden zijn om het appelverbod van artikel 63 lid 3 Fb te doorbreken nu bij de totstandkoming van de salarisbeschikkingen fundamentele beginselen van behoorlijke rechtspleging zijn geschonden, met als gevolg dat niet kan worden gesproken van een eerlijke en onpartijdige behandeling. Kort weergegeven, voeren zij daartoe aan:
i. dat voor zover bij de beschikking van 26 april 2010 vergoeding van werkzaamheden is afgewezen in verband met niet-voldoening aan de verslagleggingsverplichting, de rechter-commissaris ten onrechte niet het beginsel van hoor en wederhoor in acht heeft genomen (akte van hoger beroep, onder 10; pleitnotities d.d. 17 december 2010, onder 24 sub c, 32-33);
ii. dat voor zover de rechter-commissaris bij haar beschikking van 26 april 2010 ten aanzien van overige werkzaamheden aan De Paus en Van Giffen tot en met 10 mei 2010 de gelegenheid heeft geboden hun verzoeken nader toe te lichten, dat geen redelijke gelegenheid was omdat de toe te lichten uren door middel van het gehele faillissementsdossier dienden te worden toegelicht en de geboden termijn in de gegeven omstandigheden onredelijk kort was. Ook in zoverre is sprake van een schending van het beginsel van hoor en wederhoor (pleitnotities d.d. 17 december 2010, onder 24 sub d, 32-33);
iii. dat een rechter-commissaris die het salaris vaststelt en een salarisbeschikking afgeeft, objectief niet kan worden aangemerkt als een onpartijdige rechter en daarom niet als een "impartial tribunal" in de zin van artikel 6 EVRM (pleitnotities d.d. 17 december 2010, onder 28-31).
2.4. Naar het oordeel van het Hof kan hun in rechtsoverweging 2.3 en onder i) weergegeven betoog De Paus en Van Giffen niet baten omdat, ervan uitgaande dat hun een geslaagd beroep op een doorbrekingsgrond toekomt, het hoger beroep niet binnen de daarvoor geldende termijn is ingesteld. Voor die termijn zoekt het Hof aansluiting bij de vijfdaagse appeltermijn van artikel 63 lid 1 Fb. Salarisbeschikkingen als de onderhavige houden immers in zoverre verband met de in die bepaling (wel) genoemde beschikkingen dat zij worden gegeven in het kader van (het toezicht op) het beheer en de vereffening van de failliete boedel en dat met het oog op een voortvarende afwikkeling van de boedel een korte appeltermijn geboden is. In zoverre vloeit uit het Fb voort dat titel 10 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv), en daarmee de zesweekse appeltermijn van artikel 429n Rv, hier niet van toepassing is (artikel 429a Rv). Hieraan kan niet afdoen, zoals De Paus en Van Giffen stellen (pleitnotities d.d. 8 december 2010, onder 4, 5-7, 15-17), dat de rechter-commissaris niet binnen korte termijn op hun salarisverzoeken heeft beschikt en dat het Hof eerst nadat een aantal maanden na het indienen van het hoger beroep was verstreken de zaak heeft geappointeerd.
2.5. Nu het hoger beroep op 7 juni 2010 is ingesteld en dus na het verstrijken van de termijn van vijf dagen, brengt het voorgaande mee dat De Paus en Van Giffen niet-ontvankelijk dienen te worden verklaard in het hoger beroep voor zover dat ziet op, kort gezegd, het afwijzende deel van de salarisbeschikking van 26 april 2010.
2.6. Het in rechtsoverweging 2.3 en onder ii) samengevatte betoog kan naar het oordeel van het Hof niet tot doorbreking van het appelverbod leiden. Dat van een redelijke gelegenheid tot toelichting geen sprake was en aldus het beginsel van hoor en wederhoor is geschonden, is niet komen vast te staan. Dit volgt reeds uit de omstandigheid dat niet is gesteld of gebleken dat De Paus of Van Giffen – beiden ervaren faillissementscuratoren, verbonden aan kantoren met meerdere medewerkers, en die eerder de discussie met de rechter-commissaris niet uit de weg zijn gegaan (zie in dit verband de procedure die heeft geleid tot HR 21 januari 2011, LJN BO7868) – de rechter-commissaris hebben verzocht om uitstel of verlenging van de door haar gestelde termijn dan wel om een andere wijze van toelichten, of dat van hen redelijkerwijs niet kon worden gevergd een dergelijk verzoek te doen. Evenmin gesteld of gebleken is dat De Paus of Van Giffen de rechter-commissaris hebben verzocht om uitleg bij haar aantekeningen

in de facuurspecificaties omdat die voor hen onvoldoende duidelijk waren. Integendeel heeft De Paus bij brief van 6 mei 2010 zijn nadere toelichting zonder voorbehoud ingediend (productie 4A bij akte van hoger beroep), en heeft Van Giffen bij brief van 10 mei 2010 de rechter-commissaris laten weten niet bereid te zijn om aan haar verzoek te voldoen omdat hij dat verzoek onzuiver vond en omdat vanwege het tijdsverloop de kans groot was dat hij niet alles goed zou kunnen weergeven (productie 4B bij akte van hoger beroep). Hierop stuit al hetgeen De Paus en Van Giffen in dit verband hebben aangevoerd af.
2.7. De in rechtsoverweging 2.3 en onder iii) weergegeven stelling levert naar het oordeel van het Hof evenmin een grond voor doorbreking van het appelverbod op. Dat in het systeem van het Fb de rechter-commissaris het salaris van de curator vaststelt en de salarisbeschikking geeft, brengt als zodanig niet mee dat die regeling niet voldoet aan de eis van een behandeling door een (onafhankelijk en) onpartijdig gerecht in de zin van artikel 6 EVRM.
2.8. Het voorgaande leidt ertoe dat De Paus en Van Giffen niet-ontvankelijk zullen worden verklaard in hun hoger beroep voor zover dat ziet op het afwijzende deel van de beschikking van 26 april 2010 en dat hun hoger beroep voor het overige zal worden verworpen.

Beslissing
Het Hof:
verklaart De Paus en Van Giffen niet-ontvankelijk in hun hoger beroep voor zover dat betrekking heeft op het afwijzende deel van de beschikking van 26 april 2010;
verwerpt het hoger beroep voor het overige.

284

JOR 2014/284

Gerecht in Eerste Aanleg van Sint Maarten
12 augustus 2014, A.R. 2013/42
(mr. Luijks)
Noot A. Steneker

Hypotheekrecht. Executieveiling waarbij executerende hypotheekhouder tevens koper is. Voldoening koopprijs ex art. 3:270 BW vereist storting onder notaris. Storting heeft niet plaatsgevonden. Geen voldoening mogelijk door verrekening koopsom met vordering op schuldenaar. Notaris heeft niettemin verklaring afgegeven dat koopsom is betaald. Zuivering blijft uit. Gevolgen schending veilingvoorwaarden.

[BW art. 3:270, 3:273]

Art. 3:270 lid 1 BW bepaalt dat de koper gehouden is de koopprijs te voldoen in handen van de notaris, te wiens overstaan de openbare verkoop heeft plaatsgevonden of door wie de akte van overdracht ingevolge de onderhandse verkoop is verleden. Hoewel de executerende hypotheekhouder verkoper van het registergoed is, dient de koopsom evenwel aan de notaris te worden betaald. De executerende hypotheekhouder die tevens als koper op de veiling optreedt, zal zijn verbintenis om de koopsom te voldoen niet kunnen verrekenen met zijn vordering op de schuldenaar. De notaris ontvangt de koopsom voor de gezamenlijk belanghebbenden. De bepaling van art. 3:270 lid 1 BW is van dwingend recht. Belanghebbenden kunnen geen hiervan afwijkende afspraken maken zoals gedaagden kennelijk wel hebben beoogd. De toepasselijke veilingvoorwaarden kunnen van deze bepaling niet afwijken (art. 3:270 lid 7 BW). Evenwel sluiten de toepasselijke veilingvoorwaarden verrekening uitdrukkelijk uit (art. 11 veilingvoorwaarden). De koopsom moet bij de notaris worden gedeponeerd. Hiermee wordt "storting" op een (door de notaris aangewezen) bankrekening bedoeld. Hiermee wordt in elk geval niet verrekening bedoeld of "betaling aan zichzelf". De koopsom had gestort behoren te wor-

den bij de notaris op een bij de toepasselijke veilingvoorwaarden vastgestelde wijze. Deze storting heeft niet plaatsgevonden. Immers, de betaling heeft door middel van verrekening plaatsgehad. De koopsom is niet op een door de notaris aangewezen bankrekening gestort. Hiermee is in strijd met de wet en de toepasselijke veilingvoorwaarden gehandeld (art. 3:270 lid 1 BW een art. 11 van de toepasselijke veilingvoorwaarden). Gedaagden zijn aan deze veilingvoorwaarden gebonden. De notaris als ambtenaar en behartiger van de belangen van alle betrokkenen diende erop toe te zien dat de geldende en toepasselijke bepalingen in acht zouden worden genomen. De vaststelling dat de koopsom niet is betaald, heeft allereerst tot gevolg dat geen zuivering op grond van art. 3:273 lid 1 BW kan hebben plaatsgevonden. De vaststelling dat de koopsom niet is betaald heeft verder tot gevolg dat de notaris nimmer een "certificate of payment" als bedoeld in art. 11 van de veilingvoorwaarden kon en mocht afgeven. De notaris heeft evenwel een verklaring afgegeven dat de koopsom is betaald en dat aan de verplichtingen van de veilingvoorwaarden is voldaan, in welk verband gewezen wordt op de door de notaris opgemaakte akte van 26 januari 2011. Deze verklaring wekt de indruk dat de koopsom op de voorgeschreven wijze is betaald, hetgeen nu juist niet het geval is geweest. De koopsom is niet op de bij de wet en de veilingvoorwaarden voorgeschreven wijze betaald. Hierdoor is de koopsom van het registergoed onbetaald gebleven. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat géén "certificate of payment" in de betekenis van art. 11 van de veilingvoorwaarden door de notaris is afgegeven. Op grond van art. 17 van de veilingvoorwaarden kan levering van het registergoed niet plaatsvinden zonder het "certificate of payment". Het lijdt geen twijfel dat gedaagden op 26 januari 2011 door de inschrijving van onder andere de "Act of Command", mede houdende de verklaring van betaling van 26 januari 2011 van de notaris, maar zonder betaling van de koopsom, de levering van het registergoed hebben beoogd. De vraag is of die levering rechtsgeldig is geweest. Het beding van art. 17 van de toepasselijke veilingvoorwaarden is naar zijn aard bestemd om de rechtspositie te beïnvloeden van derden die de bedoeling van de notaris en de executerende hypotheekhouder en de koper niet kennen en dat ertoe strekt hun rechtspositie op uniforme wijze te regelen. Een dergelijk beding dient naar objectieve maatstaven te worden uitgelegd. Als uitgangspunt bij de uitleg van bedingen die de overdraagbaarheid van een goed, het te veilen registergoed, uitsluiten, moet worden aangenomen dat zij uitsluitend verbintenisrechtelijke werking hebben, tenzij uit de – naar objectieve maatstaven uit te leggen – formulering daarvan blijkt dat daarmee goederenrechtelijke werking is beoogd. Uit de bepaling van art. 17 lid 3 van de toepasselijke veilingvoorwaarden blijkt dat wanneer geen "certificate of payment" in de betekenis van de toepasselijke veilingvoorwaarden van de notaris voorhanden is – en die ontbreekt dus –, de overige notariële akten niet kunnen dienen (niet bestemd zijn of niet geschikt zijn) voor inschrijving in de openbare registers. Deze documenten kunnen de overdracht van het registergoed onder die omstandigheid – namelijk het ontbreken van een "certificate of payment" – niet bewerkstelligen. Dit heeft tot gevolg dat hierdoor het registergoed niet door gedaagde sub 1 aan gedaagde sub 2 kon worden overgedragen. De conclusie is dat de overdracht van het registergoed aan gedaagde sub 2 niet heeft plaatsgevonden. De beoogde eigendomsoverdracht van het registergoed is uitgebleven. De gevorderde verklaring voor recht dat de veiling nietig of vernietigbaar is, kan niet worden toegewezen, nu niet is gebleken dat het namens gedaagde sub 2 door gedaagde sub 1 gedane bod en/of de gunning aantastbaar zijn.

1. Stichting Belangenbehartiging Pelican Resort & Club te Sint Maarten,
2. R. Russo te Verenigde Staten van Amerika,
3. F. Biddar te Verenigde Staten van Amerika,
eisers,
gemachtigde: mr. G.L. van Giffen,
tegen
1. Quantum Investment Trust Ltd te Belize,
gedaagde,
gemachtigden: mr. R.F. Gibson jr. en mr. M. Snijder,
2. Simpson Bay Resort Owner Company BV te Sint Maarten,
gedaagde,
gemachtigde: mr. J. Bloem,
3. X,
gedaagde,
gemachtigde: mr. J. Veen.

(...; *red.*)

2. De feiten
a. Op 16 december 2010 heeft op verzoek van Quantum als schuldeiser van Pelican Resort Club, The Owner Company N.V. (hierna ook "Pelican" genoemd) een veiling plaatsgevonden ten overstaan van de Notaris van in Cole Bay te Sint Maarten staande en gelegen en aan Pelican toebehorende registergoederen (zie voor de omschrijving van deze registergoederen het proces-verbaal van 16 december 2011, pagina's 11-13 onder sub 1-7, van de Notaris dat als productie 8 aan het inleidende verzoekschrift is gehecht, en die hierna gezamenlijk omschreven worden als "het Registergoed" (enkelvoud).
b. Ten tijde van de veiling beschikt Quantum op het Registergoed over een eerste hypotheekrecht alsmede over twee in rang daaropvolgende rechten van hypotheek.
c. Op pagina 3-4 van het proces-verbaal van 16 december 2010 van de Notaris is verwezen naar "Special Conditions" van de veiling. Onder sub 5 van de Special Conditions is bepaald: "(...) Within six (6) weeks after the adjudication buyer shall deposit the purchase price with the civil law notary."
d. In een mailbericht van 21 december 2010 van de kandidaat notaris van de Notaris aan onder andere de gemachtigde van eisers sub 1-3 (vergelijk productie 5 van het inleidende verzoekschrift) is vermeld: "(...) As I mentioned earlier, Quantum Investment Trust bought the property for US$ 30,500,000. There were no other bids. Of said auction an official report was executed by notary X.
The remainder of the auction procedure is as follows: (...)
– Buyer has to pay the purchase price. However since buyer is also mortgagee/creditor and the Judge gave his OK as aforementioned, the purchase price can be paid by a set-off against the debt
– Notary X has to execute a declaration stating that the purchase price is paid (by said set-off). (...)"
e. In een mailbericht van 21 december 2010 van de kandidaat notaris van de Notaris aan onder andere de gemachtigde van eisers sub 1-3 (vergelijk productie 5 van het inleidende verzoekschrift) is vermeld: "(...) Echter compensatie met een door de rechter ex artikel 3:270 BW goedgekeurde vordering jegens de notaris tot uitbetaling van de netto veilingopbrengst kan wel. Het is immers onzinnig om eerst de koopprijs bij ons te laten storten door executant-koper om die 1 minuut later weer terug te boeken naar diezelfde executant-koper. (...)"
f. Als productie 6 van het inleidende verzoekschrift zijn de voor de veiling toepasselijke veilingvoorwaarden in het geding gebracht. In artikel 11 *(Payment method, discharge)* van deze veilingvoorwaarden is bepaald: "(...)
. Anything owed by Buyer and Seller with regard to the auction, including the purchase price, shall be deposited with the civil law notary in the manner to be indicated by the civil law notary and in the currency to be indicated by the civil law notary.
2. Buyer's right to suspend payment or apply setoff shall be explicitly precluded in as far as the law permits it, except setoff against the deposit paid and not used, or against the opening bid premium owed to Buyer.
3. As soon as Buyer has met all his payment obligations by virtue of the auction, this shall be evidenced by a notarial certificate of payment."
g. In artikel 5 *(Bidding for a Third Party)* tweede lid van de algemene veilingvoorwaarden is bepaald: "Each bidder shall have the right, also without explicitly having reserved this right, to state in accordance with the provision in paragraph 3 hereinafter that he has made the bid on behalf of one or more third parties, which third party/parties shall be named 'represented party' hereinafter."
In het derde lid van dit artikel van deze veilingvoorwaarden is bepaald: "This statement shall be made by the bidder to the civil law notary before payment of the purchase price, and it shall be confirmed by the represented party in writing. This statement and confirmation shall be evidenced by the record of the auction or by an Act of Command to be drawn up by the civil law notary for this purpose, on the rights and obligations by virtue of the auction, as if the provision in paragraph 4 hereinafter."
In het vierde lid van dit artikel van deze veilingvoorwaarden is bepaald: "In addition to the represented party, the bidder shall be jointly and severally bound for compliance with Buyer's obligations by virtue of the auction (...)"
h. Als productie 7 van het inleidende verzoekschrift zijn de bijzondere ("Special Conditions") veilingvoorwaarden aan het inleidende verzoekschrift gehecht. In artikel 5 van deze voorwaarden is vermeld: "Within six (6) weeks after the adjucation buyer shall deposit the purchase price with

the civil law notary." (vergelijk ook sub c van de feitenvaststelling van dit vonnis).
i. In een door Notaris opgemaakte akte van 26 januari 2012 tussen Quantum en SBROC is gesteld (vergelijk productie 1 van het inleidende verzoekschrift): "(...) The highest bidder, being Bidder (in deze akte gedefineerd als Quantum), declared to have purchased as representative of Buyer (in deze akte gedefinieerd als SBROC). Buyer confirmed that Bidder acted as it's representative, and acknowledged to have bought the property, for the aforementioned purchase price and under the general and Special Conditions of the Auction. (...)
The property was transferred to Buyer, under the suspensive condition that Buyer has complied with all payment obligations, and under all other General and Special Conditions of the Auction, among which the stipulation that the payment of the purchase price to the civil law notary in whose presence the auction is held, has to be evidenced by a notarial declaration of payment drawn up by that civil law notary.
I, civil law notary in whose presence the auction was held, hereby declare that Buyer in the auction has paid the aforementioned purchase price on this date, and that Buyer has complied with all other obligations deriving from the General and Special Conditions of the Auction, as a result of which the suspensive conditions stipulated in article 8paragraph @ (onleesbaar op het exemplaar van het Gerecht) in conjunction with article 17 paragraph 1, of the General Conditions of the Auction, are fulfilled, so that the delivery of the Property can be completed by inscribing true copies of the aforementioned deed containing the verbal account of the auction and the adjudication together with this deed of command and *notarial declaration of payment* (onderstreping (gecursiveerd; *red.*) door het Gerecht) (...)"
j. Bij een door Notaris opgemaakte akte van 26 januari 2011 heeft SBROC het Registergoed ten gunste van Quantum verhypothekeerd tot zekerheid van terugbetaling van een lening op grond van een zogenaamde "Loan Agreement" en wel tot een bedrag van US $ 30.500.000,00 (vergelijk productie 2 van het inleidende verzoekschrift).
k. Artikel 17 van de toepasselijke algemene veilingvoorwaarden geeft een voorziening van de levering betreffende het Registergoed. In deze bepaling is vermeld: "(...)
1. As soon as the condition of full payment attached to the adjudication has been met, the transfer of the (...) can be completed as described in paragraphs 2 and 3. (...)
2. The transfer of the (...) shall take place by recording the individual deed of special auction conditions, if any the record(s) of the auction, the Act of Adjudication, if any, the Act of Command, if any, and the *notarial certificate of payment* (onderstreping (gecursiveerd; *red.*) door het Gerecht) in the public registers of the Mortgage registry Office.
3. Without aforementioned notarial certificate of payment, the other deeds mentioned are not meant or suitable to be recorded in the public registers, and consequently cannot realize the transfer. (...)"
l. Als productie 2 gehecht aan de conclusie van antwoord heeft de Notaris een *ongedateerd* en *niet ondertekend* document in het geding gebracht. Dit document vermeldt: "(...)
The Undersigned:
1. QUATUM INVESTMENT TRUST, LTD,
hereinafter referred to as: *Seller*;
2. SIMPSON BAY RESORT OWNER COMPANY B.V.,
Hereinafter referred to as: *Buyer*.
(...)
1. Seller hereby transfers its claim on notary X to receive the full sale proceeds of said auction to Buyer, who hereby declares to accept such claim. The consideration and further conditions regarding this transfer are set forth in a separate private instrument executed between the parties.
2. Buyer hereby sets off its obligation to pay to notary X said purchase price with Buyers claim on notary X to receive said full sale proceeds, such in conformity with article 6:127 et seq. Civil Code.
(...)"
Ook de Notaris heeft dit document ongetekend gelaten hoewel dit in het geding gebrachte document vermeldt: "The co-undersigned, notary X, declared that one original of the present instrument has been provided to him.
X"

3. De vordering
3.1. Eisers sub 1-3 vorderen – zakelijk weergegeven – dat het Gerecht bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis (i) voor recht verklaart dat de veilingvoorwaarden van de veiling van het Registergoed niet zijn nageleefd en dat daarbij ook

wettelijke bepalingen zijn geschonden met als gevolg dat de gehouden veiling door het Gerecht wordt vernietigd, althans nietig wordt verklaard (ii) gedaagden sub 1-3 beveelt alle rechtshandelingen ongedaan te maken die ertoe hebben geleid dat in de status van de inschrijving van het Registergoed als gevolg van de veiling van 16 december 2010 in het openbaar register wijzigingen zijn aangebracht (iii) de Notaris beveelt er op toe te zien dat verklaringen over vernietigbaarheid c.q. nietigheid van de veiling in de openbare registers worden ingeschreven en voorts erop toe te zien dat de ongedaanmaking van de hiervoor genoemde rechtshandelingen bij de hypotheekbewaarder wordt geregistreerd op verbeurte van een dwangsom (iv) nietig verklaart de doorhaling door de hypotheekbewaarder van de beslagen van 16 december 2010 van Russo en Biddar "met machtiging aan Bob Russo en Frank Biddar om deze registergoederen opnieuw in beslag te doen nemen e.e.a. tot zekerheid en tot verhaal van de vorderingen die zij op Pelican Resort The Owner Company N.V. hebben" (v) gedaagden sub 1-3 hoofdelijk te veroordelen om als gevolg van nietige/vernietigde veiling, inschrijvingen en doorhalingen schadevergoeding aan eisers sub 1-3 te betalen op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet en (vi) gedaagden sub 1-3 veroordeelt in de proceskosten.

3.2. Eisers sub 1-3 leggen aan hun vordering ten grondslag dat de veiling van het Registergoed niet in overeenstemming met de wet en de veilingvoorwaarden heeft plaatsgevonden. Van belang hierbij is dat de koopsom nimmer in handen van de Notaris is voldaan. Niet alleen de bepaling van artikel 3:270 lid 1 BW ook de veilingvoorwaarden vereisen zulks wel. Desondanks heeft de Notaris in diverse akten gesteld dat de koopsom wel in zijn handen is gestort, althans dat de koopsom is betaald. Al doende heeft de Notaris eisers sub 1-3 misleid, althans heeft de Notaris onjuiste informatie verstrekt. De veiling van 16 december 2010 van het Registergoed is mitsdien nietig dan wel vernietigbaar, zodat de eigendomsverhoudingen van voor de veiling moeten worden hersteld. Zulks dient ook uit de openbare registers te blijken. Gedaagden sub 1-3 dienen hieraan hun medewerking te verlenen. Gedaagden sub 13 hebben aldus jegens eisers sub 1-3 onrechtmatig gehandeld. Zij zijn gehouden de door eisers sub 1-3 dientengevolge geleden schade te vergoeden.

3.3. Gedaagden sub 1-3 betwisten de vordering gemotiveerd op welke betwisting het Gerecht hierna, waar nodig, zal ingaan.

4. De beoordeling

4.1. Het Gerecht overweegt en oordeelt als volgt.

Eiswijziging

4.2. Bij akte van 8 mei 2014 hebben eisers sub 1-3 een eiswijziging in het geding gebracht. Eisers sub 1-3 hebben deze wijziging als een eisvermindering gepresenteerd, maar het Gerecht is evenwel van oordeel dat zulks niet juist is. Het Gerecht is van oordeel dat bij deze akte wijziging van eis eisers sub 1-3 beogen meerdere vorderingen in te stellen – een primaire vordering, een subsidiaire vordering, en een nog meer subsidiaire vordering – terwijl bij het inleidende verzoekschrift slechts één vordering tegen gedaagden sub 1-3 is ingesteld. Ook hebben eisers sub 1-3 diverse nieuwe onderdelen aan de vordering toegevoegd. Het Gerecht is dan ook van oordeel dat sprake is van een eisvermeerdering. De gemachtigden van gedaagden sub 1-3 hebben bij pleidooi bezwaar gemaakt tegen deze eiswijziging nu deze wijziging bij honorering ervan strijdig zou zijn met de goede procesorde. Immers, deze wiizing die een vermeerdering van de eis meebrengt is eerst bij pleidooi is gedaan. Het gehele partijdebat heeft géén betrekking gehad op de gewijzigde eis, maar op de eis zoals deze in het inleidende verzoekschrift is geformuleerd. Het Gerecht zal de wijziging van de eis buiten beschouwing laten omdat gedaagden sub 1-3 onvoldoende gelegenheid hebben gehad om zich op deze wijziging voor te bereiden en hun stellingen aan de gewijzigde eis aan te passen. Toelating ervan zou mitsdien naar het oordeel van het Gerecht strijdig zijn met de goede procesorde.

4.3. Het Gerecht zal derhalve recht doen op de eis zoals geformuleerd in het inleidende verzoekschrift van eiseres sub 1-3.

Beperking van de rechtsstrijd

4.4. Bij pleidooi (zie inleiding op pagina 2 van de pleitaantekeningen) hebben eisers sub 1-3 gesteld dat zij slechts een uitspraak wensen over de goederenrechtelijke verhoudingen van het Registergoed. Het Gerecht zal zulks zoveel als mogelijk is honoreren, maar zal toch op de eis zoals geformuleerd in het inleidende verzoekschrift recht moeten doen nu de eiswijziging buiten beschouwing

moet worden gelaten. Een vermindering van eis hebben eisers sub 1-3 niet geformuleerd.
4.5. Het Gerecht zal derhalve niet de stellingen beoordelen verband houdende met de voorgeschiedenis van het Pelican resort en die tot de veiling van het Registergoed heeft geleid, maar waarover uitvoerig door partijen is gedebatteerd in het bijzonder door eisers sub 1-3 en SBROC. Deze voorgeschiedenis is naar het oordeel van het Gerecht voor de beoordeling van de rechtsgeldigheid en de rechtmatigheid van de veiling ook niet van belang. Ook de beoordeling van de eis vergt niet dat deze voorgeschiedenis wordt besproken.

Belangenbehartiging van de Stichting
4.6. Bij pleidooi (zie pagina's 3-7 van de pleitaantekeningen) hebben eisers sub 1-3 gesteld dat de Stichting in dit geding *geen* collectieve actie op grond van artikel 3:305a BW instelt, maar dat de Stichting in dit geding op grond van last en volmacht exclusief de belangen behartigt van de huurdersvereniging Pelican Resort & Club (hierna ook te noemen: "TAPRC") en haar twee dochtermaatschappijen Pelican en Pelican Resort Club the Management Company N.V. (hierna ook te noemen "Pelican Management").
4.7. Dit betekent dat het Gerecht de diverse ontvankelijkheidsverweren van X die verband houden met de vereisten van artikel 3:305a BW onbesproken kan laten. Het Gerecht is namelijk van oordeel dat de Stichting bevoegd is om ten behoeve van de door haar genoemde partijen TAPRC Pelican, en Pelican Management op grond van volmachten en van hen verkregen lasten in dit geding een uitspraak uit te lokken over de regelmatigheid van de veiling van 16 december 2010 en de hiervoor vermelde goederenrechtelijke verhoudingen van het Registergoed. Het Gerecht wijst in dit verband onder andere op de inhoud van de statuten van de Stichting en productie 1 van de conclusie van repliek (inzake het geding tegen de Notaris).

Ontvankelijkheid Russo en Biddar
4.8. Russo en Biddar pretenderen een vordering te hebben op Pelican. Mocht komen vast te staan dat Pelican nog steeds gerechtigd is tot het Registergoed biedt zulks voor Russo en Biddar alsnog de gelegenheid om op het Registergoed verhaal te nemen. Russo en Biddar hebben derhalve belang bij de vordering, zodat ook zij in de vordering kunnen worden ontvangen.

Exception plurium litis consortium
4.9. De Notaris heeft de hier genoemde exceptie opgeworpen. De Notaris stelt dat nu Pelican als voormalige eigenaar niet in het geding is betrokken met succes dit verweer kan worden opgeworpen. Onweersproken hebben eisers sub 1-3 evenwel aangevoerd dat op grond van een door de Stichting verkregen volmacht en last van Pelican dit verweer niet met succes kan worden gevoerd. Pelican is naar het oordeel van het Gerecht belanghebbende bij dit geding en bij de uitspraak van het Gerecht over de regelmatigheid van de veiling en de rechtstoestand van het Registergoed.

Inleidende opmerking over de executieveiling
4.10. Het Gerecht veronderstelt dat Quantum op grond van haar eerste recht van hypotheek op het Registergoed bevoegd was om de veiling van het Registergoed uit te lokken. Immers, in dit geding zal het Gerecht de feiten en omstandigheden betreffende de voorgeschiedenis die heeft geleid tot de veiling van het Registergoed van Pelican op verzoek van eiseres sub 1-3 niet beoordelen (vergelijk hierboven "beperking van de rechtsstrijd"). Onvoldoende is bestreden dat Quantum een tweede recht van hypotheek had en voorts dat Quantum op de dag van de veiling op grond van de "mortgage assignment agreement" van 16 december 2010 tussen Corso c.s. en Quantum een derde recht van hypotheek op het Registergoed heeft verkregen (vergelijk hiervoor productie 1 van de conclusie van antwoord van de Notaris). Ook hiervan zal het Gerecht dus uitgaan. Het Gerecht zal uitgaan van een eerste, tweede en derde recht van hypotheek op het Registergoed ten gunste van Quantum.
4.11. Verder is van belang – en alleen de Notaris lijkt zulks in zijn processtukken te onderkennen – dat op grond van productie 1 van het inleidende verzoekschrift het Registergoed niet door Quantum is gekocht, maar door SBROC ("Deed of Command" van 26 januari 2011 verleden door de Notaris). Quantum heeft slechts een bod uitgebracht en het Registergoed gekocht als vertegenwoordiger van, en ten behoeve van, SBROC. Dat de kandidaat notaris van de Notaris de gemachtigde van eisers sub 1-3 en het Gerecht anders heeft bericht doet hieraan niet af (vergelijk producties 4 en 5 van het inleidende verzoekschrift). De veilingvoorwaarden voorzien hierin nadrukkelijk in welk verband het Gerecht wijst op artikel 5 van de veilingvoorwaarden die hierboven deels

onder sub g van de feitenvaststelling van dit vonnis zijn geciteerd.
4.12. Eisers sub 1-3 stellen herhaaldelijk en uitvoerig dat naar geldend recht een notaris ten behoeve van de gezamenlijke belanghebbenden het registergoed levert door het afgeven aan de hypotheekbewaarder van een verklaring dat de gehele koopsom in zijn handen is gestort. Deze visie is naar het oordeel van het Gerecht onjuist. De hypotheekhouder heeft op grond van artikel 3:268 lid 1 BW het recht van parate executie als de schuldenaar in verzuim is. De hypotheekhouder is op grond van deze bepaling gerechtigd om het verbonden registergoed zonder over een executoriale titel te beschikken in het openbaar ten overstaan van een notaris of op grond van artikel 3:268 lid 2 BW onderhands te verkopen. Een notaris is naast andere door hem te verrichten taken aangewezen als degene aan wie de koopsom moet worden betaald, zodat de notaris op grond van de bepalingen van artikel 3:270 BW tot uitkering aan de gerechtigden tot deze som kan overgaan. Uit het voorgaande dient de conclusie te worden getrokken dat de executerende hypotheekhouder het registergoed aan de koper levert en niet een notaris ten overstaan van wie de veiling plaatsvindt. Levering geschiedt *onder andere* door inschrijving in de openbare registers van het proces-verbaal van gunning. In dit verband wijst het Gerecht alvast op artikel 17 van de algemene veilingvoorwaarden (vergelijk de feitenvaststelling onder sub k van dit vonnis).
4.13. Ter zake van de betaling van de koopsom door de koper van een te veilen registergoed overweegt het Gerecht het volgende. Artikel 3:270 lid 1 BW bepaalt dat de koper gehouden is de koopprijs te voldoen in handen van de notaris, te wiens overstaan de openbare verkoop heeft plaatsgevonden of door wie de akte van overdracht ingevolge de onderhandse verkoop is verleden. Hoewel de executerende hypotheekhouder verkoper van het registergoed is, dient de koopsom evenwel aan de notaris te worden betaald. De executerende hypotheekhouder die tevens als koper op de veiling optreedt, zal zijn verbintenis om de koopsom te voldoen niet kunnen verrekenen met zijn vordering op de schuldenaar. De notaris ontvangt de koopsom voor de gezamenlijke belanghebbenden (vergelijk parlementaire geschiedenis, p. 835 en ook bijvoorbeeld monografieën Hypotheek, BW nr. B12b, 2013/26: "(...) Ook in geval de hypotheekhouder koper wordt, zal hij geen verrekening met de door hem te betalen koopsom kunnen toepassen. De notaris ontvangt voor de gezamenlijke belanghebbenden en de hypotheekgeven/schuldenaar heeft te dier zake slechts een vordering op de notaris. (...)" De bepaling van artikel 3:270 lid 1 BW is van dwingend recht. Belanghebbenden kunnen geen hiervan afwijkende afspraken maken zoals Quantum, SBROC en de Notaris kennelijk wel hebben beoogd. De toepasselijke veilingvoorwaarden kunnen van deze bepaling niet afwijken (vergelijk artikel 3:270 lid 6 BW). Evenwel sluiten de toepasselijke veilingvoorwaarden verrekening nadrukkelijk uit. Het Gerecht wijst in dit verband op artikel 11 van de toepasselijke veilingvoorwaarden waarin verrekening van de koopsom nadrukkelijk is uitgesloten. Tijdens het pleidooi is een levendige discussie ontsponnen wat onder "voldoen van de koopsom in handen van de notaris" moeten worden verstaan. In de veilingvoorwaarden is hierover in artikel 11 lid 1 een voorziening gegeven. "(...) the purchase, price shall be deposited with the civil law notary (...)". De koopsom moet bij de notaris worden gedeponeerd. Hiermee wordt naar het oordeel van het Gerecht "storting" op een (door de notaris aangewezen) bankrekening bedoeld. Hiermee wordt naar het oordeel het Gerecht in elk geval niet verrekening bedoeld of "betaling aan zich zelf" (zoals onder sub 38 van de conclusie van antwoord van de Notaris is gesteld) en wat de Notaris hiermee ook heeft bedoeld. Dat aan deze bancaire overboeking op de rekening van een notaris kosten zijn verbonden, kan aan deze wettelijke en contractuele verplichtingen op grond van de veilingvoorwaarden evenmin afdoen. Ook de stelling dat geen der betrokken partijen door verrekening van de koopsom of "de betaling aan zich zelf" is benadeeld, kan aan deze verplichting afdoen, nu ook hiervoor geen uitzondering in de wet of de veilingvoorwaarden is toegelaten. Het systeem van de wet gaat er vanuit dat te allen tijde de koopsom van het te veilen registergoed onder de notaris wordt gestort. De toepasselijke veilingvoorwaarden sluiten zich hierbij aan. De notaris is namelijk ook degene die op grond van de wet de uitkering(en) aan belanghebbende(n) dient te doen.
4.14. Voor de beoordeling is verder nog van belang dat door de levering ingevolge een executoriale verkoop – op de wijze zoals verwoord in de veilingvoorwaarden – en de voldoening van de koopsom alle op het verkochte goed rustende hy-

potheken teniet gaan en de ingeschreven beslagen vervallen, alsook de beperkte rechten die niet tegen de verkoper ingeroepen kunnen worden. Dit gevolg heet "zuivering". Als geen sprake is van (i) een executieverkoop (ii) levering en (iii) voldoening van de koopsom aan de notaris vindt het rechtsgevolg van zuivering niet plaats (vergelijk artikel 3:273 BW).

De beoordeling van de veiling van 16 december 2010 ten overstaan van X

4.15 Het Gerecht stelt vast dat de koopsom gestort had behoren te worden bij de Notaris op een bij de toepasselijke veilingvoorwaarden vastgestelde wijze. Deze storting heeft niet plaatsgevonden. Immers, de betaling heeft door middel verrekening plaatsgehad (ook al noemt de Notaris het "betaling aan zich zelf"). De koopsom is niet op een door de notaris aangewezen bankrekening gestort. Hiermee is in strijd met de wet en de toepasselijke veilingvoorwaarden gehandeld (vergelijk artikel 3:270 lid 1 BW en artikel 11 van de toepasselijke veilingvoorwaarden). De Notaris, Quantum en SBROC zijn aan de deze veilingvoorwaarden gebonden. De Notaris als ambtenaar en behartiger van de belangen van alle betrokkenen, waaronder de Stichting/Pelican, diende er op toe zien dat de geldende en toepasselijke bepalingen in acht zouden worden genomen. De Notaris stelt onder verwijzing naar het document onder sub I van de feitenvaststelling dat SBROC de koopsom in handen diende storten van de Notaris en dat Quantum haar recht op uitbetaling op voorhand had overgedragen aan SBROC. De betalingsverplichting krachtens de veilingvoorwaarden aan de Notaris is daardoor in dezelfde handen gekomen als het recht op uitbetaling krachtens diezelfde veilingvoorwaarden. Deze vlieger gaat naar het oordeel van het Gerecht echter niet op. Niet alleen omdat in alle gevallen verrekening is uitgesloten, maar ook omdat geen cessieakte ex artikel 3:94 BW in het geding is gebracht op grond waarvan een tegen de Notaris uit te oefenen recht is overgedragen (vergelijk sub I van de feitenvaststelling). Het document is namelijk door geen der betrokken partijen ondertekend en een dagtekening is ook niet op het document geplaatst. Verder is ook de juridische redenering niet valide. Immers, Quantum heeft jegens de Notaris alleen een recht op uitbetaling van de koopsom, de uitkering, als deze koopsom ook daadwerkelijk onder de Notaris is gestort in overeenstemming met de toepasselijke veilingvoorwaarden. Dat is niet het geval geweest. Voor zover het Gerecht kan overzien, zijn Quantum als SBROC op grond van artikel 5 lid 4 van de algemene veilingvoorwaarden *hoofdelijk* gebonden de koopsom (alsnog) aan de Notaris te voldoen. Nu deze kwestie niet de inzet is van het geding zal het Gerecht dit verder laten rusten.

4.16. De vaststelling dat de koopsom niet is betaald heeft allereerst tot gevolg dat geen zuivering op grond van artikel 3:273 lid 1 BW kan hebben plaatsgevonden. De op het Registergoed rustende hypotheken zijn niet teniet gegaan. Ook de ingeschreven beslagen zijn door de veiling niet vervallen. Zulks geldt ook voor eventuele beperkte rechten die niet jegens de hypotheekhouder konden worden ingeroepen.

4.17. Naar het oordeel van het Gerecht heeft de vaststelling dat de koopsom niet is betaald verder tot gevolg dat de Notaris nimmer een "certificate of payment" als bedoeld in de bepaling van artikel 11 van de veilingvoorwaarden kon en mocht afgeven. Het Gerecht stelt evenwel vast dat de Notaris een verklaring heeft afgegeven dat de koopsom is betaald en dat aan de verplichtingen van de veilingvoorwaarden – met vermelding daarbij van artikel 17 van de veilingvoorwaarden – is voldaan in welk verband het Gerecht wijst op de door de Notaris opgemaakte akte van 26 januari 2011 (vergelijk sub i van de feitenvaststelling van dit vonnis). Deze verklaring wekt de indruk dat de koopsom op de voorgeschreven wijze is betaald hetgeen nu juist niet het geval is geweest. De koopsom is niet op de bij de wet en de veilingvoorwaarden voorgeschreven wijze betaald. En hierdoor is de koopsom van het Registergoed onbetaald gebleven. Het Gerecht gaat er vanuit dat géén "certificate of payment" in de betekenis van artikel 11 van de veilingvoorwaarden door de Notaris is afgegeven. Opvallend en opmerkelijk is dan ook dat de Notaris de verklaring van betaling nu "declaration of payment" noemt in plaats van "certificate of payment" dat in overeenstemming met de terminologie van de toepasselijke veilingvoorwaarden zou zijn geweest. Het Gerecht zal hierna ervan dienen uit te gaan dat geen "certificate of payment" door de Notaris is opgesteld, afgegeven en in de openbare registers is ingeschreven.

4.18. Op grond van artikel 17 van de veilingvoorwaarden *kan* levering van het Registergoed niet plaatsvinden zonder het "certificate of payment"

("cannot realize the transfer"). Het lijdt geen twijfel dat Quantum, SBROC en de Notaris hebben beoogd om op 26 januari 2011 door de inschrijving van onder andere de voornoemde verklaring van de "Act of Command" mede houdende de verklaring van betaling van 26 januari 2011 van de Notaris en de "Act of Adjucation", maar zonder betaling van de koopsom, de levering van het Registergoed door Quantum aan SBROC hebben beoogd. De vraag die het Gerecht hierna dient te beantwoorden of deze levering rechtsgeldig is geweest.

Overdracht van het Registergoed aan SBROC?

4.19. Hiervoor heeft het Gerecht overwogen dat een "certificate of payment" in de betekenis van de artikel 11 van de veilingvoorwaarden in elk geval niet voorhanden is. Overigens is geen stuk voorhanden dat als een "certificate of payment" dient te worden beschouwd. De Notaris noemt in de akte van 26 januari 2011 slechts een akte document "declaration of payment". Er is door de Notaris geen document of verklaring met de naam "certificate of payment" opgesteld. Er is evenmin een verklaring of document met een andere benaming, maar met de vereiste inhoud voorhanden. Uit artikel 17 van de toepasselijke veilingvoorwaarden volgt dat voor de levering van het Registergoed een "certificate van payment" van de Notaris voorhanden dient te zijn. Zonder het "certificate van payment" van de Notaris zijn de overige akten, de "Act of Adjucation" (de akte van de gunning) en de "Act of Command" niet bestemd en evenmin geschikt voor inschrijving in de openbare registers en kunnen deze akten derhalve de overdracht van het Registergoed niet bewerkstelligen.

4.20. Het beding van artikel 17 van de toepasselijke veilingvoorwaarden is naar zijn aard mede bestemd om de rechtspositie te beïnvloeden van derden die de bedoeling van de Notaris en de executerende hypotheekhouder en de koper niet kennen en dat ertoe strekt hun rechtspositie op uniforme wijze te regelen. Een dergelijk beding dient naar objectieve maatstaven te worden uitgelegd. Als uitgangspunt bij de uitleg van bedingen die de overdraagbaarheid van een goed, het te veilen registergoed, uitsluiten, moet worden aangenomen dat zij uitsluitend verbintenissenrechtelijke werking hebben, tenzij uit de – naar objectieve maatstaven uit te leggen – formulering daarvan blijkt dat daarmee goederenrechtelijke werking is beoogd. Het Gerecht is van oordeel dat uit de bepaling van 17 lid 3 van de toepasselijke veilingvoorwaarden blijkt dat wanneer geen "certificate of payment" in de betekenis van de toepasselijke veilingvoorwaarden van de Notaris voorhanden is – en die ontbreekt dus zo heeft het Gerecht vastgesteld – de overige notariële akten zoals hiervoor omschreven niet kunnen dienen (niet bestemd zijn of niet geschikt zijn) voor inschrijving in de openbare registers. Deze documenten, de notariële akten van de Notaris kunnen de overdracht van het Registergoed onder die omstandigheid – namelijk het ontbreken van een "certificate of payement" – niet bewerkstelligen. Dit heeft tot gevolg dat hierdoor het Registergoed niet door Quantum aan SBROC kon worden overgedragen.

4.21. Het Gerecht dient dan ook de conclusie te trekken dat de overdracht van het Registergoed aan SBROC niet heeft plaatsgevonden. De beoogde eigendomsoverdracht van het Registergoed is uitgebleven. Los van het voorgaande dient vastgesteld te worden dat de opschortende voorwaarde vermeld onder ad (i) van de feitenvaststelling niet in vervulling is gegaan. Een overdracht van het Registergoed heeft ook uit dien hoofde niet plaatsgevonden.

4.22. Het Gerecht voegt hieraan nog toe dat de mailberichten van 21 december 2010 van Notary Office SPS, het notariskantoor van de Notaris, aan de gemachtigde van eisers sub 1-3 onjuist dan wel onvolledig zijn. Immers, hierin wordt ten onrechte bericht dat met de verklaring ex artikel 3:270 lid 3 BW van het Gerecht verrekening wel tot de mogelijkheden behoort en verder dat Quantum de koper van het Registergoed is. In deze mailberichten is ten onrechte geen rekening gehouden met de mogelijkheid dat Quantum voor een nader te noemen meester heeft geboden en gekocht hetgeen later ook is gebleken door de "Act of Command" tussen Quantum en SBROC waaruit blijkt dat Quantum kennelijk niet pro se op de veiling heeft geboden en pro se het Registergoed heeft gekocht, maar ten behoeve en als vertegenwoordiger van SBROC.

4.23. Het Gerecht dient dan ook op grond van het voorgaande vast te stellen dat het Registergoed niet aan SBROC in eigendom is overgedragen. Het Gerecht dient er verder vanuit te gaan dat PBROC nog steeds eigenaar is van het Registergoed. Hiervoor heeft het Gerecht al vastgesteld dat geen zuivering heeft plaatsgevonden, zodat overigens de rechtstoestand van het Registergoed

zoals die bestond ten tijde van de veiling op 16 december 2010 *in beginsel* ongewijzigd is gebleven.
4.24. Het Gerecht overweegt verder dat de rechtstoestand van het Registergoed *in beginsel* ongewijzigd is gebleven nu rechten van derden die zich met succes kunnen beroepen op bescherming van artikel 3:24 e.v. BW en/of 3:88 BW dienen te worden gehonoreerd op grond van een bepaling van derdenbescherming.

Beoordeling van de verscheidene onderdelen van de vordering

Onderdeel 3.1 sub (i) van het vonnis
4.25. Op grond van het voorgaande is het Gerecht van oordeel dat niet alleen de veilingvoorwaarden zijn geschonden, maar ook dat de wettelijke bepaling van artikel 3:270 lid 1 BW niet door X is nageleefd. De Notaris had dienen te bewerkstellingen dat de koopsom van het Registergoed onder hem werd gestort bij gebreke waarvan hij geen enkele medewerking aan de levering van het Registergoed had behoren te verlenen. Desondanks heeft de Notaris zijn medewerking wel verleend.
4.26. Hiervoor heeft het Gerecht al geoordeeld dat zulks mee dient te brengen dat geen overdracht van het Registergoed aan SBROC heeft plaatsgevonden. Dit onderdeel van de vordering – de verklaring voor recht – kan mitsdien worden toegewezen. De gevorderde verklaring voor recht dat de veiling nietig of vernietigbaar is, kan niet worden toegewezen, nu niet gebleken is dat het namens SBROC door Quantum gedane bod en/of de gunning aantastbaar zijn.

Onderdeel 3.1 sub (ii) van het vonnis
4.27. Hiervoor heeft het Gerecht geoordeeld dat de overdracht van het Registergoed aan SBROC niet heeft plaatsgevonden. Het Gerecht ziet dan ook niet welke rechtshandelingen gedaagden sub 1-3 zouden dienen te verrichten en waartoe zij zouden moeten worden veroordeeld om deze overdracht ongedaan te maken. Dit onderdeel zal het Gerecht derhalve afwijzen.

Onderdeel 3.1 sub (iii) van het vonnis
4.28. Ook dit onderdeel kan naar het oordeel van het Gerecht niet worden toegewezen nu de bepaling van artikel 3:28 BW en verder hiervoor een bijzondere procedure geeft. Alle belanghebbenden (zekerheidsgerechtigden, (andere) beperkt gerechtigden en beslagleggers) bij het Registergoed dienen in zo'n procedure te worden betrokken. Het Gerecht heeft geen zekerheid dat in deze procedure alle hier bedoelde belanghebbenden in dit geding zijn opgeroepen en partij zijn, zodat in dit geding een dergelijke verklaring van waardeloosheid niet kan worden gegeven.
4.29. Het Gerecht wijst verder op artikel 3:17 lid 1 onder e BW. De hierna te geven verklaring voor recht – en dat is de enige beslissing van het Gerecht die de rechtstoestand van het Registergoed betreft – kan niet uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard, zodat het Gerecht er vanaf ziet de Notaris als onder sub (iii) van de vordering te bevelen.

Onderdeel 3.1 sub (iv) van het vonnis
4.30. Ook dit onderdeel kan niet worden toegewezen. Verwezen zij naar het voorgaande onder sub 4.28 en sub 4.30 van dit vonnis. Daarenboven zijn deze beslagen vervallen omdat Russo en Biddar niet tijdig een bodemzaak aanhangig hebben gemaakt welke stelling van X door eisers sub 1-3 onbestreden is gelaten en waardoor deze beslagen in elk geval zijn vervallen. Zulks kan uiteindelijk wel leiden tot schadeplichtigheid van de Notaris jegens eiseres sub 2-3 als aannemelijk kan worden gemaakt dat geen bodemzaak aanhangig is gemaakt in verband met de gehouden onregelmatige veiling waardoor het na 16 december 2010 er alle schijn van had dat elk verhaalsobject voor Russo en Biddar was verdwenen en het voor hen dus zinloos was om de bodemzaken tegen Pelican aanhangig te maken.
4.31. Russo en Biddar kunnen op grond van schriftelijke verzoeken aan het Gerecht verlof vragen conservatoir beslag op het Registergoed te mogen leggen.

Onderdeel 3.1 sub (v) van het vonnis
4.32. Het petitum knoopt slechts aan bij de handelingen die verband houden met de onregelmatige veiling van 16 december 2010. Hiervoor heeft het Gerecht geoordeeld dat deze veiling niet in overeenstemming met de wet en de veilingvoorwaarden heeft plaatsgevonden en zelfs dat de veiling niet heeft geleid tot een eigendomsoverdracht van het Registergoed.
4.33. Het Gerecht is van oordeel dat de Notaris er op had dienen toe te zien dat de relevante wettelijke bepaling van artikel 3:270 lid 1 BW en alle veilingvoorwaarden in acht zouden worden geno-

men. Het Gerecht is van oordeel dat op de Notaris als bij uitstek deskundige partij bij de veiling en de executie van onroerend goed er op had dienen toe te zien dat deze voorschriften ook daadwerkelijk werden nageleefd. De door de Notaris jegens eisers sub 1-3 in acht te nemen bijzondere zorgplicht brengt zulks mee. De wettelijke taak van de Notaris bracht mee dat hij er voor diende zorg te dragen dat de veiling van onregelmatigheden bespaard zou blijven en dat de koopsom onder hem zou worden gestort voordat hij medewerking aan de levering van het Registergoed zou verlenen. Los van het voorgaande zijn onder leiding en verantwoordelijkheid van de Notaris e-mailberichten zijn verspreid die niet juist dan wel onvolledig waren. Hiermee is onder zijn verantwoordelijkheid een onjuiste voorstelling van zaken geven ter zake van de veiling die onder zijn verantwoordelijkheid plaatsvond en de rechtstoestand van het Registergoed.
4.34. Het Gerecht is dan ook van oordeel dat de Notaris onrechtmatig jegens eisers sub 1-3 heeft gehandeld en dat de Notaris jegens hen in verband met de veiling van 16 december 2010 en executieverkoop van het Registergoed aansprakelijk is voor de door hen dientengevolge geleden schade. Dit onderdeel van de vordering zal hierna jegens X worden toegewezen. X zal worden veroordeeld om schadevergoeding aan eisers sub 1-3 te betalen op te maken bij staat.
4.35. Overigens zal dit onderdeel worden afgewezen nu niet gesteld of gebleken is welke fouten ter zake van de veiling en de executieverkoop van het Registergoed Quantum en/of SBROC jegens eisers sub 1-3 hebben gemaakt.

Proceskostenveroordeling
4.36. Als de overwegend in de ongelijk gestelde partijen zullen gedaagden sub 1-3 in de proceskosten van eisers sub 1-3 worden veroordeeld (...; *red.*).
4.37. Zoals gevorderd zullen de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

5. De beslissing
Het Gerecht:
5.1. verklaart voor recht dat de bepaling van artikel 3:270 lid 1 BW alsmede de veilingvoorwaarden van de veiling van 16 december 2010 van het Registergoed niet zijn nageleefd waardoor de overdracht van het Registergoed van Quantum aan SBROC niet heeft plaatsgevonden;
5.2. veroordeelt de Notaris om schadevergoeding aan de Stichting, Russo en Biddar te betalen op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;
5.3. veroordeelt Quantum, SBROC en de Notaris om de proceskosten aan de Stichting, Russo en Biddar te betalen (...; *red.*);
5.4. verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;
5.5. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

1. Een hypotheekhouder kan bij openbare of onderhandse executie ook zelf als "koper" optreden. Dit noemen we "verblijven", vgl. voor pandrecht art. 3:251 lid 1 slot BW. "Koper" staat tussen aanhalingstekens, omdat van een koopovereenkomst heel strikt genomen geen sprake kan zijn. De hypotheekhouder treedt bij de transactie waarbij het hypotheekobject aan hem verblijft, namelijk als "verkoper" én als "koper" op, en één partij kan juridisch geen overeenkomst met zichzelf sluiten. Dit is echter een louter academisch punt, want de transactie wordt afgehandeld als ware het een gewone executoriale verkoop. Zie het maar als dat de hypotheekhouder in hoedanigheid aan zichzelf in privé verkoopt, zoals ook bijvoorbeeld een faillissementscurator dat kan. In deze zaak was aangevoerd dat bij een executie niet de hypotheekhouder levert, maar de "notaris ten behoeve van de gezamenlijke belanghebbenden bij het registergoed", maar dit wordt door het Gerecht terecht van tafel geveegd (r.o. 4.12).
2. Art. 3:270 lid 1 BW bepaalt dat "[d]e koper (...) gehouden [is] de koopprijs te voldoen in handen van de notaris". Betekent dit altijd dat de koopprijs daadwerkelijk op de rekening van de notaris moet worden gestort? Dat zou in geval van verblijven betekenen dat de hypotheekhouder de koopprijs overmaakt naar de rekening van de notaris, de notaris de overdracht verzorgt, en de notaris de koopprijs daarna weer terugboekt naar de hypotheekhouder. Als de koopprijs (mogelijk) niet (alleen) voor de hypotheekhouder bestemd is, zou daar zeker wat voor te zeggen zijn. Denkbaar is echter dat al voordat de hypotheekhouder de koopprijs naar de notaris overmaakt, duidelijk is dat de gehele executieopbrengst voor de hypotheekhouder bestemd zal zijn. De hypotheekhouder dient namelijk een verklaring aan de no-

taris te overleggen van hetgeen hem van de opbrengst toekomt, welke verklaring moet zijn voorzien van een goedkeurende aantekening van de voorzieningenrechter (art. 3:270 lid 3 BW). Die verklaring met aantekening zou al vóór de levering kunnen worden verkregen. Als daaruit blijkt dat de gehele opbrengst voor de hypotheekhouder is, kan de hypotheekhouder dan niet betalen door middel van verrekening? Overigens heeft de hypotheekhouder in deze zaak (Quantum) het resort niet voor zichzelf gekocht, maar als vertegenwoordiger van SBROC (r.o. 4.11). Dat staat echter los van de vraag of de koopprijs door Quantum of SBROC aan de notaris moet worden betaald (art. 6:30 lid 1 BW) en of de notaris de koopprijs vervolgens aan Quantum of SBROC moet uitbetalen. Uitbetaling aan SBROC zou in een geval als het onderhavige ook zonder geldige cessie (r.o. 4.15) mogelijk zijn. Vgl. het Reglement beperking uitbetaling derdengelden (BUD) van de KNB (Reglement van het bestuur van de KNB van 13 juli 2011, inw.tr. 1 augustus 2011, en aangepast op 25 januari 2012).

3. De notaris in de onderhavige zaak vond het voor de vorm heen en weer betalen van de koopprijs ($ 30,5 miljoen) in dit geval "onzinnig". Aan twee vermeende beslagleggers en een stichting die de belangen van de geëxecuteerde behartigt, laat de notaris uit eigen beweging eerst weten: "[b]uyer has to pay the purchase price. However since buyer is also mortgagee/creditor and the Judge gave his OK as aformentioned, the purchase price can be paid by a set-off against the debt" (r.o. 2, onder d). Daarna schrijft de notaris aan dezelfde partijen: "compensatie met een door de rechter ex artikel 3:270 BW goedgekeurde vordering jegens de notaris tot uitbetaling van de netto veilingopbrengst kan wel. Het is immers onzinnig om eerst de koopprijs bij ons te laten storten door executant-koper om die 1 minuut later weer terug te boeken naar diezelfde executant-koper" (r.o. 2, onder e).

4. Het Gerecht overweegt dat er niets te verrekenen valt, omdat de hypotheekhouder "jegens de Notaris alleen een recht op uitbetaling van de koopsom (...) [heeft] als deze koopsom ook daadwerkelijk onder de Notaris is gestort" (r.o. 4.15). Dit enkele feit hoeft echter niet aan verrekening in de weg te staan. De Hoge Raad stelt met verrekening gelijk het geval dat een schuldenaar zijn schuld verrekent met een vordering die zal ontstaan dóór voldoening van die schuld. Zie HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 506, m.nt. Van der Grinten *(Delta Lloyd/Zwolsche)* en HR 10 juni 1988, *NJ* 1989, 30, m.nt. Vranken *(Skipool/Rotterdam)*.

5. Toch is het juist, zoals het Gerecht in r.o. 4.13 overweegt, dat de hypotheekhouder aan wie het hypotheekobject verblijft, de door hem verschuldigde koopsom niet kan verrekenen met zijn vordering op de schuldenaar. De hypotheekhouder is de koopsom immers verschuldigd aan de notaris, die deze koopsom niet ontvangt ten behoeve van de schuldenaar, maar ten behoeve van de gezamenlijke belanghebbenden. Er is daarom geen sprake van een "schuld jegens dezelfde wederpartij", zoals voor verrekening vereist op grond van art. 6:127 lid 2 BW. Vgl. Parl. Gesch. Boek 3, p. 835; en W.H. Heemskerk, *AA* 1978, p. 486.

6. Los van dat verrekening om formele redenen niet mogelijk is, wordt er ook wel een serieus belang gediend met daadwerkelijke storting van de koopprijs onder de notaris. Na die storting zijn hypotheekhouders, beslagleggers, huurders die eruit zijn gezet op grond van een huurbeding, beperkt gerechtigden wier recht door de executie is vervallen, en de geëxecuteerde, bevoegd om een rangregeling te verzoeken (art. 3:271 lid 1 jo. 3:270 lid 5 BW). Die mogelijkheid wordt deze belanghebbenden ontnomen wanneer er helemaal geen koopsom onder de notaris verschijnt. De notaris kan en mag nooit beoordelen dat die belanghebbenden er wel niet zullen zijn, bijvoorbeeld omdat hem daar bij recherche in de registers niet van is gebleken. Ook al komen er belanghebbenden op de proppen met aanspraken die volgens de notaris niet geldig zijn of niet tot een aanspraak op de executieopbrengst kunnen leiden, dan nog is dit niet aan de notaris om te beoordelen, maar aan de voorzieningenrechter en de rechter-commissaris die de rangregeling doen (art. 3:271 lid 1 BW jo. art. 552 Rv). Deze belanghebbenden, onder wie dus de geëxecuteerde zelf, kunnen in een dergelijke rangregeling bovendien de (hoogte van de) vordering van de executant betwisten.

7. Het voorgaande laat zien dat een notaris simpelweg nooit zou moeten meewerken aan executoriale levering zonder dat de koopprijs van tevoren op zijn kwaliteitsrekening is bijgeschreven. Van die verplichting kan in de verkoopvoorwaarden ook niet worden afgeweken (art. 3:270 lid 7 BW). Als er geen bijzonderheden blijken te zijn, kan het geld inderdaad snel weer worden terug-

geboekt, maar dat weet je niet van tevoren. Overigens lijkt mij terugboeking "1 minuut later" wel wat snel; ook al vindt zuivering (art. 3:273 BW) plaats, de narecherche zal toch even moeten worden afgewacht. Zie de "Beleidsregel tijdstip uitbetaling van gelden" van de KNB (Beleidsregel vastgesteld door het bestuur van de KNB, gepubliceerd op 2 juni 2006 en uitgebreid bij besluit van het bestuur van 12 december 2007, gepubliceerd op 18 december 2007). Een andere reden om als notaris niet te marchanderen met de regel dat je de koopprijs onder je moet hebben, is dat je dan gaat verklaren dat "de koopprijs in je handen is gestort", terwijl dat in werkelijkheid niet zo is. Die verklaring is onder andere nodig om het proces-verbaal van gunning te kunnen inschrijven, om daarmee de eigendom te doen overgaan op de executiekoper (art. 546 jo. 525 leden 1 en 2 Rv).

8. In de onderhavige zaak heeft de notaris tóch overgedragen zonder dat hij de koopprijs onder zich had. Het Gerecht verbindt hieraan het gevolg dat geen levering heeft plaatsgevonden (r.o. 4.18-4.21). Ook in HR 12 juni 2009, «JOR» 2009/273, m.nt. Loesberg *(Heembouw/Fortis)* had de notaris het proces-verbaal van gunning ingeschreven, vergezeld van een verklaring dat de koopsom in zijn handen was gestort, terwijl dat laatste niet zo was. De Hoge Raad overweegt ten aanzien van de gevolgen daarvan dat "de executiekoper (Van Berkel) (...) de eigendom daarvan had verworven (...) doordat de notaris (...) niettemin verklaard heeft dat de koopprijs in zijn handen was gestort, zodat Van Berkel, in verband met het bepaalde in art. 525 lid 2 Rv., in staat was de eigendom van het pand te verkrijgen" (r.o. 3.6). Of de verklaring van de notaris dat de koopprijs in zijn handen is gestort, nu juist is of niet, áls het proces-verbaal van gunning mét de genoemde verklaring wordt ingeschreven, dan is de eigendomsoverdracht dus geldig. Overigens overweegt het Gerecht in r.o. 4.17 en 4.19 dat de notaris in casu überhaupt geen verklaring heeft afgegeven dat de koopprijs in zijn handen is gestort, omdat de veilingvoorwaarden voorschrijven dat een "certificate of payment" wordt afgegeven, terwijl de notaris zijn verklaring zelf een "declaration of payment" noemt. Dit lijkt mij een te semantisch ingestoken oordeel. Art. 546 jo. 525 lid 2 Rv eist eenvoudigweg een "verklaring van de notaris (...) dat de koopprijs in zijn handen is gestort". Aan die eis lijkt mij, ongeacht de naam die aan de verklaring wordt gegeven, voldaan. Omdat de genoemde bepalingen van dwingend recht zijn, kunnen de veilingvoorwaarden niet als extra constitutief vormvereiste stellen dat de verklaring een "certificate" moet worden genoemd.

9. Het Gerecht verbindt aan de vastgestelde gang van zaken tevens het gevolg dat geen zuivering heeft plaatsgevonden (r.o. 4.16). Dit is logisch als ervan wordt uitgegaan (zoals het Gerecht doet) dat de levering niet heeft plaatsgevonden. Als echter, gelet op Heembouw/Fortis, wordt aangenomen dat de levering niettemin geldig is, treedt dan wel zuivering op? Uitgangspunt moet zijn dat wanneer de koopprijs niet is betaald, geen zuivering plaatsvindt. Art. 3:273 lid 1 BW vereist voor zuivering immers "levering ingevolge een executoriale verkoop en de voldoening van de koopprijs". In Parl. Gesch. Boek 3, p. 838, wordt hierover opgemerkt dat "zuivering steeds uitgesloten dient te zijn, zolang de koopprijs niet is voldaan, ook niet indien tengevolge van enig misverstand de levering reeds plaats gevonden zou hebben, voordat de koopprijs volledig is betaald". Art. 3:273 lid 2 BW bepaalt dat aan de koper een verklaring van de zuivering wordt verstrekt, wanneer hij "de bewijsstukken overlegt, dat de verkoop met inachtneming van de wettelijke voorschriften heeft plaatsgehad en dat de koopprijs in handen van de notaris is gestort". E. Loesberg in zijn noot bij HR 12 juni 2009, «JOR» 2009/273*(Heembouw/Fortis)*, onder 5 (tweede alinea) verbindt aan dit laatste het gevolg dat wanneer de koopprijs niet in handen van de notaris is gestort, geen zuivering optreedt. Toch volgt mijns inziens uit het arrest Heembouw/Fortis dat ook wanneer de koopprijs niet in handen van de notaris is gestort, wel zuivering kan optreden. In r.o. 3.7 overweegt de Hoge Raad dat er "[i]n verband met het stelsel van de wettelijke rangregeling (...) bij de opstelling van de staat van verdeling geen rekening (...) mee wordt gehouden dat de koopprijs niet in handen van de notaris is gestort". Omdat in een geval als het onderhavige alleen maar plaats is voor een rangregeling als er zuivering heeft plaatsgevonden (vgl. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1343, waarover hierna meer), kan hieruit worden afgeleid dat de Hoge Raad ervan uitgaat dat toch zuivering optreedt.

10. Mijns inziens dient, om te bepalen of al dan niet zuivering optreedt, onderscheid te worden gemaakt tussen de gevolgen van het niet-voldoen aan de vereisten van art. 3:268 BW (betref-

fende de executoriale verkoop zelf) en het niet-voldoen aan de vereisten van art. 3:270 BW (betreffende de afwikkeling van die verkoop). Als aan art. 3:268 BW niet wordt voldaan, is het gevolg "niet (...) dat de verkoop ongeldig zou zijn, maar wel (...) dat zij niet geldt als executie, zodat ook geen zuivering en rangregeling kunnen volgen" (Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1343). Als aan art. 3:270 BW niet wordt voldaan terwijl de verkoop wel aan art. 3:268 BW voldoet, moet nog steeds uitgangspunt zijn dat geen zuivering plaatsvindt, maar kan onder bijzondere omstandigheden toch zuivering plaatsvinden. Die bijzondere omstandigheden kunnen zijn dat wel eigendomsoverdracht heeft plaatsgevonden doordat de koper de koopprijs op zodanige wijze heeft betaald dat de notaris de verklaring heeft afgegeven dat de koopprijs in zijn handen is gestort (art. 546 jo. 525 lid 2 Rv). Art. 3:273 lid 2 BW staat dan niet aan zuivering in de weg, nu dat artikellid voor het kunnen verkrijgen van een zuiveringsverklaring niet vereist dat de koopprijs in handen van de notaris is gestort, maar dat de koper daarvan "de bewijsstukken overlegt". De verklaring van de notaris dat dat zo is, zou hiervoor voldoende moeten zijn. Bovendien vindt de zuivering zelf reeds van rechtswege plaats op grond van art. 3:273 lid 1 BW, dat daarvoor "voldoening van de koopprijs" vereist. Het verschil in gevolgen van het niet-voldoen aan respectievelijk art. 3:268 BW en art. 3:270 BW lijkt mij ook wenselijk. Als niet aan art. 3:268 BW wordt voldaan, bijvoorbeeld doordat de hypotheekhouder onderhands verkoopt zonder toestemming van de voorzieningenrechter (het geval dat wordt aangehaald in Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1343), is geen "beste executieprijs" gewaarborgd en zou de koper daar niet mee weg mogen komen. Als de verkoop voldoet aan art. 3:268 BW en de koper de koopprijs op zodanige wijze betaalt dat de notaris de voor eigendomsoverdracht benodigde verklaring afgeeft (art. 546 jo. 525 lid 2 Rv), zou de koper het goed mijns inziens vrij van hypotheken, beslagen en beperkte rechten moeten verkrijgen. De gevolgen van het niet-voldoen aan art. 3:270 BW zijn dan, zoals hierna zal blijken, voor de notaris.

11. Uit Heembouw/Fortis (r.o. 3.7) volgt niet alleen dat in een geval als het onderhavige de levering en de zuivering geldig hebben plaatsgevonden, maar ook wat dan wél het gevolg is van de leugenachtige verklaring van de notaris dat de koopprijs in zijn handen is gestort. Dat gevolg is dat de notaris, naast de Staat, jegens de belanghebbenden aansprakelijk is voor de schade die de belanghebbenden als gevolg van deze onregelmatigheid hebben geleden (art. 3:270 lid 6 BW). Bij de beoordeling van het voor die schadevergoeding vereiste condicio sine qua non-verband moet de ontstane situatie niet worden vergeleken met de situatie dat de hele levering en zuivering niet zou hebben plaatsgevonden (vgl. r.o. 4.8), maar met de situatie dat de betaling wél daadwerkelijk via de notaris zou hebben plaatsgevonden. In de onderhavige zaak waren twee beslagen vervallen door het niet tijdig instellen van een eis in de hoofdzaak (r.o. 4.30, art. 700 lid 3 laatste zin Rv). In de eerste vergelijking zouden deze twee schuldeisers alsnog beslag kunnen leggen (r.o. 4.31). In de tweede vergelijking is het maar de vraag of de onderhavige beslagleggers vergoedbare schade hebben geleden.

12. Tot slot nog een opmerking over r.o. 4.20. In art. 17 van de toepasselijke Veilingvoorwaarden is bepaald dat een "certificate of payment" nodig is om de overdracht te kunnen bewerkstelligen. Het Gerecht overweegt dat dit een beding is dat "de overdraagbaarheid van (...) het te veilen registergoed uitsluit". Vervolgens overweegt het Gerecht dat moet worden aangenomen dat dergelijke bedingen "uitsluitend verbintenissenrechtelijke werking hebben, tenzij uit de – naar objectieve maatstaven uit te leggen – formulering daarvan blijkt dat daarmee goederenrechtelijke werking is beoogd". Als het Gerecht die maatstaf toepast op het onderhavige beding, komt het tot de conclusie "dat hierdoor het Registergoed niet (...) *kon* worden overgedragen" (curs. AS). De door het gerecht geformuleerde uitlegregel is overduidelijk gekopieerd uit HR 21 maart 2014, «JOR» 2014/151, m.nt. Schuijling *(Coface/Intergamma)*, r.o. 3.4.2. Dat arrest en de daarin genoemde uitlegregel betreffen de vraag of een beding tussen de schuldeiser en de schuldenaar van een vordering over de overdracht of verpanding van die vordering moet worden uitgelegd als een goederenrechtelijke onmogelijkheid van overdracht of verpanding (art. (3:98 jo.) 3:83 lid 2 BW) of als een uitsluitend verbintenisrechtelijk werkend verbod tot overdracht of verpanding. Een goederenrechtelijk onoverdraagbaarheidsbeding kán echter slechts worden gemaakt ten aanzien van vorderingen (art. 3:83 lid 2 BW). Een onroerende zaak *is* in beginsel overdraagbaar (art.

3:83 lid 1 BW) en daar kan een beding niets aan veranderen. Bovendien zou een beding als het onderhavige ook geen onoverdraagbaarheidsbeding zijn. Dat de veilingvoorwaarden een vormvereiste zouden stellen voor overdracht, maakt het goed zelf niet (beperkt) onoverdraagbaar.

A. Steneker
universitair hoofddocent burgerlijk recht Radboud Universiteit Nijmegen

213

JOR 2016/213

Hoge Raad
1 april 2016, 15/02337, ECLI:NL:HR:2016:543
(mr. Bakels, mr. Streefkerk, mr. De Groot, mr. Polak, mr. Tanja-van den Broek)
(Concl. A-G Spier, niet opgenomen; red.)
Noot G.J.L. Bergervoet

Borgtochtovereenkomst. Bijzondere zorgplicht bank jegens borg. Borg onvoldoende gewaarschuwd voor risico's van borgtocht. Dwaling. Beroep op dwaling niet uitsluitend gegrond op toekomstige gebeurtenis (afwenden van faillissement van hoofdschuldenaar). Verwijzing naar HR 1 juni 1990, NJ 1991/759 (Van Lanschot/Bink).

[BW Aruba art. 6:228 lid 2, 7:857]

Uitgangspunt is dat – ook naar het recht van het land Aruba en (tot 10 oktober 2010) van de toenmalige Nederlandse Antillen – een professionele kredietverstrekker een bijzondere zorgplicht heeft jegens een particuliere borg, die ertoe strekt te verzekeren dat laatstgenoemde zich bewust is van de risico's die hij aangaat door zich borg te stellen voor de schuld van een derde. De invulling van deze zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval. Daartoe behoort de aard van de relatie tussen de beoogde borg en de schuldenaar (HR 1 juni 1990, NJ 1991/759 (Van Lanschot/Bink)). Verzoeker (tot cassatie) is de borgtocht aangegaan als natuurlijk persoon die noch handelde in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf, noch ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van een naamloze of besloten vennootschap waarvan hij bestuurder is (vgl. art. 7:857 BW, dat vergelijkbaar is met het thans geldende art. 7:857 Arubaans BW en het tot 10 oktober 2010 geldende art. 7:857 BW van de Nederlandse Antillen). Voorts staat vast dat de banken professionele financiële instellingen zijn. Daarvan uitgaande geeft het oordeel van het hof blijk van een onjuiste rechtsopvatting, voor zover daarin besloten ligt dat de banken jegens verzoeker geen bijzondere zorgplicht hadden als hiervoor bedoeld. Een particuliere borg behoeft immers bescherming tegen eigen ondoordachtheid bij het aangaan van een overeenkomst waarvan de financiële gevolgen vooralsnog uitblijven maar die, als zij zich voordoen, een zware last plegen te vormen. De omstandigheid dat de borgtocht is aangegaan door een particulier die "een ervaren zakenman" is, maakt dit niet anders. Voor zover het hof wel van voormelde bijzondere zorgplicht is uitgegaan, is zijn oordeel dat de dwaling van verzoeker voor zijn rekening moet blijven, onvoldoende gemotiveerd in het licht van de stellingen die verzoeker in de feitelijke instanties heeft aangevoerd. Deze stellingen komen op het volgende neer: (-) de banken zijn niet zelf in contact getreden met verzoeker om de overeenkomst van borgtocht aan te gaan, maar hebben dat overgelaten aan failliet, met het risico dat failliet een rooskleuriger voorstelling van zaken zou geven dan gerechtvaardigd was; (-) de banken wisten dat (destijds) een vriendschapsband en vertrouwensrelatie tussen failliet en verzoeker bestond; (-) failliet is in de avond van 19 april 2010 bij verzoeker thuis gekomen en heeft gezegd dat het faillissement de volgende dag met instemming van de banken kon worden opgeheven indien verzoeker zich borg stelde voor de schuld van failliet jegens de banken, en dat failliet dan in staat zou zijn een lucratieve bouwovereenkomst te sluiten waardoor hij voor 1 juli 2010 de banken zou kunnen afbetalen, zodat verzoeker niet als borg zou worden aangesproken; (-) failliet heeft die avond een vooraf (door de gezamenlijke advocaat van failliet en de banken) opgestelde akte van borgtocht ter ondertekening aan verzoeker voorgelegd en heeft verzoeker geen bedenktijd geboden omdat de volgende ochtend de zitting zou plaatsvinden waarin volgens failliet het faillissement kon worden beëindigd vanwege de borgtocht; (-) verzoeker is door de vriendschaps- en vertrouwensband bewogen failliet te hulp te schieten met de borgtocht; (-) failliet is een "selfmade man" die niet

juridisch onderlegd is en geen verstand van faillissementen heeft. In het licht van deze stellingen is de omstandigheid dat verzoeker wist dat failliet failliet was verklaard en dat dit feit tevens uitdrukkelijk in de akte van borgtocht was vermeld (overigens met de toevoeging dat hoger beroep was ingesteld), onvoldoende om te oordelen dat verzoeker in voldoende mate was gewaarschuwd voor de risico's van de onderhavige borgtocht.
Onderdeel III klaagt onder meer over het oordeel van het hof, dat voor zover aan de dwaling ten grondslag ligt de veronderstelling dat het faillissement van failliet nog zou worden afgewend, sprake is van een uitsluitend toekomstige gebeurtenis in de zin van art. 6:228 lid 2 Arubaans BW, zodat daarop de vernietiging niet kan worden gegrond. Volgens de klacht miskent het hof dat verzoeker zijn beroep op dwaling (mede) gegrond heeft op een onjuiste voorstelling van zaken betreffende omstandigheden die naar de voorstelling van partijen, althans van verzoeker zelf, ten tijde van het sluiten van de overeenkomst aanwezig waren. De stellingen van verzoeker komen immers erop neer dat hij vanwege de tekortschietende voorlichting omtrent de risico's van de onderhavige borgtocht, is uitgegaan van een onjuiste voorstelling van zaken omtrent de kans dat hij als borg zou worden aangesproken, omdat hij ervan uitging dat door het aangaan van de borgtocht het faillissement van failliet zou worden beëindigd (waardoor deze in een zodanig betere financiële situatie zou komen te verkeren dat verzoeker niet als borg behoefde te worden aangesproken). Zoals de Hoge Raad in het arrest Van Lanschot/Bink heeft geoordeeld, kan een borgstellingsovereenkomst wegens dwaling vernietigbaar zijn, wanneer de borg bij het vormen van zijn oordeel omtrent de kans dat hij tot nakoming zal worden verplicht, is uitgegaan van een zodanig verkeerde voorstelling van zaken dat hij, zou hij een juiste voorstelling hebben gehad, niet bereid zou zijn geweest de borgtocht te verlenen. De klacht is derhalve gegrond.

H.E.A. Hardeveld te Aruba,
verzoeker tot cassatie,
advocaat: mr. J. den Hoed,
tegen
1. Aruba Bank NV te Aruba,
2. Island Finance Aruba NV te Aruba,
verweersters in cassatie,
niet verschenen.

(...; *red.*)

3. Beoordeling van het middel
3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.
(i) K. Arends (hierna: Arends) is bij vonnis van 19 november 2009 op verzoek van Aruba Bank c.s. in staat van faillissement verklaard. Arends heeft hoger beroep tegen dit vonnis ingesteld.
(ii) Tussen enerzijds Aruba Bank c.s. als schuldeisers van Arends en anderzijds Hardeveld als borg is op 19 april 2010 een overeenkomst van borgtocht gesloten. Daarin heeft Hardeveld zich als borg voor Arends verbonden tot betaling van (in totaal) Afl. 52.959,87 aan Aruba Bank c.s. In de overeenkomst is onder meer vermeld dat Hardeveld ervan op de hoogte is dat Arends in staat van faillissement verkeert en dat er tegen de faillietverklaring hoger beroep is ingesteld.
(iii) Op 20 april 2010 is de faillissementszaak in hoger beroep geroyeerd.
(iv) Bij brieven van 19 september 2011 aan Aruba Bank c.s. heeft de advocaat van Hardeveld de vernietiging van de borgtocht ingeroepen wegens dwaling.
3.2.1. In dit geding vorderen Aruba Bank c.s. op grond van de borgtocht in conventie betaling door Hardeveld van in totaal Afl. 52.959,87 in hoofdsom. Voor zover in cassatie van belang, vordert Hardeveld in reconventie een verklaring voor recht dat de overeenkomst van borgtocht rechtsgeldig buitengerechtelijk is vernietigd, althans dat het beroep van Aruba Bank c.s. op de borgtocht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.
Het gerecht heeft de vorderingen van Aruba Bank c.s. in conventie afgewezen en in reconventie voor recht verklaard dat de borgstellingsovereenkomst door Hardeveld rechtsgeldig buitengerechtelijk is vernietigd.
3.2.2. Het hof heeft, met vernietiging van het vonnis van het gerecht, de vorderingen van Aruba Bank c.s. alsnog toegewezen en die van Hardeveld afgewezen. Daartoe overwoog het hof als volgt:
"2.3. Het GEA heeft overwogen dat sprake is van wederzijdse dwaling, nu alle partijen bij de borgtocht zijn uitgegaan van de verkeerde veronderstelling dat het faillissement van Arends nog kon en zou worden afgewend doordat het verzoek tot faillietverklaring op 20 april 2010 zou worden ingetrokken.

Om de volgende – samenhangende – redenen verenigt het Hof zich niet met deze overweging.
a. De door het GEA omschreven veronderstelling is voor Hardeveld verbonden met de gedachte dat hij door de borgtocht aan te gaan zou bijdragen aan de afwending van het faillissement van Arends, zodat Arends een lucratieve bouwovereenkomst zou kunnen aangaan en aldus in een zodanige financiële positie zou komen te verkeren dat Aruba Bank c.s. Hardeveld niet zouden aanspreken als borg. Voor Aruba Bank c.s. is de veronderstelling echter juist verbonden met de gedachte dat zij zouden bewilligen in een afwending van het faillissement, omdat zij, indien nodig, Hardeveld juist wel zouden kunnen aanspreken als borg. Daarom is geen sprake van 'dezelfde' veronderstelling in de zin van art. 6:228 sub c BW.
b. Voor zover de door het GEA omschreven veronderstelling inhoudt dat het faillissement van Arends nog kon worden afgewend, is niet aannemelijk dat deze veronderstelling onjuist was. Het is het Hof niet duidelijk hoe het komt dat de faillissementszaak in hoger beroep is geroyeerd (of doorgehaald). Indien Aruba Bank c.s. op 20 april 2010 niet meer wensten dat Arends failliet werd verklaard, hadden zij (eenparig met Arends) het Hof kunnen verzoeken het door het GEA uitgesproken faillissementsvonnis te vernietigen. Het had voor de hand gelegen dat het Hof dan overeenkomstig een dergelijk eenparig verzoek zou hebben beslist. Gesteld noch gebleken is dat er derden waren betrokken die het faillissement wel wilden doorzetten.
c. Voor zover de door het GEA omschreven veronderstelling inhoudt dat het faillissement van Arends nog zou worden afgewend, is sprake van een uitsluitend toekomstige gebeurtenis in de zin van art. 6:228 lid 2 BW, zodat daarop de vernietiging niet kan worden gegrond.
2.4. Ter beoordeling staat of de buitengerechtelijke vernietigingsverklaringen rechtsgevolg hebben gehad, omdat sprake is van dwaling die erin bestaat dat Hardeveld zich een te positieve voorstelling van zaken maakte omtrent de financiële positie van Arends, zoals Hardeveld heeft aangevoerd en Aruba Bank c.s. hebben betwist.
Hardeveld heeft op zichzelf terecht aangevoerd dat een dwaling van degene die als borg een borgtocht aangaat, in beginsel daarin kan bestaan dat hij zich een verkeerde voorstelling maakt omtrent de financiële positie van de hoofdschuldenaar. Evenwel geldt dat het antwoord op de vraag of een dergelijke dwaling in een concreet geval voor rekening van de dwalende behoort te blijven, afhangt van de omstandigheden van het geval.
2.5. In het onderhavige geval staat vast dat Hardeveld wist dat Arends reeds in eerste aanleg failliet was verklaard. Voorts heeft hij niet betwist dat hij een ervaren zakenman is. Hij heeft aangevoerd dat Arends hem heeft gezegd dat Arends, indien het faillissement zou worden beëindigd, op korte termijn een lucratieve bouwovereenkomst zou aangaan met Retraco. Hardeveld heeft niet gesteld dat Aruba Bank c.s. hem iets hebben voorgespiegeld over een bouwovereenkomst met Retraco en ook niet dat Hardeveld de mededelingen van Arends over een dergelijke bouwovereenkomst heeft gecontroleerd voordat hij de borgtocht aanging. Gelet hierop behoort in dit geval, indien Hardeveld zich bij het aangaan van de borgtocht een te positieve voorstelling van zaken heeft gemaakt omtrent de financiële positie van Arends, die dwaling voor rekening van Hardeveld te blijven.
Indien Arends de conceptovereenkomst van borgtocht aan Hardeveld heeft voorgelegd en hem heeft verzocht geen bedenktijd te gebruiken, en indien Aruba Bank c.s. zich niet hebben bemoeid met de wijze waarop Arends de conceptovereenkomst van borgtocht aan Hardeveld heeft voorgelegd, zijn die omstandigheden onvoldoende voor een ander oordeel.
Daarom hebben de buitengerechtelijke vernietigingsverklaringen geen rechtsgevolg gehad en zal het Hof ook zelf de borgtocht niet vernietigen. Voornoemde omstandigheden brengen ook mee dat het beroep van Aruba Bank c.s. op de borgtocht niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is."
3.3. De onderdelen I en II van het middel zijn gericht tegen het oordeel in de rov. 2.4 en 2.5 dat op grond van de aldaar vermelde omstandigheden het beroep van Hardeveld op dwaling faalt, en dat die omstandigheden ook meebrengen dat het beroep van Aruba Bank c.s. op de borgtocht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is.
Naar de kern genomen klagen de onderdelen dat het hof ten onrechte, althans onvoldoende gemotiveerd, is voorbijgegaan aan het beroep van Hardeveld op de bijzondere zorgplicht die bij het aangaan van de onderhavige borgtocht op Aruba Bank c.s. rustte, en aan de door Hardeveld in dat verband (en in verband met zijn beroep op de

beperkende werking van redelijkheid en billijkheid) gestelde omstandigheden.
3.4.1. Bij de beoordeling van deze klachten dient tot uitgangspunt dat – ook naar het recht van het land Aruba en (tot 10 oktober 2010) van de toenmalige Nederlandse Antillen – een professionele kredietverstrekker een bijzondere zorgplicht heeft jegens een particuliere borg, die ertoe strekt te verzekeren dat laatstgenoemde zich bewust is van de risico's die hij aangaat door zich borg te stellen voor de schuld van een derde. De invulling van deze zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval. Daartoe behoort de aard van de relatie tussen de beoogde borg en de schuldenaar. (HR 1 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7632, NJ 1991/759 (Van Lanschot/Bink)).
3.4.2. De gedingstukken laten geen andere conclusie toe dan dat Hardeveld de borgtocht is aangegaan als natuurlijk persoon die noch handelde in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf, noch ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van een naamloze of besloten vennootschap waarvan hij bestuurder is (vgl. art. 7:857 BW, dat vergelijkbaar is met het thans geldende art. 7:857 Arubaans BW en het tot 10 oktober 2010 geldende art. 7:857 BW van de Nederlandse Antillen). Voorts staat vast dat Aruba Bank c.s. professionele financiële instellingen zijn.
Daarvan uitgaande geeft het oordeel van het hof blijk van een onjuiste rechtsopvatting, voor zover daarin besloten ligt dat Aruba Bank c.s. jegens Hardeveld geen bijzondere zorgplicht hadden als hiervoor in 3.4.1 bedoeld. Een particuliere borg behoeft immers bescherming tegen eigen ondoordachtheid bij het aangaan van een overeenkomst waarvan de financiële gevolgen vooralsnog uitblijven maar die, als zij zich voordoen, een zware last plegen te vormen (zie de MvT bij art. 7:857 BW, Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 444).
De omstandigheid dat de borgtocht is aangegaan door een particulier die – zoals het hof ten aanzien van Hardeveld oordeelde – "een ervaren zakenman" is, maakt dit niet anders.
3.4.3. Voor zover het hof wel van voormelde bijzondere zorgplicht is uitgegaan, is zijn oordeel in rov. 2.5 dat de dwaling van Hardeveld voor zijn rekening moet blijven, onvoldoende gemotiveerd in het licht van de in het cassatieverzoekschrift (onder 1.9-1.10 en 1.51) vermelde stellingen die Hardeveld in de feitelijke instanties heeft aangevoerd.
Deze stellingen komen op het volgende neer:
– Aruba Bank c.s. zijn niet zelf in contact getreden met Hardeveld om de overeenkomst van borgtocht aan te gaan, maar hebben dat overgelaten aan Arends, met het risico dat Arends een rooskleuriger voorstelling van zaken zou geven dan gerechtvaardigd was;
– Aruba Bank c.s. wisten dat (destijds) een vriendschapsband en vertrouwensrelatie tussen Arends en Hardeveld bestond;
– Arends is in de avond van 19 april 2010 bij Hardeveld thuis gekomen en heeft gezegd dat het faillissement de volgende dag met instemming van Aruba Bank c.s. kon worden opgeheven indien Hardeveld zich borg stelde voor de schuld van Arends jegens Aruba Bank c.s., en dat Arends dan in staat zou zijn een lucratieve bouwovereenkomst te sluiten waardoor hij voor 1 juli 2010 Aruba Bank c.s. zou kunnen afbetalen, zodat Hardeveld niet als borg zou worden aangesproken;
– Arends heeft die avond een vooraf (door de gezamenlijke advocaat van Arends en Aruba Bank c.s.) opgestelde akte van borgtocht ter ondertekening aan Hardeveld voorgelegd, en heeft Hardeveld geen bedenktijd geboden omdat de volgende ochtend de zitting zou plaatsvinden waarin volgens Arends het faillissement kon worden beëindigd vanwege de borgtocht;
– Hardeveld is door de vriendschaps- en vertrouwensband bewogen Arends te hulp te schieten met de borgtocht;
– Hardeveld is een 'self made man' die niet juridisch onderlegd is en geen verstand van faillissementen heeft.
In het licht van deze stellingen is de omstandigheid dat Hardeveld wist dat Arends failliet was verklaard en dat dit feit tevens uitdrukkelijk in de akte van borgtocht was vermeld (overigens met de toevoeging dat hoger beroep was ingesteld), onvoldoende om te oordelen dat Hardeveld in voldoende mate was gewaarschuwd voor de risico's van de onderhavige borgtocht.
3.4.4. De op het voorgaande gerichte klachten van de onderdelen I en II zijn gegrond. De onderdelen behoeven voor het overige geen behandeling.
3.5. Onderdeel III klaagt onder meer over het oordeel van het hof in rov. 2.3, onder c, dat voor zover aan de dwaling ten grondslag ligt de veronderstelling dat het faillissement van Arends nog zou worden afgewend, sprake is van een uitsluitend toekomstige gebeurtenis in de zin van art.

6:228 lid 2 Arubaans BW, zodat daarop de vernietiging niet kan worden gegrond.
Volgens de klacht miskent het hof dat Hardeveld zijn beroep op dwaling (mede) gegrond heeft op een onjuiste voorstelling van zaken betreffende omstandigheden die naar de voorstelling van partijen, althans van Hardeveld zelf, ten tijde van het sluiten van de overeenkomst aanwezig waren. De stellingen van Hardeveld komen immers erop neer dat hij vanwege de tekortschietende voorlichting omtrent de risico's van de onderhavige borgtocht, is uitgegaan van een onjuiste voorstelling van zaken omtrent de kans dat hij als borg zou worden aangesproken, omdat hij ervan uitging dat door het aangaan van de borgtocht het faillissement van Arends zou worden beëindigd (waardoor deze in een zodanig betere financiële situatie zou komen te verkeren dat Hardeveld niet als borg behoefde te worden aangesproken).
Zoals de Hoge Raad in rov. 3.3 van het arrest Van Lanschot/Bink heeft geoordeeld, kan een borgstellingsovereenkomst wegens dwaling vernietigbaar zijn, wanneer de borg bij het vormen van zijn oordeel omtrent de kans dat hij tot nakoming zal worden verplicht, is uitgegaan van een zodanig verkeerde voorstelling van zaken dat hij, zou hij een juiste voorstelling hebben gehad, niet bereid zou zijn geweest de borgtocht te verlenen. De klacht is derhalve gegrond.
3.6. De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

4. Beslissing
De Hoge Raad:
vernietigt het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van 24 februari 2015;
wijst het geding terug naar dat hof ter verdere behandeling en beslissing;
veroordeelt Aruba Bank c.s. in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

NOOT

1. In het arrest van de Hoge Raad van 1 juni 1990, *NJ* 1991/759 *(Van Lanschot/Bink)* werd voor het eerst een bijzondere informatieplicht aangenomen die rust op professionele kredietverstrekkers tegenover particuliere borgen. De Hoge Raad oordeelde dat indien sprake is van (wederzijdse) dwaling, deze dwaling slechts voor rekening van de particuliere borg zal kunnen blijven, indien de kredietverstrekker stelt – en voor zover nodig bewijst – dat hij de borg omtrent de risico's die aan de borgtocht zijn verbonden, heeft voorgelicht. De onderhavige Arubaanse zaak brengt dit leerstuk uit het arrest Van Lanschot/Bink wederom onder de aandacht.
2. *Feiten.* De feiten zijn als volgt. Als vriendendienst stelt Hardeveld zich in april 2010 borg voor de verplichtingen van een inmiddels failliet verklaarde hoofdschuldenaar. Zowel de schuldeiser, Aruba Bank en Island Finance Aruba (hierna: Aruba Bank c.s.), als de borg zijn in de veronderstelling dat het uitgesproken faillissement van de hoofdschuldenaar in hoger beroep vernietigd zou worden. Deze veronderstelling blijkt achteraf onjuist. Het weerhoudt Aruba Bank c.s. er echter niet van om de borg aan te spreken tot betaling, wat door de borg wordt geweigerd. De borg stelt te hebben gedwaald, vernietigt de overeenkomst en stelt dat de dwaling voor rekening van Aruba Bank c.s. moet komen, nu hij niet voldoende is geïnformeerd over de risico's van de borgtocht die hij is aangegaan.
3. *Altijd een zorgplicht bij een particuliere borg.* Waar het Gerecht in eerste aanleg van Aruba het beroep op dwaling honoreerde en oordeelde dat Aruba Bank c.s. de borg had moeten informeren over de risico's die aan de borgtocht verbonden waren, meende het Gemeenschappelijk Hof van Justitie dat het beroep op dwaling niet kon slagen. Het lijkt er sterk op dat het Gemeenschappelijk Hof van Justitie het feit dat de borg een ervaren zakenman was in zodanige mate heeft meegewogen, dat het beroep op dwaling reeds daarom niet zou kunnen slagen. Bovendien blijkt niet, althans niet duidelijk, dat het Gemeenschappelijk Hof van Justitie zich heeft gerealiseerd dat ook ervaren zakenmannen als particuliere borg kunnen kwalificeren. De Hoge Raad herhaalt, met een beroep op de wetsgeschiedenis, dat bij de kwalificatie van de hoedanigheid van een borg als "particuliere borg" gekeken moet worden naar – in casu het Antilliaanse/Arubaanse equivalent van – art. 7:857 BW. Nu de gedingstukken geen andere conclusie toelaten dan de kwalificatie van de contractspartij van Aruba Bank c.s. als particuliere borg, is de zorgplicht uit het arrest Van Lanschot/Bink onverkort van toepassing, aldus de Hoge Raad. Daaraan wordt nog toegevoegd dat de omstandigheid dat een particuliere borg tevens een ervaren zakenman is, de aanwezigheid van de zorgplicht niet anders maakt.

4. *Particulier versus professioneel.* Het onderhavige arrest bevestigt dat wanneer een professionele kredietverstrekker een overeenkomst van borgtocht aangaat met een particuliere borg, zij altijd dient te voldoen aan de zorgplicht uit het arrest Van Lanschot/Bink teneinde in staat te zijn een beroep op dwaling door deze borg af te kunnen weren. De mate van professionaliteit van de particuliere borg zal dan alleen nog bij de praktische invulling van de zorgplicht een rol kunnen spelen. Daarbij zijn overigens verschillende benaderingen denkbaar en verdedigbaar al naar gelang de kennis en ervaring van de particuliere borg, zoals terecht wordt opgemerkt door Wijnstekers in zijn noot bij Hof 's-Hertogenbosch 26 april 2016, «JOR» 2016/216. Slechts indien de contractspartij van de professionele kredietverstrekker een professionele borg is, zal deze zorgplicht niet aanwezig zijn. Zie HR 3 juni 1994, *NJ* 1997/287, m.nt. CJHB *(Direktbank/Breda)*. Voor professionele kredietverstrekkers betekent dit dat zij er goed aan doen om elke keer als een natuurlijk persoon zich borg stelt, te voldoen aan de zorgplicht zoals geformuleerd in Van Lanschot/Bink. De wijze waarop art. 7:857 BW is geformuleerd herbergt namelijk een fors risico in zich dat een rechter op een later tijdstip tot een oordeel komt dat een persoon die mogelijk als professionele borg zou kunnen worden aangemerkt, toch een particuliere borg is. Vooral het, zeer feitelijke, oordeel of de borgtocht is aangegaan ten behoeve van de "normale" uitoefening van het bedrijf van de vennootschap waar de borg bestuurder en aandeelhouder van is, kan in dat kader voor onaangename verrassingen zorgen. Zie HR 18 december 2015, «JOR» 2016/106, m.nt. Bertrams *(Nooij/ING)* en Bergervoet, *Borgtocht*, (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014, nr. 147.

5. *Ook buiten de context van wederzijdse dwaling?* De zorgplicht uit het arrest Van Lanschot/Bink was gebaseerd op een casus waar wederzijdse dwaling aan ten grondslag lag. Zowel de bank als de borg gingen in die casus ervan uit dat de borgtocht diende voor de verplichtingen van een onderneming die weliswaar in financieel zwaar weer verkeerde, maar op dat moment nog voldoende kans van overleven had. Naar achteraf bleek, was ten tijde van het aangaan van de borgtocht eigenlijk al geen reële kans meer op continuïteit van de onderneming. Mede tegen de achtergrond van die specifieke casus wordt de zorgplicht uit het arrest Van Lanschot/Bink algemeen gezien als een zorgplicht die relevant is bij het beroep van de borg op wederzijdse dwaling. Zie Blomkwist, *Mon. BW B78*, 2012, nr. 23: *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014/245 en Bergervoet, *Borgtocht*, diss. 2014, nr. 133. In het onderhavige arrest lijkt de Hoge Raad echter de zorgplicht ruimer uit te leggen en toepasselijk te achten ongeacht het geval van dwaling dat zich in het concrete geval voordoet. Zo wordt in de laatste alinea van r.o. 3.5 uitdrukkelijk overwogen dat de zorgplicht van toepassing is in elk geval waar de borg zich een zodanig verkeerde voorstelling van zaken heeft gevormd omtrent de kans dat hij tot nakoming zal worden verplicht dat hij, zou hij een juiste voorstelling hebben gehad, niet bereid zou zijn geweest de borgtocht te verlenen. Het feit dat de Hoge Raad de zorgplicht uit Van Lanschot/Bink niet specifiek lijkt te koppelen aan wederzijdse dwaling, kan praktisch gezien betekenen dat de borg in een procedure meer mogelijkheden heeft om te gemotiveerd te betogen dat hij heeft gedwaald en de dwaling voor rekening van de schuldeiser moet komen. Zowel in het geval van dwaling door een gedraging van de schuldeiser (art. 6:228 lid 1 sub a en b BW) als bij wederzijdse dwaling (art. 6:228 lid 1 sub c BW) zal de borg enkel de dwaling moeten aantonen om vervolgens een beroep te kunnen doen op het schenden van de informatieplicht aan de zijde van de schuldeiser. Indien de dwaling vaststaat, zal de schuldeiser bij het schenden van de informatieplicht uit het arrest Van Lanschot/Bink dan geen mogelijkheid meer hebben om te betogen dat de dwaling voor rekening van de borg moet blijven.

G.J.L. Bergervoet
advocaat bij Clifford Chance LLP Amsterdam en als fellow verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit Nijmegen

292

JOR 2016/292

Hoge Raad
8 juli 2016, 15/00608, ECLI:NL:HR:2016:1511
(mr. Van Buchem-Spapens, mr. Heisterkamp, mr. Snijders)
(Concl. A-G Vlas, niet opgenomen; red.)
Noot B.A. Schuijling

Uitleg renteclausule in hypotheekakte. Toepassing Haviltex-maatstaf op obligatoire afspraken in hypotheekakte. Geen toepassing objectieve maatstaf voor de uitleg van akten die strekken tot overdracht of bezwaring van registergoederen. Verwijzing naar HR 22 oktober 2010, NJ 2011/111 en HR 19 april 2013, NJ 2013/240.

[BW art. 6:74, 6:248]

Het hof heeft in r.o. 3.4 het volgende overwogen: "Het gaat in deze zaak om de uitleg van een notariële akte ter vestiging van een beperkt recht. Bij de uitleg van een zodanige akte komt het aan op de partijbedoeling voor zover die in de akte tot uitdrukking is gebracht. Deze bedoeling moet worden afgeleid uit de in deze akte gebezigde bewoordingen, uit te leggen naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte (o.a. HR 19 april 2013, NJ 2013/240)." Het hof heeft vervolgens aan de hand van de in r.o. 3.4 vermelde maatstaf kort gezegd overwogen dat, gelet op de in art. 1 van de hypotheekakte gebezigde bewoordingen rente verschuldigd is over de 36 in die akte genoemde termijnen. Het heeft voorts overwogen dat het standpunt van verzoekster (tot cassatie) dat het bedrag van NAF 720.000 inclusief rente is, zou betekenen dat verweerders (in cassatie) uiteindelijk slechts de koopsom betaald zouden krijgen, zonder rente, ook al betaalt verzoekster in termijnen. Een dergelijke partijbedoeling ligt volgens het hof niet voor de hand en kan niet afgeleid worden uit de in de hypotheekakte gebezigde bewoordingen.
Het hof heeft in r.o. 3.4 voor de toe te passen maatstaf aansluiting gezocht bij HR 19 april 2013, NJ 2013/240. In dat arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat het bij de uitleg van een notariële akte waarbij een erfdienstbaarheid is vastgelegd, aankomt op de partijbedoeling voor zover die in de notariële akte tot uitdrukking is gebracht, en dat deze bedoeling moet worden afgeleid uit de in de akte gebezigde bewoordingen, uit te leggen naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte. Volgens vaste rechtspraak geldt deze maatstaf voor de uitleg van notariële akten die strekken tot levering van registergoederen en de vestiging van beperkte rechten daarop (zie onder meer HR 22 oktober 2010, NJ 2011/111). De ratio van deze objectieve uitlegmaatstaf is gelegen in het voor registergoederen geldende stelsel van publiciteit. Derden moeten kunnen afgaan op hetgeen in een – in de openbare registers ingeschreven – akte is vermeld ter zake van de overdracht van een registergoed of van de vestiging van een beperkt recht op een registergoed. In het onderhavige geval ziet het geschil van partijen niet op hetgeen in de hypotheekakte is vermeld ter zake van de vestiging van het hypotheekrecht, maar op de vraag of partijen zijn overeengekomen dat het in de hypotheekakte genoemde bedrag van NAF 720.000 inclusief rente is dan wel exclusief rente. Het gaat hier derhalve om de uitleg van een contractuele renteclausule die alleen een rol speelt in de verhouding tussen de oorspronkelijke contractspartijen. Bij de beantwoording van de vraag wat de inhoud is van de op dit punt door partijen gemaakte obligatoire afspraken komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze afspraken mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, zulks in het licht van alle omstandigheden van het geval (de Haviltex-maatstaf; vgl. het hiervoor genoemde arrest van de Hoge Raad van 22 oktober 2010). Het hof heeft dit laatste miskend en heeft aldus blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

Melber Holding NV te Cuaraçao,
verzoekster tot cassatie,
verweerster in het incidenteel cassatieberoep,
advocaat: mr. P.S. Kamminga,
tegen
1. G.A. Goede te Cuaraçao,
2. G.I. Goede-Martina te Curaçao,
verweerders in cassatie,
verzoekers in het incidenteel cassatieberoep,

advocaten: mr. J.W.H. van Wijk en mr. K.J.O. Jansen.

(...; *red.*)

3. Uitgangspunten in cassatie

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Partijen zijn op 16 maart 2009 een "Memorandum of Understanding" aangegaan ter zake van de koop door Melber van de aandelen van Goede c.s. in Geoffrey's Gym N.V. (hierna: de vennootschap) voor een bedrag van NAF 799.800,--. Melber heeft toen een aanbetaling gedaan van NAF 35.000,--.

(ii) Op 2 april 2009 hebben Goede c.s. bij notarieel verleden akte hun aandelen in het kapitaal van de vennootschap verkocht en geleverd aan Melber voor een koopsom van NAF 825.000,--. In de akte wordt vermeld dat voor de koopsom kwijting wordt verleend.

(iii) Goede c.s. hebben aan Melber een geldlening verstrekt om de koop van de aandelen mogelijk te maken. Tot zekerheid voor de terugbetaling van deze lening heeft Melber op registergoederen van de vennootschap een hypotheekrecht gevestigd ten behoeve van Goede c.s.

(iv) In de hypotheekakte van 2 april 2009, waarin Melber "de schuldenaar" wordt genoemd, de vennootschap "de onderzetter" en Goede c.s. "de schuldeisers", wordt, voor zover thans van belang, het volgende vermeld:

"De schuldenaar verklaarde wegens op heden ter leen ontvangen gelden wel en wettig schuldig te zijn aan de schuldeisers de som van ZESHONDERD EN TACHTIGDUIZEND EENHONDERD EN ZEVENTIG GULDEN (*f* 680.170,--) ten aanzien van welke schuld partijen zijn overeengekomen als volgt:

1. De schuldenaar is verplicht het verschuldigde bedrag terug te betalen in twee renteloze termijnen van vijf en dertigduizend gulden (*f* 35.000,--) elk, vervallende op een mei tweeduizend negen en een juni tweeduizend negen en vervolgens zes en dertig (36) achtereenvolgende maandelijkse termijnen van ieder twintigduizend gulden (*f* 20.000,--) voor het eerst op een juli tweeduizend negen, totaliserend zevenhonderd en twintigduizend gulden (*f* 720.000,--). Vervroegde aflossing is niet mogelijk.

2. De schuldenaar is verplicht over het geleende bedrag ad ZESHONDERD EN TACHTIGDUIZEND EENHONDERD EN ZEVENTIG GULDEN (Naf. 680.170,--) een rente te betalen naar reden van zes procent (6%) per jaar, ingaande een juni tweeduizend negen.

3. Het verschuldigde is daarentegen te allen tijde terstond opeisbaar, (...) alsmede indien het verbonden onderpand geheel of gedeeltelijk in openbare veiling wordt gebracht en eindelijk bij niet-nakoming door de schuldenaar van een of meer harer uit deze akte voortvloeiende verbintenissen".

(v) Melber heeft ingevolge de hypotheekakte twee renteloze termijnen van elk NAF 35.000,-- betaald en daarna nog NAF 161.500,--.

(vi) Op 10 mei 2011 zijn de registergoederen die als onderpand hebben gediend voor de geldlening, executoriaal verkocht. De verkoop heeft NAF 622.793,-- opgeleverd.

(vii) Goede c.s. hebben een bedrag van afgerond NAF 10.318,-- betaald aan een notariskantoor voor verrichte werkzaamheden in verband met een aangehouden veiling.

3.2.1. Melber vordert in dit geding (in conventie) veroordeling van Goede c.s. tot betaling van NAF 93.303,-- (in hoofdsom). Volgens Melber heeft zij een vordering op Goede c.s. ter hoogte van dit bedrag, gelet op de door haar gedane aflossingen, de veilingopbrengst en de kosten van de veiling. Zij stelt zich daarbij op het standpunt dat het in art. 1 van de hypotheekakte genoemde bedrag van NAF 720.000,-- inclusief rente is.

Goede c.s. hebben de vordering in conventie bestreden. Volgens Goede c.s. is over het bedrag van NAF 720.000,-- rente verschuldigd. Goede c.s. hebben voorts een vordering in reconventie ingesteld.

Het gerecht heeft zowel de vordering in conventie als die in reconventie afgewezen.

3.2.2. Het hof heeft in principaal appel het vonnis in conventie bevestigd. In het incidentele appel heeft het hof het vonnis in reconventie vernietigd en Melber veroordeeld tot betaling aan Goede c.s. van een bedrag van NAF 42.601,75 (in hoofdsom).

4. Beoordeling van het middel in het principale beroep

4.1. Onderdeel d klaagt dat het hof (in rov. 3.4) bij de beantwoording van de vraag of het in de hypotheekakte genoemde bedrag van NAF 720.000,-- de overeengekomen rente van 6% per jaar omvat, een onjuiste maatstaf heeft toegepast.

4.2.1. Het hof heeft in rov. 3.4 het volgende overwogen:
"3.4. Het gaat in deze zaak om de uitleg van een notariële akte ter vestiging van een beperkt recht. Bij de uitleg van een zodanige akte komt het aan op de partijbedoeling voor zover die in de akte tot uitdrukking is gebracht. Deze bedoeling moet worden afgeleid uit de in deze akte gebezigde bewoordingen, uit te leggen naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte (o.a. HR 19 april 2013, NJ 2013/240)."
Het hof heeft vervolgens aan de hand van de in rov. 3.4 vermelde maatstaf kort gezegd overwogen dat, gelet op de in art. 1 van de hypotheekakte gebezigde bewoordingen rente verschuldigd is over de 36 in die akte genoemde termijnen (rov. 3.5). Het heeft voorts overwogen dat het standpunt van Melber dat het bedrag van NAF 720.000,-- inclusief rente is, zou betekenen dat Goede c.s. uiteindelijk slechts de koopsom betaald zouden krijgen, zonder rente, ook al betaalt Melber in termijnen. Een dergelijke partijbedoeling ligt volgens het hof niet voor de hand en kan niet afgeleid worden uit de in de hypotheekakte gebezigde bewoordingen (rov. 3.6). Een geobjectiveerde uitleg van art. 1 in samenhang met art. 2, waarin de verschuldigdheid van 6% rente is vastgelegd, leidt tot de conclusie dat – afgezien van de twee renteloze termijnen van NAF 35.000,-- elk – rente verschuldigd is over het geleende bedrag (rov. 3.7).
Het gerecht is, gelet op de door Melber gedane aflossingen, de veilingopbrengst en de kosten van de aangehouden veiling, terecht tot het oordeel gekomen dat Melber geen vordering heeft op Goede c.s. (rov. 3.9).
4.2.2. Het hof heeft in rov. 3.4 voor de toe te passen maatstaf aansluiting gezocht bij HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2904, NJ 2013/240. In dat arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat het bij de uitleg van een notariële akte waarbij een erfdienstbaarheid is vastgelegd, aankomt op de partijbedoeling voor zover die in de notariële akte tot uitdrukking is gebracht, en dat deze bedoeling moet worden afgeleid uit de in de akte gebezigde bewoordingen, uit te leggen naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte.
Volgens vaste rechtspraak geldt deze maatstaf voor de uitleg van notariële akten die strekken tot levering van registergoederen en de vestiging van beperkte rechten daarop (zie onder meer HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM8933, NJ 2011/111). De ratio van deze objectieve uitlegmaatstaf is gelegen in het voor registergoederen geldende stelsel van publiciteit. Derden moeten kunnen afgaan op hetgeen in een – in de openbare registers ingeschreven – akte is vermeld ter zake van de overdracht van een registergoed of van de vestiging van een beperkt recht op een registergoed.
4.2.3. In het onderhavige geval ziet het geschil van partijen niet op hetgeen in de hypotheekakte is vermeld ter zake van de vestiging van het hypotheekrecht, maar op de vraag of partijen zijn overeengekomen dat het in de hypotheekakte genoemde bedrag van NAF 720.000,-- inclusief rente is dan wel exclusief rente. Het gaat hier derhalve om de uitleg van een contractuele renteclausule die alleen een rol speelt in de verhouding tussen de oorspronkelijke contractspartijen. Bij de beantwoording van de vraag wat de inhoud is van de op dit punt door partijen gemaakte obligatoire afspraken komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze afspraken mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, zulks in het licht van alle omstandigheden van het geval (de Haviltex-maatstaf; vgl. het hiervoor in 4.2.2 genoemde arrest van de Hoge Raad van 22 oktober 2010, rov. 4.2.3). Het hof heeft dit laatste miskend en heeft aldus blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het onderdeel is derhalve gegrond. De overige onderdelen behoeven geen behandeling.

5. Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

5.1. Het middel klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 3.19 onbegrijpelijk is. Volgens het middel bevat de door het hof gemaakte berekening van de restantschuld een rekenfout.
5.2. Het hof heeft in rov. 3.19 onder meer het volgende overwogen:
"3.19. (...) komt het Hof tot het oordeel dat Goede c.s. een vordering heeft op Melber van NAf 42.601,75 aan restantschuld die als volgt is berekend:
– het uitgeleende bedrag van NAf 790.000,00 vermeerderd met NAf 129.600,00 (...) aan rente plus NAf 876,75 aan kosten (...) en NAf 10.318,00 aan kosten (...) en NAf 1.100,00 aan advocaatkosten is NAf 931.894,75;

– NAf 931.894,75 minus NAf 266.500,00 (NAf 105.000,00 plus NAf 161.500,00) aan aanbetaling en aflossingen en NAf 622.793,00 aan veilingopbrengst is NAf 42.601,75."
5.3. De klacht is gegrond. Het hof heeft in rov. 3.15 onder meer het volgende vastgesteld:
"3.15. (...) Ten tijde van het verlijden van de hypotheekakte was Melber blijkens de notariële akte van 2 april 2009 en gelet op de aanbetaling van NAf 35.000,-- een bedrag van NAf 790.000,00 (NAf 825.000,00 minus NAf 35.000,00) verschuldigd aan Goede c.s.".
Het hof heeft in rov. 3.19 op het bedrag van (NAF 790.000,--, vermeerderd met rente en kosten =) NAF 931.894,75 onder meer NAF 105.000,-- in mindering gebracht. Het bedrag van NAF 105.000,-- ziet klaarblijkelijk op de aanbetaling van NAF 35.000,-- (zie hiervoor 3.1 onder (i)) en op de twee renteloze termijnen van elk NAF 35.000,-- (zie hiervoor 3.1 onder (v)). Het hof heeft derhalve de aanbetaling van NAF 35.000,-- twee maal in mindering gebracht, de eerste keer in rov. 3.15 en vervolgens in rov. 3.19.
5.4. Nu Melber deze beslissing van het hof niet heeft uitgelokt of verdedigd, zullen de kosten van het geding in het incidentele cassatieberoep worden gereserveerd.

6. Beslissing
De Hoge Raad:
in het principale en in het incidentele beroep:
vernietigt het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van 11 november 2014;
wijst het geding terug naar dat hof ter verdere behandeling en beslissing;
in het principale beroep:
veroordeelt Goede c.s. in de kosten van het geding in cassatie, (...; *red.*);
in het incidentele beroep:
reserveert de beslissing omtrent de kosten van het geding in cassatie tot de einduitspraak;
(...; *red.*).

NOOT

1. Niet alle onderdelen van een hypotheekakte moeten aan de hand van dezelfde maatstaf worden uitgelegd, zo volgt uit deze Curaçaose zaak. De betekenis van de onderdelen waarin het hypotheekrecht is vastgelegd, moet worden vastgesteld aan de hand van de bijzondere maatstaf voor leverings- of vestigingsakten met betrekking tot registergoederen. Voor contractuele bedingen in de hypotheekakte, zoals in dit geval een renteclausule, geldt de Haviltex-maatstaf.
2. Bij de uitleg van notariële akten tot levering van registergoederen of vestiging van beperkte rechten daarop, moet de partijbedoeling worden bepaald naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte. De ratio van deze bijzondere, objectieve maatstaf is gelegen in het stelsel van publiciteit voor registergoederen en het vertrouwen dat derden in de openbare registers moeten kunnen stellen. Zie r.o. 4.2.2 en onder meer HR 8 december 2000, *NJ* 2001/350 *(Eelder Woningbouw/Van Kammen)*; HR 13 juni 2003, *NJ* 2004/251 *(Teijsen/Marcus)* en HR 22 oktober 2010, *NJ* 2011/111, m.nt. Verstijlen *(Kamsteeg/Lisser)*. Daarbij mag slechts acht worden geslagen op de gegevens die voor derden uit of aan de hand van de in de openbare registers ingeschreven akte kenbaar zijn, zoals volgt uit HR 1 november 2013, *NJ* 2013/522 *(Van Wijk/De Prinsenwerf)*. Zie over deze maatstaf onder meer J.W.A. Biemans, 'Uitleg van notariële akten algemeen', in: *Uitleg van notariële akten* (Serie Ars Notariatus, deel 160), Kluwer 2015, p. 8-10.
3. Toegepast op hypotheekakten, kan uit deze arresten worden afgeleid dat aan de hand van de bijzondere maatstaf moet worden bepaald of de akte de strekking heeft tot vestiging van een hypotheekrecht en, zo ja, wat het object en de inhoud van dit hypotheekrecht is. De maatstaf geldt, naar mijn overtuiging, ook voor de uitleg van de omschrijving van de vorderingen waarvoor het hypotheekrecht tot zekerheid strekt. Vgl. HR 16 september 1988, *NJ* 1989/10 *(Onderdrecht/FGH)*. Hetzelfde geldt voor de bepaling van het (maximum)bedrag dat uit hoofde van het hypotheekrecht kan worden verhaald. Dezelfde maatstaf moet ook worden gehanteerd voor de uitleg van de "gebruikelijke bedingen" die de inhoud van de hypotheek kunnen vormen, zoals een huurbeding of een beheers- of ontruimingsbeding. In dezelfde zin S.E. Bartels, 'Uitleg van hypotheekakten en notariële pandakten', in: *Uitleg van notariële akten* (2015), p. 47-49.
4. De bijzondere uitlegmaatstaf geldt *niet* voor obligatoire afspraken die zijn opgenomen in de hypotheekakte, zoals de renteclausule in de onderhavige zaak. Dergelijke clausules worden overeenkomstig de Haviltex-maatstaf uitgelegd. Vgl. r.o. 4.2.3. Hetzelfde geldt voor de uitleg van

de titel tot hypotheekvestiging of voor afspraken over de omvang van de geleende som, de bedongen rente, bepalingen omtrent opeisbaarheid, boetes en verzuim. Bij de vaststelling van de inhoud van dergelijke afspraken komt het aan op alle omstandigheden van het geval, zodat bijvoorbeeld een beroep kan worden gedaan op verklaringen die buiten de hypotheekakte zijn gedaan. In zoverre is men niet gebonden aan de bewoordingen van de hypotheekakte. Deze notariële akte levert echter wel dwingend bewijs op tussen partijen van de inhoud van de daarin vervatte afspraken (art. 157 lid 2 Rv). Tegenbewijs staat daartegen open en kan met alle middelen worden bewezen (art. 151 en 152 Rv). Vgl. HR 22 april 1994, *NJ* 1995/560 *(Bouwmeester/Van Leeuwen)*; HR 16 maart 2007, *NJ* 2008/219 *(Wooning/Wooning)* en HR 22 oktober 2010, *NJ* 2011/111, m.nt. Verstijlen *(Kamsteeg/Lisser)*.

5. Het litigieuze beding betrof de omvang van het door de geldlener aan de geldschieter verschuldigde bedrag. Partijen zijn verdeeld over het antwoord op de vraag of het in de akte genoemde bedrag (NAF 720.000) inclusief of exclusief de bedongen rente was. De uitleg van een dergelijk beding wordt bestreken door de Haviltex-maatstaf. Dat de Hoge Raad nog overweegt dat het hier gaat om de uitleg van een clausule die *alleen* een rol speelt in de verhouding tussen de oorspronkelijke contractspartijen, vind ik wat minder gelukkig. De bepaling van het geleende en door de hypotheek gedekte bedrag is immers van invloed op de verdeling van de executieopbrengst en tot die opbrengst kunnen ook anderen dan de hypotheekhouder en hypotheekgever zijn gerechtigd. In zoverre kan de uitleg van het beding ook derden raken. Dat rechtvaardigt echter nog geen andere, bijzondere uitlegmaatstaf. Vgl. HR 20 september 2002, «JOR» 2002/210 (*ING/Muller q.q.)*. Overigens is niet ondenkbaar dat een in de akte vermeld totaalbedrag moet worden opgevat als het maximumbedrag verbonden aan de hypotheek. Dat was in deze zaak kennelijk niet het geval. Óf een vermelding van een bedrag in de hypotheekakte die strekking heeft, moet naar mijn idee weer wél worden vastgesteld met inachtneming van de bijzondere maatstaf uit het registergoederenrecht.

6. Voor de hypotheek op teboekstaande binnenschepen geldt – naar Nederlands recht althans – een licht afwijkend regime. Op grond van art. 8:792 BW dient de vestigingsakte voor een dergelijke hypotheek ook melding te maken van de voorwaarden voor opeisbaarheid van de gesecureerde vordering of een verwijzing naar een ingeschreven document waaruit deze voorwaarden kenbaar zijn (sub b) en – voor zover de verschuldigde rente niet is begrepen in het in de akte vermelde maximumbedrag – de contractuele rentevoet en haar vervaltijdstippen (sub c). Deze bijzonderheid heeft een verdragsrechtelijke achtergrond, namelijk het Verdrag van Genève vermeld in art. 8:781, aanhef en sub a, BW. Met het voorschrift wordt beoogd het belang te dienen van derden die door raadpleging van de registers kunnen nagaan in hoeverre het binnenschip is bezwaard met hypotheek. Vgl. HR 16 juni 2000, «JOR» 2000/159, m.nt. Verdaas *(Nedship/Oderkerk q.q.)*. Gelet op deze achtergrond, lijkt de toepassing geboden van de bijzondere registergoederenrechtelijke uitlegmaatstaf voor deze vermeldingen in de akte.

7. Tot slot nog een opmerking over notariële pandakten. Voor de uitleg van pandakten is de Haviltex-maatstaf beslissend. Vgl. HR 16 mei 2003, «JOR» 2003/184*(De Liser de Morsain/Rabobank)*. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 31 maart 2015, «JOR» 2015/278, m.nt. Westermann *(Kézér q.q./DLL Financial Services)* en Hof 's-Hertogenbosch 28 april 2015, «JOR» 2015/221, m.nt. Rongen *(Schoenmaeckers/ING)*. Dat een vestigingsakte in notariële vorm wordt verleden, dwingt niet tot het hanteren van een andere maatstaf. Daarbij maakt het niet uit of de notariële vorm verplicht is voorgeschreven, zoals bij de verpanding van aandelen op naam (art. 2:86/196 lid 1 BW). Zie ook Bartels, 'Uitleg van hypotheekakten en notariële pandakten', in: *Uitleg van notariële akten* (2015), p. 45 en 50-51 en Schuijling, *Levering en verpanding van toekomstige goederen*, diss. Nijmegen (2016), nr. 228. Anders nog Kleijn, in zijn noot onder HR 8 december 2000, *NJ* 2001/350, onder 5. Voor (overeenkomstige) toepassing van de bijzondere uitlegnorm uit het registergoederenrecht, bestaat naar mijn overtuiging niet de minste aanleiding.

B.A. Schuijling

17

JOR 2017/17

Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao
19 september 2016, E.J. no. F. 80291/2016,
E.J. no. F. 80347/2016,
ECLI:NL:OGEAC:2016:98
(mr. Sijsma)
Noot J.B.A. Jansen

Verzoek tot faillietverklaring en bevel inbewaringstelling in verband met handelingen als voormalig curator verricht. Geen vrees voor niet-nakomen verplichtingen door failliet. Bevel inbewaringstelling afgewezen. Verwijzing naar HR 12 juli 2013, «JOR» 2013/339, m.nt. Nuyten.

[Faillissementsbesluit 1931 art. 1, 2, 4, 5, 11, 19, 82 lid 1, 86, 100]

Vonnis d.d. 19 september 2016: verzoekster is op 11 juli 2016 aangesteld als curator in het faillissement van Banco Maracaibo NV, welk faillissement op 15 augustus 1994 is uitgesproken. Tot hun ontslag in juli 2016 waren verweerder en mr. R.E. Blaauw de curatoren in dit faillissement. Verzoekster heeft gesteld dat verweerder als faillissementscurator minimaal USD 11 miljoen aan boedelgelden heeft verduisterd en valsheid in geschrifte heeft gepleegd. Verweerder erkent voorgaande. Door genoemde handelwijze is het bedrag niet beschikbaar ter verdeling onder de bijna 1.500 Venezolaanse rekeninghouders en de overige schuldeisers van Banco Maracaibo. Verweerder heeft onrechtmatig gehandeld jegens de boedel van Banco Maracaibo en jegens elk van de schuldeisers afzonderlijk, aldus verzoekster. Giro Bank NV heeft verweerder in rechte aangesproken ter zake onrechtmatige onttrekkingen door verweerder aan het vermogen van Giro Bank NV, waardoor zij schade heeft geleden ten bedrage van USD 10.260.000. Dit is niet weersproken. Summierlijk is gebleken van het bestaan van feiten of omstandigheden welke aantonen dat verweerder in een toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen en van een vorderingsrecht van verzoekster. Op grond van art. 1, 2, 4, 5, en 11 van het Faillissementsbesluit 1931 (verder Fb) zal het faillissement van verweerder dan ook worden uitgesproken. Voorts is aan de orde of verweerder in verzekerde bewaring dient te worden gesteld. Er is gegronde vrees voor het niet-nakomen door verweerder van zijn verplichtingen die de wet hem als failliet oplegt. Deze verplichtingen betreffen onder meer het zich onthouden van beschikkingshandelingen en beheershandelingen met betrekking tot het tot zijn faillissement behorend vermogen (art. 19 Fb), het gedurende het faillissement niet verlaten van zijn woonplaats zonder toestemming van de rechter-commissaris (art. 86 Fb) en de verplichting om inlichtingen te verschaffen aan de curatoren over onder meer de verduisterde gelden en het overig tot het faillissement behorend vermogen (art. 100 Fb). In zijn hoedanigheid van faillissementscurator heeft verweerder immers de belangen van zijn huidige schuldeisers naar aannemelijk is geworden jarenlang grovelijk geschonden. Er is geen aanwijzing dat verweerder thans, nu niet als faillissementscurator maar als failliet, zich wél iets gelegen zal laten liggen aan die belangen. Dit blijkt reeds in zekere mate uit het gegeven dat verweerder tegenover de rechter-commissaris de toezegging heeft gedaan dat terugbetaling aan de boedel uiterlijk 15 augustus 2016 zou plaatsvinden, hetgeen vervolgens niet is geschied. Het feit dat verweerder USD 11 miljoen aan boedelgelden heeft weggemaakt, stukken heeft vervalst, en een loze belofte heeft gedaan over terugbetaling in samenhang met het gegeven dat verweerder veelvuldig in Venezuela en in de Verenigde Staten verblijft, maakt dat er gegronde vrees bestaat dat verweerder zijn verplichtingen als failliet niet nakomt. De faillissementsgijzeling zal dan ook op grond van art. 82 lid 1 Fb worden gelast. Het gegeven dat verweerder in de strafzaak is geschorst op 14 september 2016 is mede in de overwegingen betrokken. Deze schorsing staat evenwel niet in de weg aan bovengenoemde beslissing tot faillissementsgijzeling. De belangenafweging die in de strafzaak is gemaakt en ten grondslag ligt aan de schorsing, is een andere afweging dan die in onderhavige zaak gemaakt dient te worden. Daarnaast ondervangen de schorsingsvoorwaarden in onvoldoende mate het risico dat verweerder gedurende het faillissement zijn woonplaats zal verlaten. Dat zijn paspoort in handen is van justitie vormt evenmin voldoende waarborg tegen "vluchtgevaar" in de

zin van art. 86 Fb. Ook zonder paspoort is het immers mogelijk om het land te verlaten.
Vonnis d.d. 21 september 2016: de curator heeft gemeld dat er inmiddels verschillende vorderingen zijn ingediend, waaronder door de Ontvanger voor NAf 700.000 en door Giro Mandate en Totalbank voor onderscheidenlijk USD 3,5 miljoen en USD 56.000. Van de zijde van opposant is het bestaan van deze nader ingediende vorderingen niet weersproken. Opposant heeft voorts aangegeven niet in staat te zijn de vordering van USD 11 miljoen van de Banco Maracaibo NV te betalen. Uit voorgaande blijkt reeds summierlijk dat sprake is van een situatie waarbij opposant is komen te verkeren in een toestand dat hij heeft opgehouden te betalen. Het verzet tegen de faillietverklaring wordt derhalve afgewezen. Het verzet treft doel voor wat betreft de verzekerde bewaring, zodat het vonnis in zoverre wordt vernietigd. Daarvoor is redengevend dat opposant heeft toegezegd zijn volledige medewerking te geven in het kader van de verplichtingen die voortvloeien uit het Faillissementsbesluit. De vrees voor het niet-nakomen van zijn verplichtingen is daardoor vooralsnog in enige mate gerelativeerd. Ten aanzien van de inlichtingenplicht geldt dat ter zitting aan opposant te kennen is gegeven dat de door opposant aan de curator verstrekte informatie, waarvan het bestaan van de wil van opposant afhankelijk is, slechts mag worden gebruikt ten behoeve van het beheer en de vereffening van de failliete boedel en een voortvarende afwikkeling van het faillissement (HR 12 juli 2013, «JOR» 2013/339, m.nt. Nuyten).

In de zaak van 19 september 2016 met zaaknr. E.J. no. F. 80291/2016:
mr. V.P. Maria,in haar hoedanigheid van curator in het faillissement van Banco Maracaibo NV,
verzoekster,
tegen
X,
niet verschenen,

en in de zaak van 21 september 2016 met zaaknr. E.J. no. F. 80347/2016:
X,
opposant,
advocaat: mr. O.A. Martina,
tegen
mr. V.P. Maria, in haar hoedanigheid van curator in het faillissement van Banco Maracaibo NV,
geopposeerde.

19 september 2016, zaaknr. E.J. no. F. 80291/2016

(...; *red.*)

Gronden van de beslissing
1. Verzoekster is op 11 juli 2016 aangesteld als curator in het faillissement van Banco Maracaibo N.V., welk faillissement op 15 augustus1994 is uitgesproken. Tot hun ontslag in juli 2016, waren verweerder en mr. R.E. Blaauw de curatoren in dit faillissement. Verzoekster heeft met verwijzing naar de door haar overgelegde strafrechtelijke aangifte van 18 juli 2016 tegen verweerder, gesteld – kort gezegd – dat verweerder als faillissementscurator minimaal USD 11 miljoen aan boedelgelden heeft verduisterd en valsheid in geschrifte heeft gepleegd. Dit laatste door een bankafschrift van MCB en een *certificate of deposit* ten name van Totalbank te fabriceren/vervalsen. Uit de beschikking van het gerecht van 22 juli 2016 ten aanzien van het ontslag van verweerder als curator in het faillissement van Banco Maracaibo N.V. blijkt dat verweerder voorgaande erkent. Door genoemde handelwijze is het bedrag niet beschikbaar ter verdeling onder de bijna 1.500 Venezolaanse rekeninghouders en de overige schuldeisers van Banco Maracaibo. Verweerder heeft onrechtmatig gehandeld jegens de boedel van Banco Maracaibo en jegens elk van de schuldeisers afzonderlijk, aldus verzoekster.
2. Uit door verzoekster overgelegde strafrechtelijke aangifte's van de Giro Bank N.V. van 15 juni 2015 alsmede de toelichting van verzoekster ter zitting komt naar voren dat Giro Bank N.V. verweerder in rechte heeft aangesproken terzake, samengevat, onrechtmatige onttrekkingen door verweerder aan het vermogen van Giro Bank N.V., waardoor zij schade heeft geleden ten bedrage van USD 10.260.000,00.
3. Bovengenoemde is niet weersproken. Summierlijk is gebleken van het bestaan van feiten of omstandigheden welke aantonen dat verweerder in een toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen en van een vorderingsrecht van verzoekster. Op grond van de artikelen 1, 2, 4, 5, en 11 van het Faillissementsbesluit 1931 (verder Fb) zal het faillissement van verweerder dan ook worden uitgesproken.
4. Voorts is aan de orde of verweerder in verzekerde bewaring dient te worden gesteld.

Artikel 82 Fb luidt:
1. Bij het vonnis van faillietverklaring kan de rechter in eersten aanleg, of te allen tijde daarna, doch in het laatste geval niet dan op verzoek van den curator of van één of meer der schuldeischers, kan de rechter-commissaris bevelen, dat de gefailleerde, wegens het niet nakomen van verplichtingen welke de wet hem in verband met zijn faillissement oplegt, dan wel wegens gegronde vrees voor het niet nakomen van zodanige verplichtingen in verzekerde bewaring worde gesteld, hetzij in een huis van bewaring, hetzij in zijn eigene woning onder het opzicht van een dienaar van de openbare macht.
2. Het Openbaar Ministerie legt het bevel hiertoe ten uitvoer.
3. Dit bevel is voor niet langer dan voor dertig dagen geldig, gerekend van den dag, waarop het ten uitvoer is gelegd. Aan het einde van dien termijn kan de rechter-commissaris op een verzoek als in het eerste lid bedoeld, het bevel voor ten hoogste dertig dagen verlengen. Daarna kan hetzelfde telkens op dezelfde wijze voor ten hoogste dertig dagen geschieden.
5. Er is gegronde vrees voor het niet-nakomen door verweerder van zijn verplichtingen die de wet hem als failliet oplegt. Deze verplichtingen betreffen onder meer het zich onthouden van beschikkingshandelingen en beheershandelingen met betrekking tot het tot zijn faillissement behorend vermogen (artikel 19 Fb), het gedurende het faillissement niet verlaten van zijn woonplaats zonder toestemming van de rechter commissaris (artikel 86 Fb) en de verplichting om inlichtingen te verschaffen aan de curatoren over onder meer de verduisterde gelden en het overig tot het faillissement behorend vermogen (artikel 100 Fb). In zijn hoedanigheid van faillissementscurator heeft verweerder immers de belangen van zijn huidige schuldeisers naar aannemelijk is geworden jarenlang grovelijk geschonden. Er is geen aanwijzing dat verweerder thans, nu niet als faillissementscurator maar als failliet, zich wél iets gelegen zal laten liggen aan die belangen. Dit blijkt reeds in zekere mate uit het gegeven dat verweerder blijkens de beschikking van 22 juli 2016 tegenover de rechter commissaris de toezegging heeft gedaan dat terugbetaling aan de boedel uiterlijk 15 augustus 2016 zou plaatsvinden, hetgeen vervolgens niet is geschied. Het feit dat verweerder UDS 11 miljoen aan boedelgelden heeft weggemaakt, stukken heeft vervalst, en een loze belofte heeft gedaan over terugbetaling in samenhang met het gegeven dat verweerder, zoals verzoekster heeft gesteld, veelvuldig in Venezuela en in de Verenigde Staten verblijft, maakt dat er gegronde vrees bestaat dat verweerder zijn verplichtingen als failliet niet nakomt. De faillissementsgijzeling zal dan ook op grond van artikel 82 lid 1 Fb worden gelast.
Het gegeven dat verweerder in de strafzaak met het parketnummer: 500.00.339/16 is geschorst op 14 september 2016 is mede in de overwegingen van het Gerecht betrokken. (Het schorsingsbesluit van de rechter-commissaris in strafzaken is door verzoekster ter zitting overgelegd.) Deze schorsing staat evenwel niet in de weg aan bovengenoemde beslissing tot faillissementsgijzeling. De belangenafweging die in de strafzaak is gemaakt en ten grondslag ligt aan de schorsing is een andere afweging dan die in onderhavige zaak gemaakt dient te worden. Daarnaast ondervangen de schorsingsvoorwaarden naar het oordeel van het Gerecht in onvoldoende mate het risico, dat verweerder gedurende het faillissement zijn woonplaats zal verlaten. Dat zijn paspoort in handen is van justitie, zoals verzoekster ter zitting naar voren bracht, vormt naar het oordeel van het Gerecht evenmin voldoende waarborg tegen 'vluchtgevaar' in de zin van artikel 86 Fb. Ook zonder paspoort is het immers mogelijk om het land te verlaten.
6. Nu verweerder niet op het faillissementsverzoek is gehoord, staat hem verzet (artikel 7 lid 1 Fb) bij dit Gerecht open.
7. Nu verweerder niet is gehoord terzake de faillissementsgijzeling, dient hij onmiddellijk na zijn inbewaringstelling door de bevoegde rechter te worden gehoord.
8. Ingevolge artikel 86 Fb mag de gefailleerde gedurende het faillissement zonder toestemming van de rechter-commissaris zijn woonplaats niet verlaten.
9. Artikel 11 lid 2 Fb bepaalt dat het vonnis tot faillietverklaring de aanstelling van één of meer curatoren in het faillissement inhoudt. Dienovereenkomstig zal worden beslist.

Beslissing
Het Gerecht:
verklaart [verweerder], wonende in Curaçao [adres], in staat
van faillissement;
(...; *red.*)

21 september 2016, zaaknr. E.J. no. F. 80347/2016

(...; *red.*)

2. De standpunten

Opposant heeft, ten aanzien van het faillissement, aangevoerd dat door hem reeds openheid van zaken is gegeven in de strafprocedure met betrekking tot de uit de boedel van de failliete Banco Maracaibo N.V. verdwenen USD 11 miljoen. De investeerders aan wie dat geld door hem is geleend zijn tot op heden niet civielrechtelijk aangesproken. Voorts betwist opposant de steunvorderingen van Giro Bank N.V. en stelt dat die vorderingen nog geenszins vaststaan. Ten aanzien van de bevolen gijzeling van opposant heeft hij aangevoerd dat van schenden van de informatieplicht nog geen sprake is, nu hem nog niet is verzocht informatie te verstrekken. Ook zou er geen sprake zijn van vluchtgevaar.

Geopposeerde heeft hiertegen verweer gevoerd waar hierna nader op zal worden ingegaan.

3. De beoordeling

Bij vonnis van 19 september 2016 is opposant in staat van faillissement verklaard.

Het verzet tegen voornoemd vonnis is tijdig ingesteld. Opposant is ontvankelijk in zijn verzoek.

De vordering van geopposeerde is door opposant niet betwist zodat van het bestaan van die vordering kan worden uitgegaan. Dat de investeerders aan wie opposant het geld – naar zijn zeggen – zou hebben geleend, civielrechtelijk niet tot betaling zijn aangesproken, is voor de aansprakelijkheid van opposant niet relevant.

De curator heeft ter zitting gemeld dat er inmiddels verschillende vorderingen zijn ingediend, waaronder door de Ontvanger voor NAf 700.000,- en door Giro Mandate en Totalbank voor onderscheidenlijk USD 3,5 miljoen en USD 56.000,-. Van de zijde van opposant is het bestaan van deze nader ingediende vorderingen niet weersproken. Opposant heeft voorts aangegeven niet in staat te zijn de vordering van USD 11 miljoen van de Banco Maracaibo N.V. te betalen. Uit voorgaande blijkt reeds summierlijk dat sprake is van een situatie waarbij opposant is komen te verkeren in een toestand dat hij heeft opgehouden te betalen. De stelling van opposant betreffende de Giro Bank N.V. behoeft zodoende geen verdere bespreking. Het verzet tegen de faillietverklaring wordt derhalve afgewezen.

Het verzet treft doel voor wat betreft de verzekerde bewaring, zodat het vonnis in zoverre wordt vernietigd. Daarvoor is redengevend dat opposant heeft toegezegd zijn volledige medewerking te geven in het kader van de verplichtingen die voortvloeien uit het Faillissementsbesluit. De vrees voor het niet nakomen van zijn verplichtingen is daardoor vooralsnog in enige mate gerelativeerd.

Overigens is opposant er op gewezen dat schending van de hiervoor genoemde verplichtingen uit het Faillissementsbesluit kan leiden tot het opnieuw bevelen van de verzekerde bewaring van opposant.

Ten aanzien van de inlichtingenplicht geldt dat ter zitting aan opposant te kennen is gegeven dat de door opposant aan de curator verstrekte informatie, waarvan het bestaan van de wil van opposant afhankelijk is, slechts mag worden gebruikt ten behoeve van het beheer en de vereffening van de failliete boedel en een voortvarende afwikkeling van het faillissement (HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, NJ 2013/435 («JOR» 2013/339, m.nt. Nuyten; *red.*)).

Nu gebleken is dat opposant rechtsgeldig is opgeroepen voor de zitting van 16 september 2016, dienen de gevolgen van zijn niet-verschijnen voor zijn rekening te komen en dienen de kosten van deze procedure ten laste van opposant te komen.

4. De beslissing

– vernietigt het vonnis van 19 september 2016 (E.J. no. F. 80291/2016) voor wat betreft het bevel tot het in verzekerde bewaring stellen van opposant, zodat opposant uit de verzekerde bewaring wordt ontslagen;

– stelt de verschotten vast op (...; *red.*) en brengt deze ten laste van opposant;

– verklaart het vonnis in zoverre uitvoerbaar bij voorraad;

– wijst af het meer of anders verzochte;

NOOT

1. Deze uitspraken betreffen een nogal opvallend feitencomplex waarbij niet het strafbaar handelen van de failliet of derden centraal staat, maar dat van de curator zelf.

Nadat op 30 maart 1994 de noodregeling van toepassing wordt verklaard op de naamloze vennootschap Banco Maracaibo NV te Curaçao, spreekt op 26 augustus 1994 het Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen te Curaçao het faillissement van de bank uit met benoeming van twee curatoren, mr. X en mr. B (het vonnis van 19 september 2016 noemt ten onrechte 15 augustus 1994 als faillissementsdatum van de bank, maar dat is de datum van het verzoekschrift tot faillietverklaring). Blijkens de openbare verslagen zou er een bedrag ter hoogte van USD 11.026.930,89 als termijndeposito in de boedel beschikbaar moeten zijn. Nadat in 2016 mede-curator mr. B wordt vervangen door mr. V.P. Maria, constateert deze nieuwe curator dat niet ruim USD 11 miljoen op de depositorekening staat, maar slechts een bedrag van USD 11.000. Als reactie op het verzoek van de rechter-commissaris om uitleg stuurt curator mr. X de rechter-commissaris een kopie van een bankafschrift waaruit moet blijken dat de depositorekening wel een saldo van USD 11 miljoen kent. Na controle bij de betreffende bank blijkt dit bankafschrift echter door curator mr. X te zijn vervalst. Jegens de curator mr. X is daardoor de verdenking ontstaan dat hij ruim USD 11 miljoen aan de boedel heeft onttrokken en hij zich tevens schuldig heeft gemaakt aan valsheid in geschrifte. Mr. X wordt daarop ontslagen als curator. De voormalig mede-curator mr. B lijkt van het handelen van mr. X niet op de hoogte te zijn geweest.

2. De nieuwe mede-curator doet aangifte tegen mr. X en vraagt tevens zijn faillissement aan. Het Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao spreekt bij verstek op 19 september 2016 het faillissement uit van mr. X en beveelt zijn verzekerde bewaring. Tegen het vonnis van zijn faillietverklaring en faillissementsgijzeling is mr. X in verzet gegaan. Tijdens de mondelinge behandeling verklaart mr. X dat hij het bedrag van USD 11 miljoen heeft uitgeleend aan investeerders en dat deze door hem nog niet civielrechtelijk zijn aangesproken. Omdat mr. X de vordering van de nieuwe curator niet betwist en het feit dat de investeerders niet zijn aangesproken voor zijn aansprakelijkheid niet relevant is, wordt het verzet tegen de faillietverklaring afgewezen. Omdat mr. X zijn medewerking toezegt en onder de waarschuwing dat bij niet-nakoming van die toezegging mr. X alsnog in bewaring kan worden gesteld, wordt het bevel tot verzekerde bewaring vernietigd.

3. Een curator die in staat is gebleken ruim USD 11 miljoen aan de boedel te onttrekken en ter verdoezeling daarvan valselijk bankafschriften opstelt: dat doet de vraag rijzen hoe in Nederland ook al weer het toezicht op de curator is geregeld. Hieronder volgt een overzicht.

4. De eerste toets van de geschiktheid van een curator vindt plaats bij het al dan niet plaatsen op de curatorenlijsten zoals rechtbanken die aanhouden. Het benoemingenbeleid is niet wettelijk geregeld en kan per rechtbank verschillen. Recofa heeft in 2013 niet bindende uitgangspunten voor benoeming tot curator opgesteld. Daaruit volgt dat advocaten die benoembaar willen worden, ten minste hun advocatenstage en de (inmiddels vervangen) VSO-cursus Insolventierecht moeten hebben voltooid, relevante ervaring moeten hebben, voldoende aandacht en tijd aan hun benoeming moeten kunnen geven, integer moeten zijn, moeten voldoen aan de Recofa-richtlijnen voor faillissementen, een beroepsaansprakelijkheidsverzekering moeten hebben en bij voorkeur op een kantoor met meerdere benoembare curatoren moeten werken. Individuele rechtbanken kunnen aanvullende eisen stellen, zoals het hebben gevolgd van de Insolad/Grotius-opleiding Insolventierecht of de CPO-opleiding Insolventierecht voor Curatoren.

5. De tweede toets vindt plaats bij de benoeming tot curator in een specifiek faillissement (art. 14 lid 1 Fw). De rechtbank zal na het uitspreken van het faillissement op zoek gaan naar de daarvoor geschikte curator en in overleg met hem treden over zijn mogelijkheid deze benoeming te aanvaarden.

6. De derde toets is te vinden in art. 64 Fw: de rechter-commissaris houdt toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel. De curator heeft voor verschillende handelingen de toestemming of machtiging van de rechter-commissaris nodig (art. 68 lid 2 Fw). Het ontbreken van een dergelijke machtiging kan leiden tot aansprakelijkheid van de curator jegens de failliet en diens schuldeisers (art. 72 lid 2 Fw). Dit impliceert een pro se-aansprakelijkheid. De rechter-commissaris kan zijn toezicht mede uitoefenen door raadpleging van de openbaar verslagen die de curator gehouden is periodiek in te dienen ter griffie. Het toetsen van het handelen van de curator kan ook plaatsvinden op initiatief van de

failliet, de crediteurencommissie of individuele crediteuren. Op grond van art. 69 Fw kunnen zij de rechter-commissaris verzoeken de curator te bevelen een handeling te verrichten of juist na te laten. Deze mogelijkheid kan derhalve worden gebruikt om het handelen van een curator bij te sturen als dat nodig is. Indien daar aanleiding voor is, kan de rechtbank op grond van art. 73 Fw te allen tijde een curator ontslaan na hem gehoord of opgeroepen te hebben. Dit kan op voordracht van de rechter-commissaris of op verzoek van de gefailleerde, crediteuren of de crediteurencommissie.

Als gerelateerde toekomstige toets kan het KEI-Toezicht worden genoemd. Dit digitale systeem waarbij via een internetportal communicatie plaatsvindt tussen rechter-commissaris en curator en de curator openbare verslagen kan uploaden, zal na verloop van tijd tevens gelden als een bron van datagegevens over het handelen van alle curatoren over een langdurige periode. Binnen de KEI-Toezichtportal is een aantal kpi's (kritieke prestatie indicator) opgenomen dat gebruikt kan worden om individuele curatoren te toetsen aan het landelijke gemiddelde, bijvoorbeeld ter zake snelheid van handelen, tijdig indienen van verslagen, klachten en dergelijke. De uitkomsten van deze vergelijking kunnen als basis dienen voor jaarlijkse beoordelingsgesprekken tussen rechtbanken en individuele curatoren, waarmee binnen enkele arrondissementen al wordt gewerkt.

7. Een vierde toets kan gevonden worden in de jurisprudentie over de aansprakelijkheid van de curator. Daarbij moet het onderscheid worden gemaakt tussen de aansprakelijkheid q.q. en de aansprakelijkheid pro se. Op grond van een drietal bekende arresten van de Hoge Raad dient ter beantwoording van de vraag of een curator persoonlijk aansprakelijk is voor geleden schade de norm te worden aangehouden dat een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht (HR 19 april 1996, «JOR» 1996/48, m.nt. SCJJK (*Maclou)*. Zie ook HR 19 december 2003, «JOR» 2004/61, m.nt. JJvH *(Curatoren Mobell/Interplan)*). Bij de toetsing aan deze norm dient terughoudendheid te worden betracht. Voor persoonlijke aansprakelijkheid is vereist dat de curator ook persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt van zijn handelen. Daarvoor is vereist dat hij heeft gehandeld terwijl hij het onjuiste van zijn handelen inzag dan wel redelijkerwijs behoorde in te zien. Voor zover de curator bij de uitoefening van zijn taak niet gebonden is aan regels, komt hem in beginsel een ruime mate van vrijheid toe (HR 16 december 2011, «JOR» 2012/65, m.nt. Spinath *(Prakke q.q./ Gips)*).

8. Als vijfde toets kan het tuchtrecht worden genoemd. Een algemene tuchtrechtelijke procedure voor curatoren bestaat echter niet. Insolad kent voor haar leden een eigen Reglement Toetsingscommissie, gebaseerd op de eveneens voor haar leden geldende Praktijkregels. Het betreft echter geen tuchtrecht; er kunnen ook geen sancties worden opgelegd. De Toetsingscommissie toetst of de gedragingen van de aangesloten curator blijk geven van voldoende integriteit, objectiviteit, onafhankelijkheid, zorgvuldigheid, vakkundigheid, doelmatigheid en respect jegens betrokkenen (art. 2 lid 1). De Gedragsregels voor advocaten en het tuchtrecht voor accountants gelden in het geval zij in hoedanigheid van curator handelen slechts in beperkte mate. Voor een nadere beschrijving daarvan verwijs ik naar mijn annotatie onder de uitspraak van de Accountantskamer van 12 augustus 2016 («JOR» 2016/318).

9. Het toezicht op curatoren op de Antillen is minder uitvoerig vastgelegd. Het Faillissementsbesluit 1931 kent vergelijkbare bepalingen als de Faillissementswet wat betreft de benoeming van, toezicht op en het ontslag van de curator. De Faillissementsrichtlijnen 2012 geven verdere instructies ten aanzien van de benoeming en taakuitvoering van de curator. In deze richtlijnen kan men de Nederlandse Recofa-richtlijnen en de Insolad-Praktijkregels herkennen. Meer is er niet gecodificeerd. Gelet op het beperkt aantal Antilliaanse faillissementen zijn er ook niet veel curatoren. Daarnaast is er sprake van korte lijnen tussen rechtbank en curatoren, waardoor het toezicht meer een persoonlijk karakter heeft. Op Sint Maarten wordt bijvoorbeeld eens in de drie maanden een faillissementsrolzitting gehouden waarbij alle curatoren –naast de schriftelijke verslaglegging – mondeling verslag moeten doen van de stand van zaken.

10. Alle toetsmomenten en -mogelijkheden ten spijt, kennelijk blijft het mogelijk om als curator

USD 11 miljoen te onttrekken aan de boedel. Wat valt daarover nog te zeggen …

J.B.A. Jansen
advocaat bij Dommerholt Advocaten NV en docent Faillissementsrecht aan de Radboud Universiteit

246

JOR 2017/246

Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao
15 maart 2017, 82142 / 2017,
ECLI:NL:OGEAC:2017:28
(mr. De Kort)
Noot R.B. van Hees

Beslag- en executierecht. Interregionale bevoegdheid. Verzoek aan rechter te Curaçao tot leggen conservatoir beslag in Nederland. Geen bevoegdheid Curaçaose rechter. Verwijzing naar HR 2 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1063; Rb. Amsterdam, 26 januari 2015, «JOR» 2016/11, m.nt. Loesberg en Rb. Amsterdam, 28 januari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:424.

[Rv Curaçao art. 429ba, 700; Statuut art. 38 lid 3]

Verzoekster vraagt de rechter te Curaçao verlof voor conservatoire beslaglegging op onroerende zaken en onder een bankinstelling in Nederland. De vordering tot verzekering van verhaal waarvan verlof wordt verzocht betreft een vordering tot levering en/of schadevergoeding ter zake een koopovereenkomst met betrekking tot een te Curaçao gelegen onroerende zaak. Verweerders wonen bovendien alhier. Er kan derhalve worden aangenomen dat het Gerecht te Curaçao bevoegd is kennis te nemen van de eis in de hoofdzaak. Het Gerecht was ook bevoegd verlof te verlenen voor beslag op de onroerende zaak te Curaçao. Met dit alles is echter niet gezegd dat de Curaçaose rechter bevoegd is conservatoire maatregelen toe te staan die moeten worden getroffen buiten zijn rechtsgebied. Uit art. 700 Rv BES en de overige bepalingen van titel 4 alsmede uit de van overeenkomstige toepassing verklaarde bepalingen van Boek 2 Rv BES moet worden geconcludeerd dat de wetgever beslaglegging en executie als tot het eigen rechtsgebied van de rechter beperkte aangelegenheden heeft beschouwd en de rechter geen bevoegdheid heeft toegekend bewarende maatregelen te vergunnen buiten dat rechtsgebied. In die zin ook: Rb. Amsterdam, 26 januari 2015, «JOR» 2016/11, m.nt. Loesberg; Rb. Amsterdam, 28 januari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:424 en de in Curaçao goeddeels gevolgde Nederlandse Beslagsyllabus. De wet bevat geen bepalingen waaruit een bevoegdheid tot het verlenen van verlof voor beslaglegging in Nederland blijkt. Daarbij komt dat voor beslaglegging in Nederland wel steeds een rechter in Nederland bevoegd zal zijn op een beslagrekest te beslissen.

Panadero Business BV te Bonaire,
verzoekster,
gemachtigden: mr. S.I. da Costa Gomez en mr. C.A. Peterson,
tegen
1. X,
2. Y,
verweerders.

(...; *red.*)

2. De verdere beoordeling

2.1. Verzoekster vraagt de rechter te Curaçao verlof voor conservatoire beslaglegging in Nederland. Het gaat om verhaalsbeslag op onroerende zaken te Bergambacht en onder een bankinstelling te Amsterdam. Dit doet de vraag rijzen naar de interregionale bevoegdheid en rechtsmacht van de Curaçaose beslagrechter. Er zijn (niet-gepubliceerde) gevallen geweest waarin de Curaçaose (eerder: Nederlands-Antilliaanse) beslagrechter verlof verleende voor een dergelijk beslag, maar ook (niet-gepubliceerde) gevallen waarin die beslagrechter zich niet bevoegd achtte. Omgekeerd zijn er ook gevallen bekend waarin door de deurwaarder alhier op basis van een Nederlands beslagverlof conservatoir beslag werd gelegd op zaken en onder derden te Curaçao. Beslaglegging geschiedt dan zonder tussenkomst van de rechter binnen wiens rechtsgebied de zaak of de derde zich bevindt, op de voet van artikel 40 Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden:
"Vonnissen, door de rechter in Nederland, Aruba, Curaçao of Sint Maarten gewezen, en bevelen, door hem uitgevaardigd, mitsgaders grossen van

authentieke akten, aldaar verleden, kunnen in het gehele Koninkrijk ten uitvoer worden gelegd, met inachtneming van de wettelijke bepalingen van het land, waar de tenuitvoerlegging plaats vindt."
2.2. De vordering tot verzekering van verhaal waarvan verlof wordt verzocht betreft een vordering tot levering en/of schadevergoeding terzake een koopovereenkomst met betrekking tot een te Curaçao gelegen onroerende zaak. Verweerders wonen bovendien alhier. Behoudens een afwijkende forumkeuze, waarvan niet is gebleken, kan derhalve worden aangenomen dat het Gerecht te Curaçao bevoegd is kennis te nemen van de eis in de hoofdzaak. Het Gerecht was ook bevoegd verlof te verlenen voor beslag op de onroerende zaak te Curaçao.
2.3. Een door de Curaçaose rechter te verlenen verlof tot beslaglegging in Nederland zou aldaar derhalve ten uitvoer kunnen worden gelegd. De Curaçaose rechter is voorts bevoegd kennis te nemen van de eis in de hoofdzaak en ook de daarop te nemen beslissing zou in Nederland zonder meer ten uitvoer kunnen worden gelegd.
2.4. Met dit alles is echter niet gezegd dat de Curaçaose rechter bevoegd is conservatoire maatregelen toe te staan die moeten worden getroffen buiten zijn rechtsgebied. Artikel 700 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering luidt:
"Voor het leggen van conservatoir beslag is verlof vereist van de rechter in eerste aanleg binnen wiens rechtsgebied zich een of meer van de betrokken zaken bevinden, dan wel, indien het beslag niet op zaken betrekking heeft, de schuldenaar of degene of een van degenen onder wie het beslag gelegd wordt, woonplaats heeft."
Uit deze bepaling en de overige bepalingen van titel 4 – *Middelen tot bewaring van zijn recht* – alsmede uit de van overeenkomstige toepassing verklaarde bepalingen van Boek 2 – *De gerechtelijke tenuitvoerlegging van vonnissen, beschikkingen en authentieke akten* – moet worden geconcludeerd dat de wetgever beslaglegging en executie als tot het eigen rechtsgebied van de rechter beperkte aangelegenheden heeft beschouwd en die rechter geen bevoegdheid heeft toegekend bewarende maatregelen te vergunnen buiten dat rechtsgebied. In die zin ook: Rechtbank Amsterdam, 26 januari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2221 («JOR» 2016/11, m.nt. Loesberg; *red.*) (*Herman Jansen Beverages vs Di Fiorito*), Rechtbank Amsterdam, 28 januari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:424 (*Buitenlands chalet*) en de in Curaçao goeddeels gevolgde Nederlandse *Beslagsyllabus,* versie augustus 2016 onder G3:
"Het beslagverlof heeft, gelet op de territoriale werking van het conservatoire beslag, in beginsel alleen betrekking op zaken die zich in Nederland bevinden (...). Gaat het om derdenbeslag dan wordt daarbij wel aanvullend als eis gesteld dat de derdebeslagene in Nederland woonachtig of gevestigd is, althans een bijkantoor of filiaal, dus enige aanwezigheid heeft".
2.5. De wet bevat geen bepalingen waaruit een bevoegdheid tot het verlenen van verlof voor beslaglegging in Nederland blijkt. Artikel 38 lid 3 Statuut bepaalt dat omtrent privaatrechtelijke onderwerpen van interregionale aard bij rijkswet regelen kunnen worden gesteld. Een dergelijke rijkswet is echter nog niet tot stand gebracht. Bij gebreke van een wettelijke regeling zal de bevoegdheid in privaatrechtelijke zaken van interregionale aard moeten worden bepaald door zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij de bevoegdheidsbepalingen die voor hem gelden op het terrein van het internationaal privaatrecht (zie ook HR 2 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1063; en R.F. van den Heuvel in *Bij een honderdste verjaardag: over rechtsmacht van de burgerlijke rechter in de Cariben op grond van de regel 'distributie is attributie'*, Caribisch Juristenblad 2016, p. 179-187). Dergelijke voor het onderhavige verzoek relevante internationaal privaatrechtelijke bepalingen bestaan er voor Curaçao echter evenmin, behoudens behoudens artikel 429ba Rv, dat luidt:
"Aan de rechter komt geen rechtsmacht toe, indien het verzoek onvoldoende aanknoping met de rechtssfeer hier te lande heeft."
2.6. Naar het oordeel van het Gerecht kan, bij gebreke van een verdragsrechtelijke of wettelijke regeling, de bevoegdheid tot het verlenen door de Curaçaose rechter van verlof voor beslag in Nederland niet worden aangenomen. Zoals gezegd is de regeling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van het beslag- en executierecht zich beperkt tot het territoir van de rechter. Daarbij komt dat voor beslaglegging in Nederland wel steeds een rechter in Nederland bevoegd zal zijn op een beslagrekest te beslissen. Dat lijkt ook in de onderhavige zaak het geval, nu verzoekster de beslagen waarvoor thans verlof wordt gevraagd reeds eerder heeft gelegd met verlof van de rechter in Nederland. De stelling van verzoekster in haar beslagrekest dat zij het zekere voor het onzekere wenst te nemen omdat niet met zekerheid kan

worden aangenomen dat de Nederlandse rechter de bevoegdheid had om toestemming voor de gelegde beslagen te verlenen, kan, gelet op het bepaalde in artikel 700 lid 1 Rv Ned, niet gevolgd worden. De eis in de hoofdzaak kan na een in Nederland verkregen beslagverlof bovendien ook naar Nederlands recht worden ingesteld voor een bevoegde buitenlandse (Curaçaose) rechter, zodat ook daarin bezwaar is gelegen tegen het voorleggen van een beslagrekest aan de Nederlandse voorzieningenrechter.
2.7. Een (andere) aanvaardbare internationale of interregionale grondslag voor rechtsmacht in dezen ziet het Gerecht evenmin, mede gezien de bijzondere aard van een beslagverlof. Die bijzondere aard blijkt ook uit de uitzondering die onder het EEX-verdrag (dat weliswaar niet geldt voor Curaçao, maar wel voor Aruba) wordt aangenomen voor rechterlijke beslissingen waarbij voorlopige of bewarende maatregelen worden toegestaan die gegeven worden zonder dat de partij tegen wie zij zijn gericht is opgeroepen te verschijnen en waarvan de tenuitvoerlegging plaats heeft zonder voorafgaande betekening (zogenaamde beslissingen *ex parte*). Dergelijke beslissingen komen onder het EEX-verdrag niet in aanmerking voor erkenning en tenuitvoerlegging (HvJ EG van 21 mei 1980, 125/79, Jur. 1980, p. 1553, NJ 1981/184, *Denilauler/Couchet Frères*). Die bijzondere aard maakt ook dat, niettegenstaande de aanknopingspunten van de onderliggende zaak met de Curaçaose rechtssfeer, de Curaçaose rechter wat betreft het verzoek om verlof voor beslaglegging in Nederland moet worden beschouwd als een "forum non conveniens" in de zin van artikel 429ba Rv.
2.8. Slotsom is dat de Curaçaose rechter in dezen niet bevoegd is.
2.9. Terzijde nog de opmerking dat, in een geval de Curaçaose rechter (relatieve) bevoegdheid kan ontlenen aan artikel 700 lid 1 Rv, hij in beginsel ook bevoegd is om voor dezelfde vordering en ten laste van dezelfde beslagdebiteur verlof te verlenen, indien dat bij hetzelfde beslagrekest wordt verzocht, voor beslaglegging in Aruba, Sint Maarten, Bonaire, Sint Eustatius of Saba.

3. De beslissing
Het Gerecht:
verklaart zich onbevoegd kennis te nemen van het verzoek om verlof tot conservatoire beslaglegging op onroerende zaken in Nederland en onder de in Nederland gevestigde derde.

NOOT

1. Het Koninkrijk der Nederlanden bestaat sinds 10 oktober 2010 uit de vier landen Nederland, Aruba, Curaçao en Sint Maarten. Bonaire, Sint Eustatius en Saba zijn sinds die datum onder het land Nederland vallende openbare lichamen. Hoewel de in de Cariben gelegen delen van het Koninkrijk dus vier afzonderlijke rechtsgebieden omvatten, wordt dit gedeelte van het Koninkrijk (inclusief de openbare lichamen) voor de toepassing van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering beschouwd als één land (zie art. A van de voorafgaande bepalingen van de betreffende Wetboeken van burgerlijke rechtsvordering). Als het gaat om de vraag welke rechter binnen het Caribische deel van het Koninkrijk bevoegd is om over een bepaald geschil te oordelen, gaat het daarom, net zoals bij de vraag welke rechter in een bepaald geschil binnen het land Nederland bevoegd is, om een vraag van relatieve bevoegdheid. De vraag of enerzijds de Nederlandse rechter of anderzijds de rechter van één van de Caribische delen van het Koninkrijk bevoegd is, is daarentegen een vraag van interregionaal privaatrecht. In de hierboven afgedrukte zaak ging het om de vraag of de Curaçaose rechter verlof kan verlenen voor het leggen van conservatoir beslag in Nederland; een vraag van interregionaal privaatrecht dus.
2. Aangezien er geen rijkswet tot stand is gebracht waarin het interregionaal privaatrecht is geregeld (vgl. art. 38 lid 3 Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden), moeten de rechters in het Koninkrijk hun bevoegdheid in privaatrechtelijke zaken van interregionale aard bepalen door zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij de bevoegdheidsbepalingen die voor de betreffende rechter gelden op het terrein van het internationaal privaatrecht. Zie HR 2 mei 2014, *NJ* 2014/468.
3. In Nederland is het internationale bevoegdheidsrecht in burgerlijke en handelszaken tegenwoordig bijna volledig geregeld in multilaterale verdragen en Europese verordeningen. Het internationale bevoegdheidsrecht van Curaçao, Sint Maarten en de BES-eilanden is, een enkele uitzondering (zoals art. 767 Rv) daargelaten, echter nog steeds ongeschreven. In de regel wordt daarom in het Caribische deel van het Koninkrijk in internationale burgerlijke en handelszaken de

in HR 24 december 1915, *NJ* 1916/417 *(Van Loo/ Herzog Heinrich)* geformuleerde regel "distributie bepaalt attributie" nog altijd toegepast (met uitzondering van Aruba, aangezien daar, anders dan op de andere eilanden, het EEX-verdrag geldt). Op grond van deze regel wordt op de Caribische eilanden het (wél geschreven) relatieve bevoegdheidsrecht overeenkomstig toegepast op het internationale bevoegdheidsrecht, en daarom, indachtig HR 2 mei 2014, *NJ* 2014/468, ook op het interregionale bevoegdheidsrecht. Zie hierover G.C.C. Lewin, *Interregionaal privaatrecht*, Antwerpen: Maklu 2014, nr. 122 en R.F. van den Heuvel, 'Bij een honderdste verjaardag: over rechtsmacht van de burgerlijke rechter in de Cariben op grond van de regel "distributie is attributie"', CJB 2016, 3.

4. In de hier besproken uitspraak was het Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao door een rechtspersoon gevestigd in Bonaire verzocht conservatoir beslag te mogen leggen ten laste van in Curaçao woonachtige debiteuren, op hun onroerende zaken in Curaçao en Nederland, en onder een in Nederland gevestigde bankinstelling. Het Gerecht verleende (in een afzonderlijke beschikking) verlof voor het leggen van beslag op de onroerende zaak in Curaçao, maar verklaarde zich (interregionaal) onbevoegd tot kennisneming van de verzoeken ten aanzien van de andere beoogde beslagobjecten, omdat – samengevat – het beslagrecht zich zou beperken tot het territoir van de aangezochte rechter en gelet op de "*bijzondere aard van een beslagverlof*". Naar mijn mening had, op grond van het volgende, de Curaçaose rechter in deze zaak echter wel degelijk (interregionale) bevoegdheid kunnen aannemen voor het verlenen van verlof voor het leggen van conservatoir beslag in Nederland.

5. Ten aanzien van beslagrekesten gelden (zowel in Nederland als in de Cariben) niet de algemene regels voor relatieve bevoegdheid in zaken waarin een beschikking wordt gegeven, maar geldt de specifiek voor conservatoir beslag geschreven regel van art. 700 lid 1 Rv. Dat artikel bepaalt dat ter zake van een beslag dat betrekking heeft op zaken, de rechter (in Nederland de voorzieningenrechter van de rechtbank en op de eilanden het Gerecht in Eerste Aanleg) binnen wiens rechtsgebied zich één of meer van de betrokken zaken bevinden, relatief bevoegd is. Hetzelfde geldt voor beslag op beperkte rechten of op een aandeel in een zaak (art. 707 Rv). Als het beslag niet op zaken betrekking heeft, maar bijvoorbeeld op een vordering of op een aandeel op naam, is/ zijn relatief bevoegd de (voorzieningen)rechter(s) binnen wiens rechtsgebied(en) de schuldenaar en/of de beoogde derdebeslagene wonen (overigens gelden voor conservatoir beslag op schepen en luchtvaartuigen aanvullende en voor maritaal beslag bijzondere relatieve bevoegdheidsgronden).

6. In Nederland is algemeen geaccepteerd dat de aangezochte voorzieningenrechter die ten aanzien van het verlenen van verlof voor het leggen van één beslag relatief bevoegd is, ook bevoegdheid heeft ter zake van andere conservatoire beslagen voor dezelfde vordering en ten laste van dezelfde beslagdebiteur, mits verzocht in hetzelfde beslagrekest. Zie onder meer de noten van A.W. Jongbloed onder Hof Amsterdam 23 januari 2003, «JBPr» 2003/29 *(De Moel c.s./L'Invité Beheer)* en M.A.J.G. Janssen onder Vzngr. Rb. Alkmaar 1 april 2009, «JBPr» 2009/47, tevens «JOR» 2009/301 *(X/Nieuwlev)*, met verwijzingen naar literatuur en rechtspraak. Dat dit in de Cariben niet anders is, wordt bevestigd door de overweging ten overvloede van de in deze noot besproken uitspraak: "(...) *in een geval de Curaçaose rechter (relatieve) bevoegdheid kan ontlenen aan artikel 700 lid 1 Rv,* [is] *hij in beginsel ook bevoegd* (...) *om voor dezelfde vordering en ten laste van dezelfde beslagdebiteur verlof te verlenen, indien dat bij hetzelfde beslagrekest wordt verzocht, voor beslaglegging in Aruba, Sint Maarten, Bonaire, Sint Eustatius of Saba*" (r.o. 2.9).

7. Aangezien (i) rechters in het Koninkrijk hun interregionale bevoegdheid in privaatrechtelijke zaken moeten bepalen door zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij hun eigen internationaal privaatrecht, (ii) het internationaal privaatrecht in Curaçao, Sint Maarten en de BES-eilanden (grotendeels) ongeschreven is, (iii) daarom op die eilanden het (geschreven) relatieve bevoegdheidsrecht overeenkomstig moet worden toegepast op het internationale – en aldus ook op het interregionale – bevoegdheidsrecht en (iv) de rechter die op grond van art. 700 lid 1 Rv ten aanzien van één beslag relatief bevoegd is, ook relatieve bevoegdheid heeft ter zake van andere in hetzelfde beslagrekest verzochte conservatoire beslagen voor dezelfde vordering en ten laste van dezelfde beslagdebiteur, meen ik dat de rechter in Curaçao, Sint Maarten en de BES-eilanden in voorkomende gevallen onder dezelfde

voorwaarden ook interregionale bevoegdheid heeft tot het verlenen van verlof voor beslaglegging in Nederland. Gelet op het feit dat de verzoeker in de hierboven afgedrukte zaak niet alleen had gevraagd om beslaglegging in Nederland, maar tevens op een onroerende zaak te Curaçao, had het Gerecht in Eerste Aanleg naar mijn mening ook bevoegdheid kunnen aannemen ten aanzien van de in Nederland gelegen beslagobjecten.

8. Ik wijs in dit kader ook op HR 26 november 1954, *NJ* 1955/698 (*Lindeteves/Meilink)*, waarin de Hoge Raad het mogelijk achtte conservatoir derdenbeslag te leggen op een in het buitenland gelegen vermogensbestanddeel onder een binnen zijn arrondissement woonachtige derde-beslagene, mits het te geven beslagverlof in het betreffende buitenland wordt erkend. Achtergrond van die voorwaarde is te voorkomen dat de derdebeslagene zowel kan worden verplicht tot betaling van de beslagen vordering aan de beslaglegger (door de verlofverlenende rechter) als (in een buitenland waar het beslag niet wordt erkend) betaling aan diens schuldeiser, de schuldenaar van de beslaglegger. Zie over de (extra) territoriale werking van een conservatoir beslag onder meer de noot van B.J. van het Kaar onder Hof Amsterdam 10 april 2012, «JOR» 2012/190*(Llanos Oil/RBS)*. De in deze alinea genoemde jurisprudentie ziet op derdenbeslag. Tot kennisneming van verzoeken tot het leggen van beslag onder hier te lande wonende derdebeslagenen heeft de rechter – in tegenstelling tot beslaglegging op zaken gelegen buiten het rechtsgebied van de aangezochte rechter (zoals in de hierboven afgedrukte beschikking) – immers op grond van art. 700 lid 1 Rv in beginsel bevoegdheid. Overeenkomstige toepassing van het Lindeteves/Meilink-arrest op het interregionale privaatrecht leidt tot de conclusie dat, in het geval de beoogde derdebeslagene woonplaats heeft binnen het rechtsgebied van de aangezochte Nederlands-Caribische rechter, deze rechter ook verlof mag verlenen voor in andere delen van het Koninkrijk te lokaliseren vorderingen van de beslagdebiteur op de derdebeslagene, aangezien een door een rechter in het Koninkrijk gegeven uitspraak binnen het gehele Koninkrijk wordt erkend en rechtstreeks ten uitvoer kan worden gelegd (art. 40 Statuut). Hoewel het in de hierboven afgedrukte uitspraak niet ging om een binnen het rechtsgebied van de aangezochte rechter (maar in Nederland) woonachtige derdebeslagene, bevestigt het Lindeteves/Meilink-arrest dat er geen sprake is van een strikte territoriale werking van het beslagrecht.

9. De Curaçaose rechter overwoog verder nog dat de "*bijzondere aard van een beslagverlof*" zich zou verzetten tegen het aannemen van bevoegdheid in deze zaak, welke bijzondere aard zou blijken "uit de uitzondering die onder het EEX-verdrag (dat weliswaar niet geldt voor Curaçao, maar wel voor Aruba) wordt aangenomen voor [ex partebeslissingen als een beslagverlof, die] onder het EEX-verdrag niet in aanmerking [komen] voor erkenning en tenuitvoerlegging (HvJ EG van 21 mei 1980, 125/79, Jur. 1980, p. 1553, *NJ* 1981/184, Denilauler/Couchet Frères) [en welke bijzondere aard ook] maakt (...) dat, niettegenstaande de aanknopingspunten van de onderliggende zaak met de Curaçaose rechtssfeer, de Curaçaose rechter wat betreft het verzoek om verlof voor beslaglegging in Nederland moet worden beschouwd als een 'forum non conveniens' in de zin van artikel 429ba Rv." Ik kan mij hierin niet vinden, omdat de Curaçaose rechter bij de beoordeling van zijn interregionale bevoegdheid in burgerlijke en handelszaken in beginsel niet het EEX-verdrag, maar op grond van HR 2 mei 2014, *NJ* 2014/468 zijn eigen internationaal privaatrecht overeenkomstig moet toepassen, hetgeen in Curaçao, Sint Maarten en de BES-eilanden erop neerkomt dat hij overeenkomstige toepassing moet geven aan zijn relatieve bevoegdheidsrecht, zeker waar zijn eigen internationaal privaatrecht afwijkt van het internationaal privaatrecht van een ander gedeelte van het Koninkrijk. Los daarvan zijn de mogelijkheden voor grensoverschrijdende beslaglegging onder de (weliswaar niet voor het Caribische gedeelte van het Koninkrijk, maar wel voor Nederland geldende) herziene EEX-verordening toegenomen ten opzichte van het EEX-verdrag en de oude EEX-verordening. Met de herziene EEX-verordening is het in het Denilauler-arrest neergelegde territorialiteitsbeginsel in Europa verlaten. Zie hierover S.H. Barten en B.J. van het Kaar, '"Grensverleggend" derdenbeslag: over de reikwijdte van een Nederlands beslagverlof onder de Herschikking Brussel I', *NIPR* 2015-2, p. 1-8. Inmiddels heeft de Rotterdamse voorzieningenrechter onder de werking van de herziene EEX-verordening verlof verleend voor het leggen van conservatoir beslag tot afgifte op een "zich

in Duitsland of Oostenrijk bevindende" duwbak (Vzr. Rb. Rotterdam 12 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3395; zie hierover N.J. Margetson, 'Nederlands verlof tot het leggen van conservatoir scheepsbeslag in een ander land', *NTHR* 2016-4, p. 224-225). Aangezien de schuldenaren in Curaçao wonen, de Curaçaose rechter (zoals hij zelf ook erkent) bevoegd zal zijn tot kennisneming van de hoofdzaak en zijn verlof in Nederland ten uitvoer kan worden gelegd, zie ik bovendien niet in waarom het Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao in deze zaak zou moeten worden beschouwd als forum non conveniens.
10. Tegen het verlenen van verlof voor het leggen van beslag in een ander land van het Koninkrijk bestaan naar mijn mening ook geen praktische bezwaren. Vonnissen van een rechter in het Koninkrijk kunnen, zoals gezegd, in het gehele Koninkrijk zonder verdere formaliteiten ten uitvoer worden gelegd en het materiële beslagrecht is in het gehele Koninkrijk gelijkluidend, een enkele uitzondering daargelaten. Bovendien geschiedt de tenuitvoerlegging van het verlof volgens de wet van het land waar de tenuitvoerlegging plaatsvindt (art. 40 Statuut), zodat ook een eventueel verschil in het beslagrecht tussen landen in het Koninkrijk bij de tenuitvoerlegging niet snel tot problemen zal kunnen leiden. Concentratie van beslagverloven is bovendien efficiënt; het voorkomt dat een aspirant-beslaglegger zich zowel tot de Nederlandse als de Nederlands-Caribische rechter moet wenden met twee (min of meer) gelijkluidende beslagrekesten.
11. Het bovenstaande ziet op de interregionale bevoegdheid van de rechters van Curaçao, Sint Maarten en de BES-eilanden. Aangezien, zoals gezegd, in Aruba het EEX-verdrag geldt, zal de Arubaanse rechter de bepalingen van dat verdrag overeenkomstig moeten toepassen in "*burgerlijke en handelszaken*" (vgl. art. 1 EEX-verdrag) van interregionale aard, en dus ook in interregionale beslagzaken. De Nederlandse rechter zal daarentegen de herziene EEX-verordening overeenkomstig moeten toepassen in interregionale beslagzaken. Dat misschien onwenselijk of onpraktisch is dat hierdoor het interregionale beslagrecht voor de verschillende gedeelten van het Koninkrijk uiteenloopt, maakt het bovenstaande niet anders. Dat is nu eenmaal een gevolg van het gegeven dat alle landen van het Koninkrijk hun eigen internationaal privaatrecht hebben, waaraan zij moeten aansluiten om hun interregionaal privaatrecht te vinden. Als de wetgever dat zou willen voorkomen, zou hij gebruik moeten maken van de mogelijkheid om bij rijkswet één – voor het gehele Koninkrijk gelijkluidend – interregionaal privaatrecht te creëren. Het voorgaande laat zien dat het misschien tijd is dat de belofte van art. 38 lid 3 Statuut van een geschreven én gelijkluidend interregionaal privaatrecht voor het gehele Koninkrijk wordt ingelost.

R.B. van Hees
advocaat bij VanEps Kunneman VanDoorne te Curaçao

53

JOR 2018/53

Gemeenschappelijk Hof van Justitie
17 oktober 2017, Ghis 82103/17 – EJ 2527, 2780/16 – H 163/17
(mr. De Boer, mr. Saleh, mr. Giesen)
Noot B.I. Kraaipoel

Verzet tegen faillietverklaring. Curator in hoedanigheid is "belanghebbende" als bedoeld in art. 8 lid 1 Fv. Toestand van te hebben opgehouden te betalen. Verwijzing naar HR 18 december 2015, «JOR» 2016/145, m.nt. Jansen (Hoeksma q.q./R.M. Trade).

[Faillissementsverordening art. 1, 8 lid 1]

De in hoger beroep door de curator bestreden beslissing van het Gerecht in eerste aanleg van Aruba (GEA) is gegeven op verzet van de curator. Het GEA heeft, onder verwijzing naar HR 18 december 2015, «JOR» 2016/145, m.nt. Jansen (Hoeksma q.q./R/M. Trade), de curator aangemerkt als "belanghebbende," als bedoeld in art. 8 lid 1 Faillissementsverordening (Fv), en het verzet afgewezen. Er is onvoldoende aanleiding om de curator niet ambtshalve als belanghebbende aan te merken. Ingevolge de stellingen van de curator gaat het hier om een heel bijzonder geval, waarin de kans dat in de toekomst USD 20 miljoen uit Venezuela als bate in de boedel zal vloeien, verkleind wordt door een faillietverklaring. De curator, die in de korte verzettermijn van acht dagen

van art. 8 lid 1 Fv geconfronteerd wordt met de bijzondere situatie dat door de faillietverklaring de kans op een aanmerkelijke bate wordt verkleind, is, gelet op zijn taak, hierbij zo nauw betrokken dat daarin een belang is gelegen om in zijn hoedanigheid (q.q.) in de procedure te verschijnen, het entameren daarvan daaronder begrepen.
Het hoger beroep slaagt. Tiara Air heeft aanspraak op een bate van USD 20 miljoen uit Venezuela wegens verkochte vliegtickets. Door de politieke en financiële situatie in Venezuela is de kans dat deze bate kan worden gerealiseerd, niet groot, maar kennelijk ziet de curator de kans niet als te verwaarlozen. Nodig is dat de Venezolaanse autoriteiten aan Tiara Air vergunning geven Bolivares te mogen omwisselen in US dollars en deze gelden te repatriëren. De curator is bezig derden/belanghebbenden/schuldeisers zover te krijgen gelden ter beschikking te krijgen om Bolivares te kopen. Een faillissement heeft een nadelige werking op zowel de bereidwilligheid van financiers als die van de Venezolaanse autoriteiten. Indien de USD 20 miljoen gerealiseerd worden, kunnen alle schulden, ook die van de werknemers, worden voldaan. De werknemers zullen geen uitkering krijgen uit een faillissement. De werknemers hebben geen in rechte te respecteren belang om zich tegen de faillietverklaring te verzetten, terwijl het uitblijven van het faillissement in het belang lijkt te zijn van de boedel. Uit het voorgaande volgt dat het verzet van de curator gegrond is.

Mr. E.H.J. Martis, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Tiara Air NV,
appellant.

(...; *red.*)

3. Ontvankelijkheid
3.1. Het hoger beroep is tijdig binnen de in artikel 9 lid 1 aanhef Fv genoemde acht dagen ingesteld.
3.2. De in hoger beroep door de curator bestreden beslissing van het GEA is gegeven op verzet van de curator. Het GEA heeft, onder verwijzing naar FR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636 («JOR» 2016/145, m.nt. Jansen (*Hoeksma q. q./R.M. Trade*); *red.*), NJ 2016/172, de curator aangemerkt als 'belanghebbende', bedoeld in artikel 8 lid 1 Fv. Het GEA heeft het verzet afgewezen en de curator is als 'belanghebbende, wiens in artikel 8 bedoeld verzet is afgewezen', bedoeld in artikel 9 aanhef en ten 3° Fv, in hoger beroep gekomen.
3.3. Het Hof ziet onvoldoende aanleiding ambtshalve de curator niet als belanghebbende aan te merken. Ingevolge de stellingen van de curator gaat het hier om een heel bijzonder geval, waarin de kans dat in de toekomst ca. US$ 20 miljoen uit Venezuela als bate in de boedel zal vloeien verkleind wordt door een faillietverklaring. De curator heeft ter zitting van het Hof een advies van een Venezolaanse advocaat, Felix Alvarez Sierralta, overgelegd waarin wordt verklaard dat liquidatie 'pondría en grave peligro la posibilidad de cobrar esas deurlas en un futuro.'
3.4. De curator, die in de korte verzettermijn van acht dagen van artikel 8 lid 1 Fv geconfronteerd wordt met de bijzondere situatie dat door de faillietverklaring de kalis op een aanmerkelijke bate wordt verkleind, is, gelet op zijn taak, hierbij zo nauw betrokken, dat daarin een belang is gelegen om in zijn hoedanigheid (q.q.) in de procedure te verschijnen, het entameren daarvan daaronder begrepen.

4. Beoordeling
4.1. Het hoger beroep slaagt. Tiara Air heeft aanspraak op een bate van ca. US$ 20 miljoen uit Venezuela wegens verkochte vliegtickets. Door de politieke en fmanciële situatie in Venezuela is de kans dat deze bate kan worden gerealiseerd niet groot, maar kennelijk ziet de curator de kans niet als te verwaarlozen. Bovendien valt er heel veel mee te winnen. De bestuurder Muyale heeft overigens ter zitting van het Hof verklaard dat door het nalaten van bepaalde handelingen door Tiara Air die door andere luchtvaartmaatschappijen welzijn verricht, de kans voor Tiara Air relatief iets groter is dan die voor de andere luchtvaartmaatschappijen.
4.2. Nodig is dat de Venezolaanse autoriteiten aan Tiara vergunning geven Bolivares te mogen omwisselen in US dollars en deze gelden te repatriëren. Tiara heeft thans geen Bolivares op haar Venezolaanse rekening, maar de curator is bezig derden/belanghebbenden/schuldeisers zover te krijgen gelden ter beschikking te stellen om Bolivares te kopen (tegen de inmiddels flink gedevalueerde waarde). Aldus de curator (beroepschrift, onder 8-9). De schriftelijke toelichting
3 van de curator in eerste aanleg, van 22 december 2016, onder 11, vermeldt dat de curator General Air Services N.V. zover gekregen heeft gelden aan

Tiara Air ter beschikking te stellen. Voorwaarde is wel dat het faillissement van de baan is.
4.3. Het Hof begrijpt het standpunt van de curator aldus dat een faillissement een nadelige werking heeft op zowel de bereidwilligheid van financiers (zie rov. 4.2) als die van de Venezolaanse autoriteiten (zie rov. 3.3).
4.4. De ter zitting van het Hof verschenen crediteuren steunen de curator.
4.5. Indien de ca. US$ 20 miljoen gerealiseerd wordt, kunnen alle schulden, ook die van de werknemers worden voldaan. Thans zijn de beschikbare baten zeer beperkt, afgezet tegen de schulden. Ter zitting heeft de curator een 'STAAT ACTIVA/BATEN EN PASSIVA TIARA AIR N.V. PER 19 SEPTEMBER 2017' overgelegd.
4.6. De werknemers verzetten zich tegen vernietiging van de faillietverklaring. Zij zijn ontevreden over het gebrek aan openheid, maar de drie openbare verslagen van de bewindvoerder hebben zij niet gelezen. Zij menen dat de bestuurder gelden heeft onttrokken aan Tiara Air, maar volgens de curator is het omgekeerde het geval. De werknemers hebben niet weersproken dat zij geen uitkering zullen ontvangen uit het faillissement.
4.7. Al met al hebben de werknemers geen in rechte te respecteren belang om zich tegen de vernietiging van de faillietverklaring te verzetten. Zij zijn kennelijk de enigen die een faillissement voorstaan, terwijl het uitblijven van het faillissement in het belang lijkt te zijn van de boedel, aangezien de curator, de crediteuren, met uitzondering van een aantal werknemers, en het bestuur van Tiara Air nog brood zien in pogingen US dollar-deviezen in Venezuela los te krijgen.
4.8. Uit het voorgaande volgt dat het verzet gegrond is. De beslissing op het verzet zal worden vernietigd evenals de faillietverklaring.

5. Beslissing
Het Hof:
– vernietigt de bestreden beslissing op verzet;
– vernietigt de faillietverklaring van het GEA van 28 november 2016, en opnieuw rechtdoende:
– wijst af de verzoeken tot faillietverklaring.

NOOT

1. Deze noot hoort bij een tweetal uitspraken met op het eerste gezicht wellicht weinig overeenkomsten. De overeenkomst is daarin gelegen dat de gronden om een faillissement te vernietigen (het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba, hierna: het Gemeenschappelijk Hof) respectievelijk de gronden om een faillissementsaanvraag af te wijzen (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, hierna: het hof) niet alledaags zijn. De rechter acht het in beide zaken van groot belang dat door de faillietverklaring de kans op het incasseren van een bate wordt verkleind.
2. Tegen geen van beide uitspraken is bij mijn weten cassatie ingesteld. Sinds 1 maart 2017 is het mogelijk om cassatie in te stellen tegen "een beslissing (...) over een aangifte of over een aanvrage tot faillietverklaring, over homologatie van een akkoord of over het verlenen van voorlopige of definitieve surseance van betaling" van het Gemeenschappelijk Hof. Voor die tijd was dit niet mogelijk, nu in de hiervoor genoemde gevallen, op grond van art. 2, onder a, van de – toen nog geheten – Rijkswet cassatierechtspraak voor Aruba, Curaçao, Sint Maarten en voor Bonaire, Sint Eustatius en Saba (thans heet deze wet officieel de Rijkswet rechtsmacht Hoge Raad voor Aruba, Curaçao, Sint Maarten en voor Bonaire, Sint Eustatius en Saba, hierna: de Cassatieregeling), geen cassatie open stond. Het genoemde art. 2 is per 1 maart 2017 vervallen. De termijn voor het instellen van cassatie is geen acht dagen zoals in Nederland, maar één maand, op grond van art. 4 van de Cassatieregeling.
3. De zaken laten zich als volgt schetsen. Tiara Air NV is op verzoek van enkele werknemers op 28 november 2016 failliet verklaard. De curator, mr. Martis, is in hoedanigheid, dus q.q., tegen de faillietverklaring in verzet gekomen. Het Gerecht in eerste aanleg van Aruba (het gerecht) heeft bij beschikking van 29 december 2016 zijn verzet ongegrond verklaard. De curator is daarvan in hoger beroep gekomen. Het Gemeenschappelijk Hof acht hem ontvankelijk en beschouwt de curator als belanghebbende op grond van HR 18 december 2015, «JOR» 2016/145, m.nt. Jansen (*Hoeksma/R.M. Trade*).
4. Het Gemeenschappelijk Hof stelt niet afzonderlijk de feiten vast, zodat deze her en der in de uitspraak gevonden moeten worden. Kennelijk komt het erop neer dat Tiara Air aanspraak heeft op een bate van ca. USD 20 miljoen uit Venezuela wegens verkochte vliegtickets. Om dit bedrag te kunnen incasseren is het nodig om Bolivares te

kopen, waarbij dan derden/belanghebbenden/schuldeisers voor de financiering zouden moeten zorgen. Voorwaarde daarvoor is dan wel "dat het faillissement van de baan is". De werknemers, die het faillissement hebben aangevraagd, krijgen van het Gemeenschappelijk Hof een veeg uit de pan, nu zij klagen over gebrek aan openheid, maar zij de openbare verslagen van de bewindvoerder niet hebben gelezen. Ook hebben zij niet weersproken dat zij geen uitkering zullen ontvangen uit het faillissement.
5. Het Gemeenschappelijk Hof concludeert dat "het uitblijven van het faillissement in het belang lijkt te zijn van de boedel, aangezien de curator, de crediteuren, met uitzondering van een aantal werknemers, en het bestuur van Tiara Air nog brood zien in pogingen US dollardeviezen in Venezuela los te krijgen". Het faillissement wordt vernietigd; de vennootschap kan zelf de incasso ter hand nemen.
6. De procedure voor het hof betreft een faillissementsaanvraag tot faillietverklaring van de HSK BV. Deze vennootschap valt te kennen uit HR 5 juni 2015, «JOR» 2015/311, m.nt. Bijloo (*HSK/Bosma*). HSK blijkt een kat met negen levens. HSK is bij verstek failliet verklaard. Verzet mocht in eerste aanleg en hoger beroep niet baten, de faillietverklaring bleef in stand. De Hoge Raad vernietigde echter het arrest van het hof. Het verwijzingshof heeft het verzet van HSK gegrond verklaard en heeft het verzoek tot faillietverklaring alsnog afgewezen (ECLI:NL:GHSHE:2015:3641 en ECLI:NL:GHSHE:2016:887). De faillissementskosten verdeelde het hof, 1/4e deel voor HSK, 3/4e deel voor de aanvrager.
7. HSK is herrezen uit haar as. Die herrijzenis bood HSK de gelegenheid om de aanvrager van het faillissement (Bosma BV) en haar advocaat aansprakelijk te stellen voor de schade die zij heeft geleden door het onterecht uitgesproken faillissement. Rb. Noord-Nederland heeft bij vonnis van 8 februari 2017 («JOR» 2017/181, m.nt. Dulack) deze vordering toegewezen, met een verwijzing naar de schadestaat. Er is tegen het vonnis hoger beroep ingesteld.
8. In 2017 wordt HSK geconfronteerd met een nieuwe faillissementsaanvraag, die uiteindelijk heeft geleid tot het hierboven weergegeven arrest. Appellant heeft op of omstreeks 23 maart 2017 een vordering op HSK gekocht. Het betreft een huurachterstand van HSK bij een verhuurder. Het hof oordeelt dat van het vorderingsrecht summierlijk is gebleken. Ook oordeelt het hof dat HSK is opgehouden haar schuldeisers te betalen. Zij heeft meerdere schuldeisers en voert geen onderneming; er rest enkel de hiervoor genoemde procedure tegen de aanvrager van het vernietigde faillissement en haar advocaat.
9. HSK betoogt dat de aanvrager misbruik van bevoegdheid maakt omdat kort gezegd geen van de crediteuren bij een (nieuw) faillissement zal zijn gebaat. De conclusie van het hof is dat, mede gezien het eerdere faillissement, niet aannemelijk is geworden dat appellant een redelijk belang dan wel voldoende belang heeft bij het verzochte faillissement. Daarnaast oordeelt het hof dat appellant misbruik van bevoegdheid maakt met zijn aanvraag. De achterliggende gedachte – zie r.o. 3.14 – lijkt te zijn dat HSK de procedure in vervolg op «JOR» 2017/181 (zelf) kan blijven voeren en niet het risico loopt dat de curator deze procedure niet voortzet. De faillissementsaanvraag wordt afgewezen.
10. Een paar observaties naar aanleiding van deze uitspraken. Allereerst een processuele. Op grond van «JOR» 2016/145 en recentelijk HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3269 (*Boersen q.q./Pensioenfonds*), r.o. 3.3.2, is de curator enkel *pro se* belanghebbende. Dat geldt ongeacht door wie het faillissement is aangevraagd. Het Gemeenschappelijk Hof heeft de curator ten onrechte in hoedanigheid (q.q.) ontvankelijk geacht.
11. Afwijzingsgrond voor een verzoek tot faillietverklaring is onder meer het ontbreken van een redelijk belang. Ook kan een faillissementsaanvraag misbruik van recht opleveren. Het verschil tussen beide afwijzingsgronden is niet altijd even duidelijk. Een oordeel hieromtrent is over het algemeen (overwegend) feitelijk van aard. Dat maakt dat de uitkomst sterk afhangt van de waardering van de feiten door de feitenrechter. Zie voor een uitgebreid overzicht Beckers, *GS Faillissementswet*, art. 4 Fw, aant. 7. Uit dat overzicht blijkt dat zeer verschillend wordt geoordeeld.
12. (Ook) voor het slagen van verzet tegen faillietverklaring is vereist dat de faillissementsaanvraag is aan te merken als misbruik van bevoegdheid (Boersen q.q./Pensioenfonds, r.o. 3.4.3). Uit de uitspraak van het Gemeenschappelijk Hof valt vooral op te maken dat betrokken partijen de kans op succesvolle incasso in Venezuela hoger inschatten buiten dan in faillisse-

ment. Een Venezolaanse advocaat heeft dat aan de curator bericht (r.o. 3.3). Maar dat maakt mijns inziens nog niet dat de aanvragers van het faillissement misbruik maken van hun bevoegdheid. Overtuigender lijkt op het eerste gezicht het oordeel dat de werknemers niet hebben weersproken dat zij geen uitkering zullen ontvangen uit het faillissement (r.o. 4.6). Maar bedacht moet worden dat niet is vastgesteld dat de werknemers bij het indienen van de aanvraag hiervan al op de hoogte waren. De overweging wijst erop dat de curator dit standpunt op enig moment heeft ingenomen. Kortom het oordeel dat de werknemers geen in rechte te respecteren belang hebben om zich tegen de vernietiging van de faillietverklaring te verzetten (r.o. 4.7) vind ik niet bijzonder overtuigend gemotiveerd. Of de curator de aangewezen partij is om een beroep te doen op de stelling dat de vennootschap beter af is buiten faillissement, vraag ik mij af.
13. In de HSK-procedure is de faillissementsaanvraag afgewezen op zowel het ontbreken van belang bij de aanvrager als het misbruiken van de bevoegdheid tot aanvragen van het faillissement. Het hof oordeelt in het licht van het eerdere faillissement dat er geen sprake is van enig vermogen en dat een nader onderzoek door de curator niet zinvol is. In r.o. 3.11 zou nog de suggestie kunnen worden gelezen dat het ingediende faillissementsverzoek op een of andere manier samenhangt met de procedure van HSK tegen de aanvrager van het vernietigde faillissement en haar advocaat. In dat geval dringt de gedachte van misbruik van bevoegdheid zich op. Het hof werkt dit niet verder uit, dus of het een rol gespeeld heeft, blijft giswerk.
14. Het hof lijkt er, mede blijkend uit een overweging ten overvloede, vooral zwaar aan te tillen dat met het uitspreken van het faillissement het risico bestaat dat de procedure die door HSK is aangespannen tegen de aanvrager en haar advocaat, niet door de curator zal worden voortgezet. Ik vraag mij af hoe waarschijnlijk het is dat de curator de procedure *niet* zou voortzetten. Ook als de boedel geen verdere activa bevat naast deze vordering, is de gedachte van HSK dat deze vordering een (wellicht aanzienlijke) waarde vertegenwoordigt. Die gedachte wordt ondersteund door het veroordelende vonnis van de rechtbank. Nu het vonnis uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, kan de schadestaatprocedure direct worden opgestart. Onder die omstandigheden zie ik niet direct in waarom een curator die procedure niet namens de boedel zou willen overnemen, zelfs als hij dat in eerste instantie voor eigen risico zou moeten doen (vanwege de lege boedel-problematiek, die als zodanig in geen van beide zaken speelt). Hoe dat ook zij, het oordeel dat er sprake is van een afwijzingsgrond, is een (overwegend) feitelijk oordeel. De motiveringseisen voor een afwijzing van een faillissementsaanvraag zijn minder streng dan voor een beslissing tot faillietverklaring, vanwege het ingrijpende karakter van die beslissing.
15. In de uitspraak betreffende Tiara Air heeft het Gemeenschappelijk Hof de curator gevolgd in zijn standpunt dat de vennootschap beter af is buiten faillissement. In de zaak van HSK wees het hof de faillissementsaanvraag af op in wezen dezelfde grond. Algemene regels hierover vallen uit deze uitspraken niet af te leiden (en vallen ook niet makkelijk te geven). Of een verweer tegen een faillissementsaanvraag of een verzet tegen een faillietverklaring kansrijk is, blijft daarmee lastig te voorspellen.
De noot onder deze uitspraak heeft tevens betrekking op «JOR» 2018/54.

B.I. Kraaipoel
advocaat bij RESOR te Amsterdam

131

JOR 2018/131

Gemeenschappelijk Hof van Justitie
12 december 2017, KG 82461/17 - H 42/17,
ECLI:NL:OGHACMB:2017:146
(mr. De Boer, mr. Lewin, mr. Fehmers)
Noot P.M. Veder

Stichting particulier fonds. Beheers- en beschikkingshandelingen curator met betrekking tot buitenlands vermogen failliet. Verwijzing naar HR 7 oktober 2016, NJ 2017/124.

[BW art. 3:6]

Appellanten hebben betoogd dat de curatoren niet bevoegd zijn om in Curaçao op te treden. De enkele omstandigheid dat X failliet is verklaard op

basis van de vordering van één schuldeiser, hetgeen naar Zuid-Afrikaans recht mogelijk is, terwijl naar Curaçaos recht voor faillietverklaring is vereist dat de schuldenaar meer dan één schuldeiser heeft, brengt niet mee dat de uitspraken van de Zuid-Afrikaanse rechter tot faillietverklaring van X tot stand zijn gekomen op een wijze die in strijd is met de Curaçaose openbare orde. Daarom kunnen de curatoren in beginsel beheers- en beschikkingshandelingen verrichten met betrekking tot in Curaçao aanwezig vermogen dat tot de failliete boedel behoort, mits zij daartoe naar het recht van Zuid-Afrika bevoegd zijn.

De curatoren hebben een opinie overgelegd waarin het volgende staat vermeld: "In order to administer any of the insolvent's property located in a foreign country (...), the trustees ordinarily would require recognition as such under the relevant foreign law." Dit betekent niet dat de curatoren naar Zuid Afrikaans recht eerst een formele erkenning door de Curaçaose rechter van de faillietverklaring of van hun hoedanigheid van curator moeten verzoeken en verkrijgen, voordat zij in Curaçao enige bevoegdheid kunnen uitoefenen, maar slechts dat zij hun bevoegdheden in Curaçao uitsluitend kunnen uitoefenen, voor zover het recht van Curaçao dat toelaat. Dat betekent niet meer dan dat sprake moet zijn van in Curaçao aanwezig vermogen dat tot de failliete boedel behoort. Appellanten hebben betoogd dat de curatoren niet bevoegd zijn in Curaçao op te treden, omdat zij zich niet tot de Zuid-Afrikaanse rechter hebben gewend, opdat deze de Curaçaose rechter zou verzoeken tot erkenning over te gaan. Een dergelijke rechtsgang is echter niet nodig om de curatoren naar het recht van Zuid-Afrika bevoegd te achten beheers- en beschikkingshandelingen in een ander land te verrichten, in gevallen waarin het recht van dat andere land zich daartegen niet verzet en het recht van dat andere land een dergelijke rechtsgang niet voorschrijft, zoals in dit geval. Een dergelijke rechtsgang dient bovendien niet ter bescherming van het belang van de failliet wiens vermogen zich buiten Zuid-Afrika bevindt, maar ter bescherming van het belang van de gezamenlijke schuldeisers (of de enige schuldeiser) dat geen onnodige kosten ten laste van de boedel worden gemaakt.

Het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao heeft overwogen dat de oprichtersrechten in RSA hebben te gelden als een vermogensrecht in de zin van art. 3:6 BW. Uit overeenkomsten kunnen vermogensrechten voortvloeien. Aangenomen moet worden dat X een zodanige contractueel gevestigde zeggenschap heeft verkregen over RSA en over het vermogen van RSA dat sprake is van in Curaçao aanwezig vermogen dat tot de failliete boedel behoort, en dat de curatoren met betrekking tot dat vermogen beheers- en beschikkingshandelingen kunnen verrichten.

Door de faillietverklaring heeft X van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot de failliete boedel behorende vermogen verloren, en hebben de curatoren die beschikking en dat beheer verkregen. De in de "letter of wishes" opgenomen voorziening dat in geval van faillissement van X zijn echtgenote de oprichtersrechten overneemt, is in strijd met deze regel van dwingend recht. Daarom staat die voorziening niet in de weg aan voornoemd oordeel. De omstandigheid dat art. 10 lid 1 van de statuten vermeldt dat de oprichtersrechten persoonlijk zijn, staat aan voornoemd oordeel evenmin in de weg. Deze vermelding doet er immers niet aan af dat X de zeggenschap over RSA heeft die hiervoor is omschreven. De omstandigheid dat art. 10 lid 1 van de statuten vermeldt dat de oprichtersrechten worden opgeschort bij faillissement van de oprichter, staat aan voornoemd oordeel ook niet in de weg. Deze vermelding laat onverlet dat de faillietverklaring van X het dwingendrechtelijke gevolg heeft dat de curatoren met betrekking tot het vermogen van X beheers- en beschikkingshandelingen kunnen verrichten, ook waar dit de zeggenschap van X over RSA en het vermogen van RSA betreft. Er is geen reden om aan te nemen dat de zeggenschap die X heeft over RSA en over het vermogen van RSA, naar haar aard hoogstpersoonlijk is. Er is dan ook geen reden om aan te nemen dat deze gestelde hoogstpersoonlijke aard van de rechten in de weg zou staan aan toewijzing van de vorderingen van de curatoren.

Voor zover ernaar gestreefd is RSA als stichting particulier fonds zodanig vorm te geven en in te richten dat in geval van faillissement van X enerzijds de curatoren geen beheers- en beschikkingshandelingen zouden kunnen verrichten met betrekking tot het vermogen van RSA, maar anderzijds X wel de hiervoor omschreven zeggenschap over RSA en het vermogen van RSA zou behouden, biedt het algemene rechtspersonenrecht en ook deze stichtingsvorm geen ruimte voor die opzet.

Geoordeeld moet worden dat X een zodanige zeggenschap over RSA en over het vermogen van RSA heeft verkregen, dat hij ook geacht moet worden (contractueel) recht te hebben op inzage in de administratie van RSA en dat hij bevoegd moet worden geacht aan RSA de bindende instructie te geven dat zij geen vermogensbestanddelen mogen vervreemden. Zijn faillissement brengt mee dat de curatoren dat recht en die bevoegdheid hebben verkregen. Dat valt onder hun bevoegdheid beheers- en beschikkingshandelingen te verrichten met betrekking tot het vermogen van X.

De curatoren hebben gesteld dat de vordering van Z verband houdt met door X verduisterde gelden. In het licht hiervan is de betwisting van de verduistering met de enkele stelling dat appellanten van X hebben begrepen dat geen sprake is van verduistering, maar van een fiscale kwestie waardoor Z niet is benadeeld, onvoldoende gemotiveerd. Ook de stellingen van de curatoren dat RSA in opdracht van X is opgericht en gebruikt om vermogen aan het verhaal en zicht van eerst Z en nu de curatoren te onttrekken, hebben appellanten onvoldoende gemotiveerd betwist. Het voorgaande is voldoende voor het voorshandse oordeel in dit kort geding dat RSA onrechtmatig jegens de curatoren handelt door misbruik te maken van het identiteitsverschil tussen RSA en X. Mogelijkerwijs hebben appellanten aanvankelijk niet geweten van al voornoemde omstandigheden en mogelijkerwijs hebben zij aanvankelijk naar maatstaven van toezicht voldoende onderzoek ernaar gedaan, maar dat doet er niet aan af dat RSA (met de kennis van nu) thans onrechtmatig handelt jegens de curatoren door misbruik te maken van voornoemd identiteitsverschil. De omstandigheden dat sprake is geweest van verduistering door X, dat X geen medewerking aan de curatoren heeft verleend, dat RSA in opdracht van X is opgericht en dat X de ultimate beneficial owner van RSA is en blijft, leveren, gelet op de aard van de dienstverlening van een trustkantoor, voldoende belang op bij toewijzing van een vervreemdingsverbod. Het oordeel dat sprake is van misbruik van identiteitsverschil, brengt nog niet mee dat vereenzelviging aangewezen is als vorm van redres. Verweren die de rechtsfiguur misbruik van identiteitsverschil op één lijn stellen met de rechtsfiguur vereenzelviging, worden daarom verworpen.

1. De stichting particulier fonds RSA Private Foundation,
2. Corporate Agents NV,
3. Covenant Managers NV,
alle te Curaçao,
appellantes in het principaal appel,
geïntimeerden in het in incidenteel appel,
advocaten: mrs. R.F. van den Heuvel en R.B. van Hees,
tegen
1. G.C. Gainsford te Johannesburg (Zuid-Afrika),
2. M.P. Walters te Kaapstad (Zuid-Afrika),
in hun hoedanigheid van curator in het faillissement van X,
geïntimeerden in het principaal appel,
appellanten in het incidenteel appel,
advocaat: mr. Th. Aardenburg.

(...; *red.*)

2. De beoordeling

(...; *red.*)

2.2. In dit kort geding kan van het volgende worden uitgegaan.

2.2.1. Bij vonnissen van het Western Cape High Court, Kaapstad, Zuid-Afrika, van 20 mei 2011 en 5 juli 2011 is [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]) op verzoek van de Zuid-Afrikaanse rechtspersoon

Megacube Mining (Pty) Ltd (hierna: Megacube) in staat van faillissement verklaard, met aanstelling van de curatoren tot "joint trustees" over zijn "insolvent estate".

2.2.2. Megacube heeft blijkens een vaststellingsovereenkomst en een vonnis van het South Gauteng High Court, Johannesburg, Zuid-Afrika, van 5 april 2011 een vordering op [betrokkene 1] van in totaal circa USD 18,7 miljoen, vermeerderd met rente en kosten.

De vaststellingsovereenkomst vermeldt:

"[[betrokkene 1]] consents to judgment in the amount of R88 588 862.96 [ongeveer USD 6,3 miljoen, Hof] (...) plus costs of suit. The said amount (...) shall be payable by the defendant by no later than 31 December 2010; (...)"

Het vonnis vermeldt:

"[[betrokkene 1]] shall pay to [Megacube] the amount of R170 886 698.68 [ongeveer USD 12,4 miljoen, Hof] (...)."

2.2.3 [betrokkene 1] heeft in 2009 een structuur van rechtspersonen doen opzetten, waarvan rechtspersonen deel uitmaken die gevestigd zijn

in Curaçao (RSA) en op de Britse Maagdeneilanden (Anticus Ltd en CIMS Group Ltd).
2.2.4. RSA is een stichting particulier fonds (SPF) naar het recht van Curaçao. Zij is bij notariële akte van 25 juni 2009 opgericht door Corporate Agents, in opdracht van [betrokkene 1]. Corporate Agents is gelieerd aan een trustkantoor in Curaçao. Covenant Managers is de enige bestuurder van RSA. Corporate Agents en Covenant Managers zijn gevestigd aan hetzelfde adres en worden bestuurd door dezelfde bestuurders.
2.2.5. De statuten van RSA bepalen onder meer:
"PURPOSE
Article 2
1. The purpose of the foundation is to make distributions out of its assets to such institutions and persons as the board may determine and to provide assistance to such institutions and persons by means of loans, granting securities, annuity contracts and the like.
2. (...)
MANAGEMENT
Article 5
1. The supervisory board shall appoint the directors (...). If no supervisory board has been appointed, the Founder shall appoint the directors (...).
2. A director may at all times, with or without cause, be suspended or dismissed by the individual or entity who is authorized to appoint directors at that time.
(...)
FOUNDER'S AUTHORITIES
Article 10
1. The Founder's authorities are personal, cannot be exercised by any other person, and do not devolve unto his successors in inheritance. During his bankruptcy the authorities of the Founder are suspended. In the event the Founder's authority temporarily cannot be exercised, then the same will temporarily be exercised by the board. In the event the Founder's authorities should cease, then the same will pass to the board.
2. The Founder may, however, appoint one or more successors, being either (a) natural person(s) or (a) legal entity(ies), who shall (...) take the place and stead of the original Founder, including the authority to appoint a successor.
3. (...)"
2.2.6. Op 3 juli 2009 heeft [betrokkene 1] een "source of wealth declaration" ondertekend (hierna: de source of wealth declaration). Hierin staat onder meer:
"I, the undersigned, declare that I am the ultimate beneficial owner of RSA PRIVATE FOUNDATION and ANTICUS, LTD. and its present and future assets; (...)"
2.2.7. Op 13 juli 2009 heeft [betrokkene 1] een aan RSA (ter attentie van de bestuurders) gerichte "Letter of Wishes" ondertekend (hierna: de letter of wishes). Hierin staat onder meer:
"The Undersigned, Mr. [betrokkene 1], acting as sole holder of the Founders Authorities for [RSA], does herewith set forth his/her wishes regarding the management of the assets of [RSA] and the appointment of Board Members of [RSA].
During my life I do have sole control authorities on the assets (either contributed or distributed) of [RSA].
If I will either die, become missing or incapacitated, mentally ill, temporary or permanently insolvent/bankrupt sufficient written proof thereof from acknowlegded and proper authorities should be provided to the Board Members of [RSA]. As then my wife Mrs. [betrokkene 2] takes over full Founders authorities and the subsequent control authorities.
The following instructions would apply:
(...)
I realize that you are not legally bound to follow these wishes and I acknowledge that you are able at all times to use the powers and discretions given to you under the terms of the instrument creating the foundation."
De letter of wishes is "for acceptance and acknowledgement" ondertekend door iemand, aangeduid als "board member".
2.2.8. [betrokkene 1] heeft geen medewerking verleend aan de curatoren.
2.2.9. Bij "order" van 8 maart 2017 heeft de Eastern Caribbean Supreme Court in the High Court of Justice, Britse Maagdeneilanden, een "worldwide freezing injunction" uitgevaardigd tegen onder meer RSA, met een verbod om bestanddelen aan het vermogen te onttrekken als nader in de order vermeld, en een bevel om opgave te doen van de samenstelling van het vermogen. Deze beslissing is op 5 april 2017 aan RSA betekend. RSA heeft niet aan het bevel voldaan.
2.2.10. Op 9 maart 2017 hebben de curatoren met verlof van het GEA bewijsbeslag doen leggen op de administratie van RSA en een bewaarder aangesteld. In het beslagrekest is hetgeen beslagen dient te worden als volgt omschreven:

"de administratie van RSA die zich bevindt te Curaçao op het adres [adres], meer in het bijzonder: alle gegevensdragers (elektronisch en fysiek) met informatie die betrekking heeft op RSA en haar vermogensbestanddelen (historisch en actueel), alsmede op alle overige informatie die gerekwestreerden ter beschikking hebben die verband houdt met [betrokkene 1], Anticus en CIMS Group, waaronder doch niet beperkt tot correspondentie met één van deze partijen of één van hun vertegenwoordigers, de jaarrekeningen van RSA en alle overige documenten waaruit blijkt welke activa door RSA, Anticus en CIMS Group worden gehouden en de herkomst daarvan".

2.2.11. Bij brief van 29 maart 2017 hebben de curatoren RSA en Covenant Managers gesommeerd de boeken open te leggen en medewerking te verlenen aan het terugtreden van Covenant Manager als bestuurder van RSA en de benoeming van de curatoren tot enig bestuurders van RSA. Aan deze sommatie is geen gevolg gegeven.

2.3. In dit kort geding heeft het GEA op vordering van de curatoren, zakelijk weergegeven, RSA c.s. verboden goederen aan haar vermogen of aan het verhaal van de curatoren te onttrekken en hen bevolen de boeken van RSA open te leggen. De vordering van de curatoren om Covenant Managers te ontslaan als bestuurder van RSA en de curatoren tot bestuurders van RSA te benoemen, heeft het GEA afgewezen. De reconventionele vorderingen van RSA c.s. tot opheffing van het bewijsbeslag en teruggave van de beslagen bescheiden heeft het GEA ook afgewezen.

Het hoger beroep van RSA c.s. is gericht tegen de toewijzingen in conventie en de afwijzingen in reconventie. Het incidenteel hoger beroep van de curatoren is gericht tegen de afwijzing in conventie.

2.4. Bij pleidooi in hoger beroep hebben RSA c.s. een beroep gedaan op de exceptio plurium litis consortium. Volgens hen dienen de curatoren niet-ontvankelijk te worden verklaard, omdat [betrokkene 1] niet ook is opgeroepen om in rechte te verschijnen.

Dit beroep faalt. Voor het slagen van een beroep op de exceptio plurium litis consortium is nodig dat sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding, d.w.z. dat een rechtsverhouding in geschil is waarbij het rechtens noodzakelijk is dat de beslissing ten aanzien van alle bij die rechtsverhouding betrokkenen in dezelfde zin luidt. Dit geval voldoet niet aan die maatstaf: het is mogelijk de vorderingen tegen RSA c.s. toe te wijzen zonder dat enig verbod of bevel aan [betrokkene 1] gegeven wordt.

2.5. Het Hof zal thans de grieven van RSA c.s. bespreken.

2.6. Op grief 1 van RSA c.s. komt het Hof hieronder terug (rov. 2.41).

2.7. Bij grief 2 hebben RSA c.s. betoogd dat de curatoren niet bevoegd zijn om in Curaçao op te treden.

2.8. De enkele omstandigheid dat [betrokkene 1] failliet is verklaard op basis van de vordering van één schuldeiser, hetgeen naar Zuid-Afrikaans recht mogelijk is, terwijl naar Curaçaos recht voor faillietverklaring is vereist dat de schuldenaar meer dan één schuldeiser heeft, brengt niet mee dat de uitspraken van de Zuid-Afrikaanse rechter tot faillietverklaring van [betrokkene 1] tot stand zijn gekomen op een wijze die in strijd is met de Curaçaose openbare orde. Daarom kunnen de curatoren in beginsel beheers- en beschikkingshandelingen verrichten met betrekking tot in Curaçao aanwezig vermogen dat tot de failliete boedel behoort, mits zij daartoe naar het recht van Zuid-Afrika bevoegd zijn.

2.9. De curatoren hebben een opinie van 2 maart 2017 overgelegd (productie 4 bij inleidend verzoekschrift, eerste bijlage) waarin in paragraaf 26 het volgende staat vermeld:

"In order to administer any of the insolvent's property located in a foreign country (...), the trustees ordinarily would require recognition as such under the relevant foreign law."

Dit betekent niet dat de curatoren naar Zuid-Afrikaans recht eerst een formele erkenning door de Curaçaose rechter van de faillietverklaring of van hun hoedanigheid van curator moeten verzoeken en verkrijgen, voordat zij in Curaçao enige bevoegdheid kunnen uitoefenen, maar slechts dat zij hun bevoegdheden in Curaçao uitsluitend kunnen uitoefenen, voor zover het recht van Curaçao dat toelaat. Dat betekent niet meer dan dat voldaan moet zijn aan hetgeen hiervoor in rov. 2.8 is overwogen, d.w.z. dat sprake moet zijn van in Curaçao aanwezig vermogen dat tot de failliete boedel behoort. Of daarvan in dit geval sprake is, komt hierna bij de behandeling van de grieven 3 en 4 aan de orde.

2.10. Bij pleidooi in hoger beroep hebben RSA c.s. betoogd dat de curatoren niet bevoegd zijn in Curaçao op te treden, omdat zij zich niet tot de Zuid-Afrikaanse rechter hebben gewend, opdat

deze de Curaçaose rechter zou verzoeken tot erkenning over te gaan. Een dergelijke rechtsgang is echter niet nodig om de curatoren naar het recht van Zuid-Afrika bevoegd te achten beheers- en beschikkingshandelingen in een ander land te verrichten, in gevallen waarin het recht van dat andere land zich daartegen niet verzet en het recht van dat andere land een dergelijke rechtsgang niet voorschrijft, zoals in dit geval. Een dergelijke rechtsgang dient bovendien niet ter bescherming van het belang van de failliet wiens vermogen zich buiten Zuid-Afrika bevindt, maar ter bescherming van het belang van de gezamenlijke schuldeisers (of de enige schuldeiser) dat geen onnodige kosten ten laste van de boedel worden gemaakt. Het betoog wordt verworpen.

2.11. Grief 2 faalt deels op grond van het voorgaande en voor het overige bij gebrek aan zelfstandige betekenis.

2.12. De grieven 3 en 4 lenen zich voor gezamenlijke behandeling en hebben betrekking op het volgende. Het GEA heeft overwogen dat de oprichtersrechten in RSA hebben te gelden als een vermogensrecht in de zin van art. 3:6 BW. Naar het oordeel van het GEA behoort dit vermogensrecht tot de failliete boedel, althans behoort het recht van [betrokkene 1] op levering van dit vermogensrecht daartoe. De in de letter of wishes opgenomen voorziening dat in geval van faillissement van [betrokkene 1] zijn echtgenote de oprichtersrechten overneemt, staat daaraan niet in de weg, aldus het GEA. De grieven 3 en 4 zijn gericht tegen deze overwegingen en oordelen.

2.13. Niet van belang is of, en zo ja, in hoeverre deze overwegingen en oordelen van het GEA ontoelaatbare verrassingsbeslissingen inhouden, of buiten de grenzen van de rechtsstrijd in eerste aanleg gelegen zijn. Zij liggen binnen de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep. Er is in hoger beroep voldoende gelegenheid geweest daarover een partijdebat te voeren, hetgeen ook is gebeurd.

2.14. Beoordeeld dient te worden wat tussen [betrokkene 1] enerzijds en
RSA c.s. anderzijds is overeengekomen. Uit overeenkomsten kunnen immers vermogensrechten voortvloeien. Hiertoe moeten de statuten van RSA in samenhang beschouwd worden met de source of wealth declaration en de letter of wishes. Daarbij is ook de aard van de dienstverlening van een trustkantoor van belang, omdat die nadere invulling geeft aan hetgeen geacht moet worden tussen [betrokkene 1] enerzijds en RSA c.s. anderzijds te zijn overeengekomen, gelet op hetgeen partijen over en weer redelijkerwijs mogen verwachten en moeten begrijpen in verband met de aard van de dienstverlening.

2.15. De statuten van RSA vermelden in art. 2 niets waaruit kan worden afgeleid dat het doel van RSA in enig opzicht afwijkt van het doel de belangen van de ultimate beneficial owner te dienen bij het maken van "distributions out of its assets". De bevoegdheden die art. 5 van de statuten aan de oprichter toekent, geven de oprichter volledige zeggenschap over RSA. Art. 10 lid 2 van de statuten maakt het mogelijk dat deze bevoegdheden worden overgedragen aan de ultimate beneficial owner. De combinatie van art. 5 en 10 van de statuten maakt het mogelijk de volledige zeggenschap over RSA aan de ultimate beneficial owner toe te kennen zonder dat deze in de statuten wordt genoemd.
Bij het pleidooi in hoger beroep heeft mr. Aardenburg opgemerkt dat de naam van de ultimate beneficial owner in de praktijk niet in de statuten van een stichting particulier fonds pleegt te worden genoemd, omdat deze statuten openbaar worden gemaakt. Het Hof merkt op dat voor de trust geldt dat de naam van de insteller of de begunstigde niet bekend behoeft te worden gemaakt (vergelijk art. 5 lid 2, tweede en derde zin, Handelsregisterverordening, zoals gewijzigd bij PB 2001 no. 67, met art. 21 lid 2 Handelsregisterbesluit 2009, PB 2009 no. 71).

2.16. De source of wealth declaration stelt buiten twijfel dat [betrokkene 1] ultimate beneficial owner van RSA is en blijft. Nu niets is aangevoerd ten betoge van het tegendeel, wordt dit geacht tussen [betrokkene 1] en RSA c.s. te zijn overeengekomen.

2.17. In de letter of wishes duidt [betrokkene 1] zichzelf aan als de "sole holder of the Founders Authorities". Dit betekent dat hij volgens die door RSA voor akkoord ondertekende brief geldt als degene die door de combinatie van art. 5 en 10 van de statuten de volledige zeggenschap over RSA heeft. Hij geeft in de brief ook "instructions". Weliswaar staat aan het slot van de letter of wishes dat RSA (of het bestuur van RSA) niet rechtens gebonden is aan de "wishes" van [betrokkene 1] en dat het bestuur van RSA zijn statutaire bevoegdheden kan uitoefenen, maar gelet op de inhoud van de statuten, zoals hiervoor in rov. 2.15 omschreven en gelet op de aard van de dienstverlening van een trustkantoor, komt daaraan in

normale omstandigheden geen of geringe betekenis toe.
2.18. Op grond van het voorgaande moet worden aangenomen dat [betrokkene 1] een zodanige contractueel gevestigde zeggenschap heeft verkregen over RSA en over het vermogen van RSA dat sprake is van in Curaçao aanwezig vermogen dat tot de failliete boedel behoort, en dat de curatoren met betrekking tot dat vermogen beheers- en beschikkingshandelingen kunnen verrichten.
2.19. Door de faillietverklaring heeft [betrokkene 1] van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot de failliete boedel behorende vermogen verloren, en hebben de curatoren die beschikking en dat beheer verkregen.
De in de letter of wishes opgenomen voorziening dat in geval van faillissement van [betrokkene 1] zijn echtgenote de oprichtersrechten overneemt, is in strijd met deze regel van dwingend recht. Daarom staat die voorziening niet in de weg aan voornoemd oordeel.
2.20. De omstandigheid dat art. 10 lid 1 van de statuten vermeldt dat de oprichtersrechten persoonlijk zijn, staat aan voornoemd oordeel evenmin aan de weg. Deze vermelding doet er immers niet aan af dat [betrokkene 1] de zeggenschap over RSA heeft die hiervoor is omschreven.
De omstandigheid dat art. 10 lid 1 van de statuten vermeldt dat de oprichtersrechten worden opgeschort bij faillissement van de oprichter, staat aan voornoemd oordeel ook niet in de weg. Deze vermelding laat onverlet dat de faillietverklaring van [betrokkene 1] het dwingendrechtelijke gevolg heeft dat de curatoren met betrekking tot het vermogen van [betrokkene 1] beheers- en beschikkingshandelingen kunnen verrichten, ook waar dit de zeggenschap van [betrokkene 1] over RSA en het vermogen van RSA betreft.
2.21. Bij pleidooi in hoger beroep hebben RSA c.s. betoogd dat sprake is van rechten van [betrokkene 1] die naar hun aard hoogstpersoonlijk zijn. Dat kan niet als juist worden aanvaard. Er is geen reden om aan te nemen dat de zeggenschap die [betrokkene 1] heeft over RSA en over het vermogen van RSA, naar haar aard hoogstpersoonlijk is. Er is dan ook geen reden om aan te nemen dat deze gestelde hoogstpersoonlijke aard van de rechten in de weg zou staan aan toewijzing van de vorderingen van de curatoren.
2.22. Voor het hiervoor in rov. 2.18 gegeven oordeel is ook niet van belang dat er geen akte is aangetroffen waarbij oprichtersrechten van Corporate Agents aan [betrokkene 1] zijn overgedragen. Opnieuw geldt immers dat dit er niet aan af doet dat hij de hiervoor omschreven (contractueel gevestigde) zeggenschap heeft. Om dezelfde reden is niet van belang of een eventueel recht van [betrokkene 1] op levering van oprichtersrechten is verjaard.
2.23. Zoals de Hoge Raad heeft overwogen in HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285, *NJ* 2017/124 (*Resort of the World/Maple Leaf*), rov. 3.4.3, heeft de wetgever misbruik of oneigenlijk gebruik van de rechtsvorm stichting particulier fonds willen voorkomen. Met het oog daarop heeft hij deze stichtingsvorm ingebed in het algemene rechtspersonenrecht.
De wettelijke regeling van deze rechtsvorm bevat niets wat kan afdoen aan voornoemde oordelen.
Voor zover ernaar gestreefd is RSA als stichting particulier fonds zodanig vorm te geven en in te richten dat in geval van faillissement van [betrokkene 1] enerzijds de curatoren geen beheers- en beschikkingshandelingen zouden kunnen verrichten met betrekking tot het vermogen van RSA, maar anderzijds [betrokkene 1] wel de hiervoor omschreven zeggenschap over RSA en het vermogen van RSA zou behouden, biedt het algemene rechtspersonenrecht en ook deze stichtingsvorm geen ruimte voor die opzet.
Aan een vergelijking met de positie van een enig aandeelhouder in een besloten of naamloze vennootschap waagt het Hof zich niet.
2.24. Ook voor de beoordeling van de vragen of [betrokkene 1] recht op inzage in de administratie van RSA heeft, en of hij aan RSA een vervreemdingsverbod kan opleggen, moeten de statuten van RSA in samenhang beschouwd worden met de source of wealth declaration en de letter of wishes, en moet ook acht worden geslagen op de aard van de dienstverlening van een trustkantoor.
Op analoge gronden als hiervoor in rov. 2.14-2.18 zijn genoemd, moet geoordeeld worden dat [betrokkene 1] een zodanige zeggenschap over RSA en over het vermogen van RSA heeft verkregen, dat hij ook geacht moet worden (contractueel) recht te hebben op inzage in de administratie van RSA en dat hij bevoegd moet worden geacht aan RSA de bindende instructie te geven dat zij geen vermogensbestanddelen mogen vervreemden. Zijn faillissement brengt mee dat de curatoren dat recht en die bevoegdheid hebben verkregen. Dat valt onder hun bevoegdheid beheers- en beschik-

kingshandelingen te verrichten met betrekking tot het vermogen van [betrokkene 1].
2.25. Op grond van het voorgaande falen de grieven 3 en 4.
2.26. Grief 5 is gericht tegen het oordeel dat RSA onrechtmatig jegens de curatoren handelt door misbruik te maken van het identiteitsverschil tussen RSA en [betrokkene 1].
2.27. Zoals hiervoor in rov. 2.2.2 is vermeld, moet als onvoldoende gemotiveerd betwist tot uitgangspunt worden genomen dat Megacube een vordering op [betrokkene 1] heeft van in totaal circa USD 18,7 miljoen, vermeerderd met rente en kosten. RSA c.s. kunnen niet volhouden dat zij dit niet weten. Ook weten zij dat [betrokkene 1] failliet is verklaard.
2.28. De curatoren hebben gesteld dat de vordering van Megacube op [betrokkene 1] verband houdt met door [betrokkene 1] en een zekere [betrokkene 3] verduisterde gelden en dat deze verduistering in 2008 is vastgesteld. Ter onderbouwing van die stellingen hebben zij verwezen naar de founding affidavit (productie 4 bij inleidend verzoekschrift). In dat geschrift is de door de curatoren gestelde verduistering nader omschreven onder de
nrs. 35-45. Daar wordt een door de curatoren gestelde gang van zaken beschreven met een volgens hen door [betrokkene 1] en [betrokkene 3] geopende geheime rekening.
In het licht hiervan is de betwisting van de verduistering met de enkele stelling dat RSA c.s. van [betrokkene 1] hebben begrepen dat geen sprake is van verduistering, maar van een fiscale kwestie waardoor Megacube niet is benadeeld, onvoldoende gemotiveerd. Indien [betrokkene 1] hierover meer kan verklaren, lag het op de weg van RSA c.s. om hun betwisting te onderbouwen met een schriftelijke verklaring van [betrokkene 1], met wie zij stellen contact te onderhouden. Hiervoor is niet nodig dat [betrokkene 1] in deze procedure wordt opgeroepen. Het Hof gaat er daarom van uit dat sprake is geweest van verduistering. Bij dit oordeel is niet van belang welke bewijskracht aan een affidavit toekomt.
2.29. Ook de stellingen van de curatoren dat RSA in opdracht van [betrokkene 1] is opgericht en gebruikt om vermogen aan het verhaal en zicht van eerst Megacube en nu de curatoren te onttrekken, hebben RSA c.s. onvoldoende gemotiveerd betwist. Hun enkele stelling dat zij voor zover mogelijk onderzoek hebben gedaan naar de beweringen van de curatoren en dat hun niet is gebleken dat de structuur wordt gebruikt voor onoorbare doeleinden, levert geen toereikende betwisting op. Bij pleidooi in hoger beroep hebben zij er nog op gewezen dat RSA lange tijd voor de totstandkoming van de Zuid-Afrikaanse vonnissen is opgericht en gesteld dat uit de letter of wishes blijkt dat RSA is opgericht in verband met estate planning, maar ook dat is niet toereikend, te minder nu volgens de curatoren de verduistering in 2008 is vastgesteld (zie rov. 2.28 hiervoor) en RSA in 2009 is opgericht (zie rov. 2.2.4 hiervoor). Overigens kan het Hof uit de letter of wishes niet afleiden dat RSA is opgericht in verband met estate planning. De doelomschrijving "estate planning" kan bovendien een eufemisme zijn voor het door de curatoren omschreven doel.
2.30. Het voorgaande is voldoende voor het voorshands oordeel in dit kort geding dat RSA onrechtmatig jegens de curatoren handelt door misbruik te maken van het identiteitsverschil tussen RSA en [betrokkene 1].
Mogelijkerwijs hebben RSA c.s. aanvankelijk niet geweten van al voornoemde omstandigheden en mogelijkerwijs hebben zij aanvankelijk naar maatstaven van toezicht voldoende onderzoek ernaar gedaan, maar dat doet er niet aan af dat RSA (met de kennis van nu) thans onrechtmatig handelt jegens de curatoren door misbruik te maken van voornoemd identiteitsverschil.
2.31. De omstandigheden dat sprake is geweest van verduistering door [betrokkene 1], dat [betrokkene 1] geen medewerking aan de curatoren heeft verleend, dat RSA in opdracht van [betrokkene 1] is opgericht en dat [betrokkene 1] de ultimate beneficial owner van RSA is en blijft, leveren, gelet op de aard van de dienstverlening van een trustkantoor, voldoende belang op bij toewijzing van een vervreemdingsverbod. Bij dat oordeel kan in het midden blijven of de aard van dit belang omschreven moet worden als "gegronde vrees voor verduistering". Overigens leveren voornoemde omstandigheden wel degelijk gegronde vrees voor verduistering op (in civielrechtelijke zin, d.w.z. een redelijke verwachting dat vervreemding zal leiden tot onttrekking aan verhaal). De omstandigheid dat Corporate Agents en Covenant Managers onderdeel vormen van een gerenommeerde internationale verlener van trust- en managementdiensten, die onder toezicht staat, is onvoldoende voor een ander oordeel.

Het oordeel dat sprake is van misbruik van identiteitsverschil, brengt nog niet mee dat vereenzelviging aangewezen is als vorm van redres. Verweren die de rechtsfiguur misbruik van identiteitsverschil op één lijn stellen met de rechtsfiguur vereenzelviging, worden daarom verworpen.
2.32. De vraag of voldaan moet zijn aan de vereisten van art. 843a Rv, komt bij de behandeling van grief 6 aan de orde. Voor zover grief 5 daarop ingaat, faalt de grief bij gebrek aan zelfstandige betekenis. Voor het overige faalt grief 5 op grond van voorgaande overwegingen.
2.33. Grief 6 is gericht tegen het bevel tot openlegging van de boeken. De grief gaat uit van de rechtsopvatting dat een dergelijk bevel slechts kan worden gegeven indien voldaan is aan de vereisten van art. 843a Rv. Die rechtsopvatting is onjuist. Art. 843a Rv is geen exclusieve of limitatieve regeling. In dit geval kan het bevel reeds worden gebaseerd op de hiervoor in rov. 2.21 gegeven grond dat [betrokkene 1] recht heeft op inzage in de administratie van RSA en dat door zijn faillissement de curatoren dat recht hebben verkregen. Voor RSA komt daar de hiervoor in rov. 2.30 weergegeven grond bij dat RSA misbruik maakt van het identiteitsverschil met [betrokkene 1] door de boeken niet voor de curatoren open te leggen.
De grief faalt. Overigens is voldaan aan de vereisten van art. 843a Rv: zie de bespreking van grief 11.
2.34. Grief 7 betoogt dat sprake is van onvoldoende spoedeisend belang. Het Hof verwerpt de grief. Hoe langer het duurt voordat de boeken van RSA c.s. worden opengelegd, des te groter is het risico dat zal blijken dat er bestanddelen uit het vermogen van de failliete boedel onttrokken zijn.
2.35. Grief 8 bespreekt een belangenafweging. Het Hof acht het belang van de curatoren bij zowel het vervreemdingsverbod als het bevel tot openlegging van de boeken zo spoedeisend, dat het belang van RSA c.s. daarvoor moet wijken, zodat de beslissing ook geheel uitvoerbaar bij voorraad moet zijn. Het Hof ziet niet in waarom die beslissing de bijl aan de wortel van het wezen van de Curaçaose trustsector zou zetten. Andere gevallen waarin van trustkantoren gevraagd wordt mee te werken met faillissementscuratoren, zullen op hun eigen merites beoordeeld moeten worden.
2.36. Grief 9 betoogt dat het verbod te ruim en te vaag is geformuleerd. Ook deze grief slaagt niet. Het verbod zal in elk geval zijn werking verliezen als in een bodemzaak anders beslist wordt. Het Hof ziet ook geen aanleiding om een beperking aan te brengen in verband met de normale bedrijfsvoering van RSA, nu onvoldoende is aangevoerd om te kunnen oordelen dat RSA een relevante normale bedrijfsvoering heeft naast behartiging van het belang van haar ultimate beneficial owner door diens vermogen te beheren. Voor zover het verbod om goederen "in waarde te doen verminderen" tot onduidelijkheden leidt, kunnen die in een executiegeschil worden weggenomen.
2.37. Grief 10 is gericht tegen het opleggen van dwangsommen. Het Hof acht het aangewezen om dwangsommen op te leggen. Indien RSA c.s. vrijwillig aan het vonnis voldoen, zullen zij geen dwangsommen verbeuren.
2.38. Grief 11 gaat uit van de rechtsopvatting dat verlof voor bewijsbeslag slechts kan worden verleend indien voldaan is aan de vereisten van art. 843a Rv. Die rechtsopvatting is juist.
2.39. Het hiervoor omschreven recht van de curatoren op openlegging van de boeken rechtvaardigt dat van de curatoren redelijkerwijs niet kan worden verlangd dat ze de in beslag te nemen bescheiden preciezer omschrijven dan zij hebben gedaan. Alles wat onder die omschrijving valt, kan immers van belang zijn voor de uitoefening van de bevoegdheden van de curatoren in het faillissement van [betrokkene 1]. Hun recht op openlegging van de boeken, voortvloeiend uit de hoedanigheid van curator, vormt ook de rechtsbetrekking met het oog waarop het verlof om bewijsbeslag is gevraagd. Voorts hebben de curatoren voldoende aannemelijk gemaakt dat zij belang bij de beslaglegging hebben, dat de beslaglegging met het oog op dat belang noodzakelijk is, dat er gegronde vrees bestaat dat de betrokken bescheiden anders verloren gaan en dat de beoogde bewijsvoering niet op andere, voor de beslagene minder ingrijpende wijze kan plaatsvinden. [betrokkene 1] en RSA c.s. wensen immers niet mee te werken. Ook is aannemelijk dat de in beslag te nemen administratie van RSA zich onder RSA c.s. bevindt. Er is dus geen aanleiding voor opheffing van het bewijsbeslag. Ook hier geeft een belangenafweging geen aanleiding voor een ander oordeel. Grief 11 faalt dus.
2.40. Grief 12 mist zelfstandige betekenis en deelt het lot van de overige grieven van RSA c.s.
2.41. Grief 1 faalt ook. De curatoren hebben er voldoende belang bij dat de voorzieningen ook

tegen Corporate Agents worden uitgesproken, omdat daardoor buiten twijfel wordt gesteld dat ook Corporate Agents niets mag doen om de voorzieningen hun effectiviteit te ontnemen.
2.42. Alle grieven van RSA c.s. falen. Het vonnis waarvan beroep dient te worden bevestigd, voor zover daarbij vorderingen in conventie zijn toegewezen en vorderingen in reconventie zijn afgewezen.
2.43. Het incidenteel appel betreft de afwijzing van de vordering tot vervanging van het bestuur van RSA.
2.44. Art. 2:55 jo. 2:276 lid 3 BW kunnen slechts worden toegepast in een procedure waarin (in een bodemzaak, in een procedure die met een beschikking eindigt) een verzoek als bedoeld in art. 2:55 lid 1 BW is gedaan. Deze artikelen geven dus geen bevoegdheden aan de kortgedingrechter. Laatstgenoemde kan echter wel een voorziening treffen die inhoudt dat een gedaagde moet gehengen en gedogen dat eiser een hem toekomende bevoegdheid uitoefent.
Op analoge gronden als hiervoor in rov. 2.14-2.18 zijn genoemd, moet geoordeeld worden dat [betrokkene 1] een zodanige zeggenschap over RSA en over het vermogen van RSA heeft verkregen, dat hij ook geacht moet worden (contractueel) recht te hebben op vervanging van het bestuur van RSA. Zijn faillissement brengt mee dat de curatoren dat recht hebben verkregen. Dat valt onder hun bevoegdheid beheers- en beschikkingshandelingen te verrichten met betrekking tot het vermogen van [betrokkene 1]. Het Hof kan RSA c.s. dus bevelen te gehengen en gedogen dat de curatoren het bestuur van RSA vervangen. In de vordering van de curatoren ligt een vordering daartoe besloten.
2.45. De curatoren hebben voldoende spoedeisend belang bij toewijzing van die vordering. Het valt niet te verwachten dat RSA c.s. vrijwillig meewerken aan vervanging van het bestuur van RSA. De overige verweren tegen toewijzing van deze vordering komen neer op verweren die hiervoor reeds verworpen zijn. De incidentele grief slaagt dus. Het bestreden vonnis moet gedeeltelijk worden vernietigd. De vordering zal alsnog worden toegewezen in de hierna te vermelden vorm.
2.46. RSA c.s. zullen als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het principaal appel en van het incidenteel appel.

Beslissing
Het Hof:
vernietigt het vonnis waarvan beroep, voor zover daarbij het hierna te geven bevel niet is uitgesproken;
en in zoverre opnieuw rechtdoende:
beveelt RSA c.s. te gehengen en gedogen dat de curatoren Covenant Managers ontslaan als bestuurder van RSA en zichzelf benoemen tot bestuurders van RSA, op straffe van verbeurte van een dwangsom van NAf 10.000,- per keer voor iedere keer dat zij niet aan dit bevel voldoen, met een maximum van NAf 500.000,- per gedaagde in conventie;
verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad;
bevestigt het vonnis waarvan beroep voor het overige;
veroordeelt RSA c.s. in de kosten van het hoger beroep, (...; *red.*)

NOOT

1. Aan het hiervoor afgedrukte arrest van het Gemeenschappelijke Hof van Justitie ligt een schimmige zaak ten grondslag. X, een voormalig bestuurder van de Zuidafrikaanse vennootschap Megacube Mining (Pty) Ltd, die vele miljoenen Zuidafrikaanse Rand verschuldigd was aan Megacube in verband met in 2008 aan het licht gekomen verduistering van gelden, had vermogen ondergebracht in – onder meer – een in 2009 opgerichte stichting particulier fonds (SPF) naar het recht van Curaçao, RSA Private Foundation.
X werd op verzoek van Megacube in 2011 in Zuid-Afrika failliet verklaard (*sequestration*) en de curatoren (*trustees*) die door de rechter in Kaapstad zijn benoemd om het vermogen van X te vereffenen, trachtten hun hand te leggen op het vermogen dat X had ondergebracht in RSA.
2. Een SPF is een bijzondere verschijningsvorm van de stichting, die in 1998 is geïntroduceerd in het Caribisch deel van het Koninkrijk der Nederlanden en thans deel uitmaakt van het recht van – onder meer – Curaçao. Het is een bij notariële akte opgerichte rechtspersoon die geen leden of aandeelhouders kent en beoogt met een daartoe bestemd vermogen een in de statuten vermeld doel te verwezenlijken (art. 2:50 lid 1 BW Curaçao). Het kenmerkende onderscheid met een reguliere stichting is dat er voor de SPF geen uit-

keringsbeperking geldt. Een reguliere stichting mag geen uitkeringen doen aan oprichters of aan hen die deel uitmaken van haar organen noch ook aan anderen, tenzij wat deze laatsten betreft de uitkeringen een ideële of sociale strekking hebben (art. 2:50 lid 4 BW Curaçao, art. 2:285 lid 3 BW). Voor de SPF gelden die beperkingen niet en uitkeringen mogen derhalve ook worden gedaan aan bijv. de (familieleden van de) insteller. De insteller van de SPF is overigens meestal niet de oprichter ervan. De oprichter staat vermeld in de akte van oprichting die voor eenieder ter inzage ligt bij de Kamer van Koophandel. Om de privacy van de insteller te beschermen wordt een SPF in de regel door een trustkantoor opgericht. Dat is ook in deze zaak gebeurd. RSA is opgericht door Corporate Agents NV, een aan een trustkantoor in Curaçao gelieerde entiteit, in opdracht van de insteller, X. Bestuurder van RSA was Covenant Managers NV, gevestigd aan hetzelfde adres en bestuurd door dezelfde bestuurders als Corporate Agents.

3. In kort geding vroegen de curatoren, kort weergegeven, een verbod om beschikkingshandelingen te verrichten ten aanzien van de in RSA ondergebrachte activa, een gebod tot openlegging van de boeken van RSA en het ontslag van Covenant Managers als bestuurder van RSA met benoeming van de curatoren tot bestuurders van RSA. Het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao heeft RSA c.s. verboden goederen aan haar vermogen of aan het verhaal van de curatoren te onttrekken en hen bevolen de boeken van RSA open te leggen. De vordering van de curatoren om Covenant Managers te ontslaan als bestuurder van RSA en de curatoren tot bestuurders van RSA te benoemen, werd afgewezen. Zie Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 5 mei 2017, ECLI:NL:OGEAC:2017:51. In hoger beroep bekrachtigt het Gemeenschappelijke Hof van Justitie de uitspraak van het Gerecht in eerste aanleg en beveelt het bovendien RSA c.s. te gehengen en te gedogen dat de curatoren Covenant Managers ontslaan als bestuurder van RSA en zichzelf benoemen tot bestuurders van RSA.

4. Het oordeel van het Gerecht in eerste aanleg (r.o. 4.2 en 4.3) en het Gemeenschappelijke Hof van Justitie (r.o. 2.8-2.10) dat de Zuidafrikaanse curatoren bevoegd zijn om in Curaçao op te treden is juist. Naar Nederlands (en Curaçaos) internationaal privaatrecht heeft, voor zover niet bij een Nederland (of Curaçao) bindende internationale regeling anders is bepaald, een in een ander land uitgesproken faillissement territoriale werking, niet alleen in die zin dat het daar op het vermogen van de gefailleerde rustende faillissementsbeslag niet mede omvat zijn in Nederland (of Curaçao) aanwezige baten, maar ook in dier voege dat de rechtsgevolgen die door het faillissementsrecht van dat andere land aan een faillissement worden verbonden, in Nederland (of Curaçao) niet kunnen worden ingeroepen voor zover zij ertoe zouden leiden dat onvoldane crediteuren zich niet meer kunnen verhalen op – tijdens of na afloop van het faillissement – in Nederland (of Curaçao) aanwezige vermogensbestanddelen van de (voormalige) gefailleerde. Maar het territorialiteitsbeginsel staat niet in de weg aan de werking in Nederland (of Curaçao) van andere gevolgen van een in het buitenland uitgesproken faillissement (zie HR 13 september 2013, «JOR» 2014/50, m.nt Bertrams (*Yukos*), r.o. 3.2.1). Voor erkenning van de gevolgen van het Zuidafrikaanse faillissement en de bevoegdheden van de Zuidafrikaanse curatoren in Curaçao is naar geldend ipr, anders dan RSA c.s. in appel kennelijk hebben betoogd, geen voorafgaande afzonderlijke rechterlijke beslissing vereist (anders dan bijvoorbeeld is voorgeschreven in de UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency). Dat wil zeggen dat in dit geval de Zuidafrikaanse curatoren bevoegd zijn met betrekking tot het in Curaçao aanwezige en tot de failliete boedel behorende vermogen van de failliet beheers- en beschikkingshandelingen te verrichten, mits zij daartoe naar Zuidafrikaans recht bevoegd zijn – hetgeen het geval is blijkens een in de procedure overgelegde opinie – en erkenning van het Zuidafrikaanse faillissement niet afstuit op strijd met de Curaçaose openbare orde. Het oordeel van het Gerecht in eerste aanleg (zie r.o. 4.3) en het Gemeenschappelijke Hof van Justitie (r.o. 2.8) dat het gegeven dat Zuidafrikaans recht voor faillietverklaring, anders dan het recht van Curaçao, niet de eis stelt dat sprake is van pluraliteit van schuldeisers geen strijd oplevert met de Curaçaose openbare orde, is eveneens juist. Met (strijd met) de openbare orde heeft dit niets van doen.

5. Zowel het Gerecht in eerste aanleg als het Gemeenschappelijke Hof van Justitie komen tot het oordeel dat de rechten die X heeft jegens RSA c.s. (de "oprichtersrechten") moeten worden aangemerkt als vermogensrechten, gelet op de vol-

ledige zeggenschap die hij als "ultimate beneficial owner" heeft over RSA en het daarin ingebrachte vermogen, zoals dit blijkt uit de statuten van RSA, de "source of wealth declaration" en de "letter of wishes", met inachtneming van de aard van de dienstverlening van een trustkantoor (zie Gemeenschappelijke Hof van Justitie, r.o. 2.12 e.v.). Naar Zuidafrikaans recht heeft X als gevolg van zijn faillietverklaring van rechtswege het beheer en de beschikking over zijn vermogen verloren en zijn de curatoren bij uitsluiting bevoegd zijn tot het faillissement behorende vermogen te beheren en daarover te beschikken. Dat brengt met zich dat de curatoren bevoegd zijn de rechten van X jegens RSA c.s. uit te oefenen en aldus aanspraak kunnen maken op inzage in de administratie, RSA c.s. de bindende instructie kunnen geven dat met betrekking tot het in RSA ondergebrachte vermogen geen beschikkingshandelingen mogen worden verricht en dat zij het bestuur van RSA mogen vervangen.

6. Art. 10 van de statuten van RSA bepaalde dat in geval van faillissement van de oprichter de oprichtersrechten worden opgeschort (en uitgeoefend door het bestuur), zij het dat de oprichter een opvolger kan aanwijzen die in zijn plaats treedt en aldus de oprichtersrechten kan uitoefenen. In de "letter of wishes" had X een voorziening opgenomen dat in geval van (onder meer) zijn faillissement zijn echtgenote de oprichtersrechten overneemt (zie r.o. 2.2.7). Deze voorzieningen zijn volgens het hof niet faillissementsbestendig omdat zij in strijd zijn met het dwingendrechtelijke gevolg van het faillissement dat X het beheer en de beschikking over zijn tot het faillissement behorende vermogen verliest en het beheer en de beschikking daarover is opgedragen aan de curatoren (zie r.o. 2.19). Naar Nederlands (en Curaçaos) recht kan hiervoor steun worden gevonden in HR 12 april 2013, «JOR» 2013/193, m.nt. JJvH (*Megapool*). Opmerking verdient evenwel dat deze kwestie moet worden beantwoord naar Zuidafrikaans recht, nu X in Zuid-Afrika is onderworpen aan een insolventieprocedure. Daar waar het Gerecht in eerste aanleg in dit kader uitdrukkelijk verwees naar de Zuidafrikaanse *Insolvensiewet* 1936 (r.ov. 4.11), laat het hof in het midden waarop zijn oordeel is gebaseerd.

7. Het Gerecht in eerste aanleg vergeleek de "oprichtersrechten" in RSA met de rechten van een enig aandeelhouder in een besloten of naamloze vennootschap (r.o. 4.8), maar het hof waagt zich niet aan een dergelijke vergelijking (r.o. 2.23). Een zekere parallel is echter wel te trekken. De aandelen in een vennootschap vormen een bestanddeel van het vermogen van de aandeelhouder en in diens faillissement kan de curator de aan die aandelen verbonden bevoegdheden uitoefenen ook indien die bevoegdheden (zoals bijv. het verzoeken van een enquête) niet zelf zijn aan te merken als vermogensrechten, maar daarmee wel een de boedel rakend vermogensbelang kan worden gediend en derhalve sprake is van een aan de curator opgedragen daad van beheer.

8. RSA maakt naar het voorlopig oordeel van het hof bovendien misbruik van het identiteitsverschil tussen RSA en X en handelt daarmee onrechtmatig jegens de curatoren (r.o. 2.30). In dat kader kan ook worden gewezen op HR 27 februari 2009, «JOR» 2009/104 m.nt. J. Kortmann (*Waaldijk 8*), waaraan een vergelijkbare casus ten grondslag lag. De curatoren hadden kennelijk betoogd dat dit misbruik van identiteitsverschil zou moeten leiden tot vereenzelviging van RSA met X, maar daar wil het hof niet aan (zie r.o. 2.31). In dat verband kan worden gewezen op de strenge maatstaf die geldt voor het honoreren van een beroep op vereenzelviging. Daarvoor is slechts plaats in uitzonderlijke omstandigheden (zie HR 13 oktober 2000, «JOR» 2000/238, m.nt. De Witt Wijnen (*Rainbow/Ontvanger*) en, met betrekking tot een SPF naar het recht van Sint Maarten, HR 7 oktober 2016, «JOR» 2016/325, m.nt Katan (*Resort of the World/Maple Leaf*)).

9. De uitkomst van de zaak is bevredigend. Het door X in RSA ondergebrachte vermogen kan worden betrokken in de afwikkeling van het faillissement en niet "faillissementsproof" worden verstopt in een SPF. In r.o. 3.23 onderstreept het Gemeenschappelijke Hof van Justitie dat de wetgever misbruik of oneigenlijk gebruik van de SPF heeft willen voorkomen en deze rechtsvorm met het oog daarop heeft ingebed in het algemene rechtspersonenrecht (onder verwijzing naar HR 7 oktober 2016, «JOR» 2016/325, m.nt. Katan (*Resort of the World/Maple Leaf*)). Het hof overweegt: "Voor zover ernaar gestreefd is RSA als stichting particulier fonds zodanig vorm te geven en in te richten dat in geval van faillissement van [betrokkene 1] enerzijds de curatoren geen beheers- en beschikkingshandelingen zouden kunnen verrichten met betrekking tot het vermogen van RSA, maar anderzijds [betrokkene 1] wel de

hiervoor omschreven zeggenschap over RSA en het vermogen van RSA zou behouden, biedt het algemene rechtspersonenrecht en ook deze stichtingsvorm geen ruimte voor die opzet."
10. Het hof merkt nog fijntjes op dat het niet inziet waarom deze beslissing de bijl aan de wortel van het wezen van de Curaçaose trustsector zou zetten, zoals kennelijk was betoogd door RSA c.s. Andere gevallen waarin aan trustkantoren gevraagd wordt mee te werken met faillissementscuratoren, zullen op hun eigen merites beoordeeld moeten worden.

P.M. Veder
hoogleraar burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en advocaat bij RESOR NV te Amsterdam

113

JOR 2019/113

United States Bankruptcy Court Southern District of New York
20 december 2018, 18-12908
(Glenn)
Noot P.M. Veder

Internationaal faillissementsrecht. Erkenning van Curaçaose insolventieprocedure ENNIA in de Verenigde Staten.

[United States Bankruptcy Code art. 101, 1502, 1506, 1515]

The Foreign Representative asks the Court to recognize the rehabilitation proceeding commenced by the Curaçao court (the "Proceeding") as a foreign main proceeding, and recognize him as the foreign representative. Parman argues that recognition should be denied because (a) the Proceeding does not meet the definition of a foreign proceeding, and (b) recognition of the Proceeding would be manifestly contrary to the public policy of the United States. The Court is not persuaded by either argument. Accordingly, the objection is overruled and the Petitions are granted.
The Bankruptcy Code provides that, after notice and hearing, a court shall enter an order recognizing a foreign proceeding as a foreign main proceeding if (1) such foreign proceeding is a foreign main proceeding within the meaning of section 1502 of the Bankruptcy Code, (2) the foreign representative applying for recognition is a person or body, and (3) the petition meets the requirements of section 1515 of the Bankruptcy Code. Parman argues that the Proceeding does not meet the statutory definition of a foreign proceeding because the Proceeding is not "collective in nature" and because the seized assets in this case are not "subject to control or supervision by a foreign court." Neither argument is persuasive. When determining whether a proceeding is "collective in nature," the primary question is whether the proceeding considers the rights and obligations of all creditors. The plain language of the LTV (Landsverordening Toezicht Verzekeringsbedrijf) establishes that rehabilitation proceedings pursuant to the Emergency Regulations are collective in nature. First, Emergency Regulations may only be pronounced if a Curaçao court finds that doing so would be in "the interest of the joint creditors." In fact, this is the only factor that the LTV instructs Curaçao courts to consider. Second, the LTV explicitly mandates that the CBCS must "look after the interests of the joint creditors" while the Emergency Regulations are in place. Third, the LTV permits the CBCS to adopt a resolution, even if the resolution requires the approval of the company's shareholders or members and the shareholders or members do not approve it. The Explanatory Memorandum to the LTV explains that this provision ensures that the CBCS can perform its tasks in the interests of the joint creditors. Finally, the LTV prohibits the CBCS from transferring a portion of the insurer's assets and liabilities if the transaction would prejudice the creditors whose liabilities remain. Accordingly, considering the plain language of the LTV, the Court finds that the Proceeding is collective in nature. Parman also argues that the Proceeding does not meet the definition of a foreign proceeding because the Foreign Debtors' assets are not "subject to control or supervision by a foreign court," as required by 11 U.S.C.
§ 101(23). This argument fails as well, as either the Curaçao court or the CBCS qualifies as a "foreign court" with control or supervision over the Foreign Debtors' assets. The Bankruptcy Code defines "foreign court" as "a judicial or other authority competent to control or supervise a foreign proceeding." The CBCS, as a national re-

gulatory authority tasked with oversight of the insurance industry, clearly qualifies as an authority competent to control or supervise a foreign proceeding. Furthermore, the Emergency Regulations grant the CBCS essentially complete control over the Foreign Debtors' assets. Thus, this element of the definition of "foreign proceeding" is satisfied by the CBCS' control over the Foreign Debtors' assets. The Curaçao court also qualifies as a foreign court because the Foreign Debtors' assets are subject to its supervision. Curaçao court approval is required to initiate and to terminate Emergency Regulations. During the pendency of the Emergency Regulations, the CBCS needs the approval of a Curaçao court to (a) modify an insurance contract, in the event of a transfer of the rights and obligations under or pursuant to that contract, and (b) reduce the duration of insurance contracts. The CBCS also needs the approval of a Curaçao court to compensate professionals hired to exercise the CBCS' powers under the LTV. Thus, this element of the definition of foreign proceeding is met.

Parman argues that the Court should not recognize the Proceeding because Ennia did not receive adequate notice of the hearing on July 4, 2018. Parman contends that this renders the Proceeding "manifestly contrary to the public policy of the United States." The Court disagrees. Section 1506 of the Bankruptcy Code states that "[n]othing in this chapter prevents the court from refusing to take an action governed by this chapter if the action would be manifestly contrary to the public policy of the United States." Courts interpret this exception as a narrow one that should be applied sparingly. The key determination is whether the procedures used in the foreign court "meet our fundamental standards of fairness". Far from manifestly contrary to public policy, Curaçao's regulation of insurance companies, and its statutory authority for insurance company rehabilitation procedures, are largely consistent with the approaches to such issues utilized in this country and in most countries around the world, with variations reflecting local approaches to administrative and judicial allocation of authority. Parman argues that the Proceeding is manifestly contrary to the public policy of the United States because ENNIA did not receive sufficient notice of the Proceeding. The parties dispute precisely how much notice ENNIA received. Parman states that ENNIA received notice of the hearing less than four hours in advance. The Foreign Representative claims that ENNIA received notice one day in advance and notes that the hearing came after years of discussion between ENNIA and the CBCS. Even if the Court accepts Parman's version of the facts, the Court does not find that the amount of notice given would violate due process, let alone be manifestly contrary to the public policy of the United States. The amount and type of due process necessary for a particular situation depends on the "precise nature of the government function involved as well as of the private interest that has been affected by governmental action." The Curaçao legislature determined that applications for Emergency Regulations should be handled with the utmost urgency. Thus, the LTV instructs Curaçao courts, upon receipt of an application for Emergency Regulations, to "hold a public hearing... with the utmost urgency." The Curaçao legislature balances the desire to handle applications for Emergency Regulations quickly with the desire to protect the rights of interested parties by requiring Curaçao courts to hear from both the insurer and the CBCS before issuing a ruling. The Curaçao court in this case appears to have followed the instructions of its legislature. The Curaçao court received an application for Emergency Regulations on July 3, 2018, initially scheduled a hearing on the matter for July 4, 2018 at 10:00 A.M., and then moved the hearing time to 2:15 P.M. The Curaçao court did not issue a ruling until hearing from counsel for both the insurers and the CBCS. This Court may not second guess the decision of the Curaçao legislature or the Curaçao court. To do so would be particularly inappropriate here, considering our States afford insurance companies with a similar amount of due process notice in insolvency proceedings. In the United States, the laws of several jurisdictions allow a regulator to seize an insurance company based on an order obtained ex parte. U.S. courts often grant temporary restraining orders and injunctions on four hours' notice (or less), if circumstances dictate. Providing four hours' notice is not manifestly contrary to the public policy of the United States when even less notice is permitted in state and federal courts in the United States.

For the reasons explained above, the Proceeding is recognized as foreign main proceeding, as defined in section 1502(4), and the Foreign Representative is recognized as the "foreign

representative," as defined in section 101(24) of the Bankruptcy Code.

inzake:
ENNIA Caribe Holding NV, et al.,The Debtors in this case are ENNIA Caribe Holding N.V. ("ECH"), EC Holding N.V. ("EC Holding"), ENNIA Caribe Leven N.V. ("ECL"), ENNIA Caribe Zorg N.V. ("ECZ"), ENNIA Caribe Schade N.V. ("ECS") and EC Investments B.V. ("ECI").
debtors in a foreign proceeding

R.M. Hermans, Ph.D., LL.M., M.Sc. ("Hermans" or "Foreign Representative"), filed chapter 15 petitions and asks the Court to recognize what is essentially an insurance company rehabilitation proceeding in Curaçao as a "foreign main proceeding" and to recognize him as the "foreign representative," both as defined in the Bankruptcy Code. (The "Petitions," ECF Doc. # 4.)
Hermans filed the Petitions on behalf of ENNIA Caribe Holding N.V. ("ENNIA"), the largest insurance company in Curaçao.[1] ENNIA consists of three Curaçao-based insurance companies ("Insurer Debtors")[2] and three of their unregulated affiliates ("Asset Manager Debtors,"[3] collectively with the Insurer Debtors, the "Foreign Debtors"). All the Foreign Debtors are directly or indirectly owned by non-debtor Parman International B.V. ("Parman"). Parman filed an objection to the motion for recognition. (The "Objection," ECF Doc. # 24.) The Central Bank of Curaçao and St. Maarten ("CBCS") regulates Curaçao insurance companies, including the Insurer Debtors.
The genesis of the dispute between the parties—which has been building over the last two or more years—is the liquidity levels of the Insurer Debtors. In July of 2018, the CBCS' solvency concerns grew so great that they revoked the insurers' licenses and initiated a procedure to rehabilitate the companies under a statute known as the LTV, which authorizes a court upon the application of the CBCS to pronounce "Emergency Regulations." Upon receiving approval from a Curaçao court to implement the Emergency Regulations, the CBCS replaced most of the Insurer Debtors' management, effectively removing Parman's control. The CBCS is now in control of the Insurer Debtors' continued operation during the pendency of the rehabilitation proceeding, which will hopefully avoid liquidation. The CBCS appointed the Foreign Representative and supports recognition.
The CBCS authorized the Foreign Representative to file chapter 15 petitions on behalf of the Foreign Debtors because, allegedly, over $240 million of the Foreign Debtors' assets are held in accounts at Merrill Lynch in New York. Some of this money is in accounts in the names of the Insurer Debtors and some is in accounts in the names of the Asset Manager Debtors. The Foreign Representative wants the funds at Merrill Lynch returned to Curaçao to help the Insurer Debtors satisfy policyholder claims. Parman wants to block the return of the funds, or at least the portion of these funds that are in the accounts of the Asset Manager Debtors.[4] Parman also is attempting to use the proceeding in this Court—improperly, in the

1 While insurance companies—including foreign insurance companies—are not eligible to be debtors in cases under chapters 7 or 11, they may be foreign debtors in chapter 15 cases. *See Fogerty v. Petroquest Resources, Inc. (In re Condor Ins. Ltd.)*, 601 F.3d 319, 321 (5th Cir. 2010). Insurance company insolvency and rehabilitation proceedings in the U.S. are specifically exempted from the provisions of the Bankruptcy Code by section 109(b). Indeed, most insurance company regulation is exempted from federal law. *See* McCarran-Ferguson Act, 15 U.S.C. § 1011, *et seq*.

2 The Insurer Debtors are the entities known as ECL, ECS, and ECZ. (Declaration of R.M. Hermans, ECF Doc. # 5 (the "Foreign Representative Declaration"), ¶ 12.)

3 The Asset Manager Debtors include EC Holding, ECH, and ECI. (Foreign Representative Declaration ¶ 12.)

4 At the recognition hearing on December 12, 2018, the Foreign Representative and Parman reached an agreement to permit $103 million held in accounts at Merrill Lynch in the names of the Insurer Debtors to be returned to Curaçao. The agreement was supposed to be documented and entered in the days following the hearing. The Insurer Debtors need the money to remain current in making pension payments in Curaçao. For reasons that are unclear to the Court, negotiations of a consent order broke down. As a result, the Court has completed this Opinion recognizing the Curaçao proceeding as a foreign main proceeding. The Foreign Representative may now move for discretionary relief under section 1521 seeking an order directing the transfer of funds on deposit in Merrill

Court's view—as an opportunity to relitigate issues of Curaçao law that it has so far lost in Curaçao, although various judicial proceedings remain pending in Curaçao.

The principal issue before this Court is whether the Curaçao insurance company rehabilitation proceeding is a "foreign proceeding" under chapter 15 of the Bankruptcy Code. A "foreign proceeding" is "a collective judicial or administrative proceeding in a foreign country, including an interim proceeding, under a law relating to insolvency or adjustment of debt in which proceeding the assets and affairs of the debtor are subject to control or supervision by a foreign court, for the purpose of reorganization or liquidation." 11 U.S.C. § 101(23). Parman argues that the Curaçao proceeding is not a "collective proceeding," and that it is not a proceeding in which "the assets and affairs of the debtor are subject to control or supervision by a foreign court...." Parman also argues that even if the Curaçao proceeding would satisfy the requirements to be a "foreign proceeding," this Court should nevertheless refuse to recognize the Curaçao proceeding because, in Parman's view, it is "manifestly contrary to the public policy of the United States," 11 U.S.C. § 1506, because the Curaçao statutory procedure violates due process.

For the reasons explained below, Parman's Objection to recognition is overruled, the Curaçao proceeding is recognized as a foreign main proceeding, and Hermans is recognized as the Foreign Representative.

I. Background

A. The Foreign Debtors

The Foreign Debtors are part of ENNIA. ENNIA is the largest insurance company in Curaçao and St. Maarten. (Foreign Representative Declaration ¶ 7.) ENNIA is considered to be systemically important to Curaçao and St. Maarten. (*Id.* ¶ 8.) ENNIA's total assets constitute approximately 50% of the total assets of the insurance sector of Curaçao and St. Maarten. (*Id.*) ENNIA's total assets are estimated to be greater than 50% of annual revenue of the government of Curaçao and St. Maarten, and approximately 25% of the annual gross domestic product of Curaçao and St. Maarten. (*Id.*) Furthermore, ENNIA is, to a large extent, responsible for the provision of pensions in Curaçao. (*Id.* ¶ 8.)

ENNIA's corporate structure includes at least two types of entities: Insurer Debtors and Asset Manager Debtors. The Insurer Debtors provide insurance products and are subject to the regulatory authority of the CBCS. (*Id.* ¶ 6.) The Insurer Debtors have invested most of their assets with the Asset Manager Debtors. (*Id.* ¶ 12.)

B. Relevant Curaçao Law[5]

Curaçao is a constituent country of the Kingdom of the Netherlands. (Declaration of Professor Arthur Hartkamp, ECF Doc. # 51, Ex. B-4 (the "Hartkamp Declaration"), ¶ 22.) The codes of Curaçao and the Netherlands share the same origins, contain a large number of almost identical articles, and have been developed in largely the same manner. (*Id.* ¶ 25.) The Supreme Court of the Netherlands is the highest court of the Kingdom of the Netherlands. (*Id.* ¶ 26.) The insolvency landscape in the Netherlands and Curaçao is significantly similar. (*Id.* ¶ 30.)

The Curaçaoan insolvency code, the *Faillissementsbesluit 1931* (which means "Bankruptcy Decree 1931"), contains the following two insolvency proceedings: the *faillissement*(which means "bankruptcy") and *surseance van betaling*(which means "suspension of payments"). (*Id.*) The Curaçaoan insolvency code allows for insurance

Lynch in New York to the Foreign Debtors in Curaçao under section 1521(b).

5 This Opinion includes the Court's determinations regarding the law of Curaçao and the Netherlands to the extent necessary. The Court's determinations of Curaçao and Netherlands law are rulings on questions of law, not fact. F. R. CIV. P. 44.1 ("A party who intends to raise an issue about a foreign country's law must give notice by a pleading or other writing. In determining foreign law, the court may consider any relevant material or source, including testimony, whether or not submitted by a party or admissible under the Federal Rules of Evidence. The court's determination must be treated as a ruling on a question of law."). The parties submitted declarations of experts on the law of Curaçao and the Netherlands. The experts provided English language translations of relevant statutes and case law. The experts disagreed on some legal issues. The Court concludes that the law of Curaçao and the Netherlands is as stated in the Declaration of Professor Arthur Hartkamp.

companies to declare bankruptcy, but it does not permit insurance companies to initiate suspension of payment proceedings. (*Id.*¶ 31.) Instead, insurance companies may be restructured only through a special insolvency proceeding known as the *noodregeling* ("which means, emergency regulation" ("Emergency Regulations"). (*Id.*) Authorization for the Emergency Regulations is codified in the "Landsverordening Toezicht Verzekeringsbedrijf" (which means "National Ordinance on the Supervision of the Insurance Industry") ("LTV"). (Declaration of Sabine Altena, ECF Doc. # 6, ¶ 1.)

The CBCS is responsible for supervising insurance companies operating in Curaçao and St. Maarten. (Foreign Representative Declaration ¶ 6.) The CBCS has the power to revoke an insurer's license to practice insurance without court approval. If the CBCS revokes an insurer's license, it may petition a Curaçao court to pronounce Emergency Regulations against an insurance company supervised by the CBCS. LTV Art. 60(1).[6] When a petition for Emergency Regulations is filed, a Curaçao court must hold a public hearing to decide whether to approve the Emergency Regulations "with the utmost urgency." LTV Art. 60(4). Both the CBCS and the insurer must be heard. LTV Art. 60(6). Following the hearing, the Curaçao court may pronounce the Emergency Regulations if "the interest of the joint creditors of [the] insurer... requires a special measure." LTV Art. 60(1).

If the Curaçao Court orders the Emergency Regulations, the LTV authorizes the CBCS to "(a) liquidate all or part of the insurer's portfolio; (b) transfer all or part of the rights and liabilities resulting from or pursuant to any insurance contracts; or (c) restructure the business of the insurer." LTV Art. 60(2). The LTV directs the CBCS to "exercise, exclusively, all powers of the directors, the members of the supervisory board or the representative of the insurer," and to "look after the interests of the joint creditors." LTV Art. 63(1) and (2). The LTV also permits the CBCS to "authorize the board of directors or the representative of the insurer to perform specific acts" and to "dismiss members of the board of directors, members of the supervisory board or the representative on behalf of the insurer." LTV Art. 63(4) and (5). Furthermore, any decisions by the insurer's shareholders or members require the approval of the CBCS. LTV Art. 63(6).

While the Emergency Regulations are in effect, and with certain exceptions, "the insurer cannot be forced to pay its debts that arose before the pronouncement, nor to pay its debts that arise after the pronouncement." LTV Art. 65(1).[7] The Emergency Regulations allow the CBCS to modify insurance contracts in certain circumstances, though only after receiving court approval. LTV Art. 67(1). The CBCS also needs court approval to compensate professionals hired to exercise the CBCS' powers under the LTV. LTV Art. 63(8).

If the CBCS successfully restructures the insurer, it may request that the court withdraw the Emergency Regulations. LTV Art. 61(3). If it becomes apparent that the insurer's equity capital is negative and the objectives pursued under the Emergency Regulations cannot be achieved, the CBCS must request bankruptcy on behalf of the insurer. LTV Art. 71(1). That essentially means that the debtor will be liquidated.

C. The Proceeding in Curaçao

Between 2015 and 2018, the CBCS and ENNIA had ongoing discussions to restructure ENNIA to comply with Curaçao solvency requirements. (Declaration of Abdallah Andraous, ECF Doc. # 24-4, "Andraous Declaration," ¶ 6-8.) As of July 2018, the CBCS and ENNIA were unable to resolve these issues. (Foreign Representative Declaration ¶ 17.)

On July 3, 2018, the CBCS revoked the Insurer Debtors' insurance license[8] and filed an order

6 A translation of the LTV may be found at ECF Doc. # 6, Ex. A.

7 While there was some dispute about the meaning of this section during the recognition hearing, the plain language of this section appears to mandate the effect of a moratorium (equivalent to our automatic stay).

8 The Insurer Debtors filed an administrative objection with the CBCS protesting the revocation of the insurance licenses the same day. (Andraous Declaration ¶ 10.) Once the CBCS took control of the Debtors, the CBCS caused the Debtors to withdraw their appeal of the license revocation. (Objection, at 13.) On August 13, 2018, Parman filed a notice of appeal in the Curaçao court seeking annulment of the order revoking the insurance licenses. (Declaration of Bouke Boersma, ECF Doc. # 24-5, ¶ 44.) The appeal remains pending.

seeking application of the Emergency Regulations to the Insurer Debtors. (Andraous Declaration ¶ 10.) Upon receipt of the application, the Court of First Instance of Curaçao ("Curaçao Court") scheduled a hearing for 10:00 A.M., July 4, 2018. (*Id.* ¶ 15.) The Foreign Debtors were given notice of the scheduled hearing, but at 10:30 A.M., the Foreign Debtors received notice that the Emergency Regulations hearing had been moved to 2:15 P.M. (Objection, at 10.) The Curaçao court "pronounce[d]" the Emergency Regulations with respect to the Insurer Debtors and Asset Manager Debtors ECH and ECI at the hearing. ("Curaçao Court Opinion," ECF Doc. # 5, at 24.) The Curaçao court extended the Emergency Regulations to EC Holding, the remaining Asset Manager Debtor, two days later. (Andrauous Declaration ¶ 19.)

Under the authority granted by the Curaçao court, the CBCS removed all but one of the Insurer Debtors' board members and delegated management of the Insurer Debtors' day-to-day affairs to new management under a "limited scope proxy." (Foreign Representative Declaration ¶ 23.) The Foreign Representative claims that the CBCS "has assumed control of the operations of the Debtors and is using such authority to recover assets of the Debtor and restructure the debts of the Debtors in a manner that is in the interest of the collective creditors of each Debtor." (*Id.*)

On September 25, 2018, the CBCS appointed R.M. Hermans as the foreign representative of each of the Foreign Debtors to commence these chapter 15 cases. (Foreign Representative Declaration ¶ 4.) The Foreign Representative filed the Petitions the same day. The Petitions ask the Court to (1) recognize the rehabilitation proceeding commenced by the Curaçao court (the "Proceeding") as a foreign main proceeding, and (2) recognize R.M. Hermans as the foreign representative.

II. Discussion

Parman argues that recognition should be denied because (A) the Proceeding does not meet the definition of a foreign proceeding, and (B) recognition of the Proceeding would be manifestly contrary to the public policy of the United States. The Court is not persuaded by either argument. Accordingly, the Objection is overruled and the Petitions are *GRANTED*.

A. Whether the Proceeding is a Foreign Proceeding

Parman argues that the Proceeding cannot be recognized as a foreign main proceeding.

The Bankruptcy Code provides that, after notice and hearing, a court shall enter an order recognizing a foreign proceeding as a foreign main proceeding if (1) such foreign proceeding is a foreign main proceeding within the meaning of section 1502 of the Bankruptcy Code, (2) the foreign representative applying for recognition is a person or body, and (3) the petition meets the requirements of section 1515 of the Bankruptcy Code. *See* 11 U.S.C. § 1517(a). The Code defines a foreign main proceeding as "a foreign proceeding pending in the country where the debtor has the center of its main interests." 11 U.S.C. § 1502(4).[9] Section 101(23) of the Bankruptcy Code defines a "foreign proceeding" as: a collective judicial or administrative proceeding in a foreign country, including an interim proceeding, under a law relating to insolvency or adjustment of debt in which proceeding the assets and affairs of the debtor are subject to control or supervision by a foreign court, for the purpose of reorganization or liquidation.

11 U.S.C. § 101(23). Courts applying section 101(23) look for:

(i) [the existence of] a proceeding;
(ii) that is either judicial or administrative;
(iii) that is collective in nature;
(iv) that is in a foreign country;
(v) that is authorized or conducted under a law related to insolvency or the adjustment of debts;
(vi) in which the debtor's assets and affairs are subject to the control or supervision of a foreign court; and
(vii) which proceeding is for the purpose of reorganization or liquidation.

In re Ashapura Minechem Ltd., 480 B.R. 129, 136 (S.D.N.Y. 2012).

Parman argues that the Proceeding does not meet the statutory definition of a foreign proceeding because the Proceeding is not "collective in nature" and because the seized assets in this case are not "subject to control or supervision by a foreign court." (Objection, at 23-24 (quoting 11 U.S.C. § 101(23)).) Neither argument is persuasive.

9 It is unchallenged that each of the Foreign Debtors has its center of main interests in Curaçao.

When determining whether a proceeding is "collective in nature," the primary question is whether the proceeding considers the rights and obligations of all creditors. *Ashapura*, 480 B.R. at 140 ("The main test of whether a proceeding is collective is whether *all* creditors' interests were considered in the proceeding."); 8 COLLIER ON BANKRUPTCY ¶ 1501.03 (16th ed. 2018) ("The 'collective proceeding' requirement is intended to limit access to chapter 15 to proceedings that benefit creditors generally and to exclude proceedings that are for the benefit of a single creditor."); *In re ABC Learning Centres Ltd.*, 445 B.R. 318, 328 (Bankr. D. Del. 2010), *aff'd*, 728 F.3d 301 (3d Cir. 2013) (citing *In re Betcorp Ltd.*, 400 B.R. 266, 281 (Bankr. D. Nev. 2009)) ("A proceeding is collective if it considers the rights and obligations of all creditors.").

The plain language of the LTV establishes that rehabilitation proceedings pursuant to the Emergency Regulations are collective in nature. First, Emergency Regulations may only be pronounced if a Curaçao court finds that doing so would be in "the interest of the joint creditors."

LTV Art. 60(1); (Hartkamp Declaration ¶ 38.) In fact, this is the only factor that the LTV instructs Curaçao courts to consider. *See* LTV Art. 60(1). Second, the LTV explicitly mandates that the CBCS must "look after the interests of the joint creditors" while the Emergency Regulations are in place. *See* LTV Art. 63(2); (Hartkamp Declaration ¶ 39.). Third, the LTV permits the CBCS to adopt a resolution, even if the resolution requires the approval of the company's shareholders or members and the shareholders or members do not approve it. *See* LTV Art. 63(7). The Explanatory Memorandum to the LTV explains that this provision ensures that the CBCS can perform its tasks in the interests of the joint creditors. (Hartkamp Declaration ¶ 40.) Finally, the LTV prohibits the CBCS from transferring a portion of the insurer's assets and liabilities if the transaction would prejudice the creditors whose liabilities remain. *See* LTV Art. 68 ("Any transfer of rights and obligations pursuant to this chapter shall not prejudice the rights of the remaining creditors."); (Hartkamp Declaration ¶ 41).

Parman argues that the Proceeding is not collective in nature because it does not provide creditors with the right to participate. (Objection, at 14.) The Foreign Representative disputes whether creditors have a right to participate in the Proceeding. ("Foreign Representative's Supplemental Brief," ECF Doc. # 50, ¶¶ 24-26.) Even if Parman is correct that the Proceeding does not allow creditors to participate, this does not prevent the Court from finding that the Proceeding is collective in nature. *See Ashapura*, 480 B.R. at 141 (quoting Judge Peck, who stated at a hearing, "even if there were no opportunity by practice and custom for unsecured creditors to participate, I think this may still be a collective proceeding, because it involves parties other than just one class of creditor or just party-in-interest."). Accordingly, considering the plain language of the LTV, the Court finds that the Proceeding is collective in nature.

Parman also argues that the Proceeding does not meet the definition of a foreign proceeding because the Foreign Debtors' assets are not "subject to control or supervision by a foreign court," as required by 11 U.S.C. § 101(23). This argument fails as well, as either the Curaçao court or the CBCS qualifies as a "foreign court" with control or supervision over the Foreign Debtors' assets.

The Bankruptcy Code defines "foreign court" as "a judicial or other authority competent to control or supervise a foreign proceeding." 11 U.S.C. § 1502(3); *seealso The Guide to Enactment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*¶ 87 ("A foreign proceeding... should receive the same treatment irrespective of whether it has been commenced and supervised by a judicial body or an administrative body. Therefore, in order to obviate the need to refer to a foreign non-judicial authority whenever reference is made to a foreign court, the definition of 'foreign court' in subparagraph (e) includes also non-judicial authorities."). The CBCS, as a national regulatory authority tasked with oversight of the insurance industry, clearly qualifies as an authority competent to control or supervise a foreign proceeding. Furthermore, the Emergency Regulations grant the CBCS essentially complete control over the Foreign Debtors' assets. *See, e.g.*, LTV Art. 63(1) ("If the Court pronounces the emergency regulations, the [CBCS] shall exercise, exclusively, all powers of the diretors, the members of the supervisory board or the representative of the insurer."). Thus, this element of the definition of "foreign proceeding" is satisfied by the CBCS' control over the Foreign Debtors' assets. *See In re Tradex Swiss AG*, 384 B.R. 34, 42 (Bankr. D. Mass. 2008) ("Even if the decree of the [Swiss Federal Banking Commission] were not

subject to appeal to the Swiss Federal Administrative Court, and then the Swiss Federal Supreme Court, the [Swiss Federal Banking Commission] itself comes within the definition of a foreign court. Thus the SFBC proceeding is a foreign proceeding....").[10]

The Curaçao court also qualifies as a foreign court because the Foreign Debtors' assets are subject to its supervision. Curaçao court approval is required to initiate Emergency Regulations. *See* LTV Art. 60(1); (Hartkamp Declaration ¶ 44.). And Curaçao court approval is required to terminate Emergency Regulations. (*See* Hartkamp Declaration ¶ 48-49 (citing LTV Art. 61(3) and 71(1)).) During the pendency of the Emergency Regulations, the CBCS needs the approval of a Curaçao court to (a) modify an insurance contract, in the event of a transfer of the rights and obligations under or pursuant to that contract, and (b) reduce the duration of insurance contracts. (*See* Hartkamp Declaration ¶ 46 (citing LTV Art. 67(1)).) The CBCS also needs the approval of a Curaçao court to compensate professionals hired to exercise the CBCS' powers under the LTV. (*See* Hartkamp Declaration ¶ 45 (citing LTV Art. 63(8)).) Thus, this element of the definition of foreign proceeding is met. *See In re Betcorp Ltd.*, 400 B.R. at 283-84 (holding that section 101(23) was satisfied by either the supervision and control of the Australian Securities and Investment Commission – a regulatory agency – or by the oversight of the "more traditional judicial authority" of the Australian courts).

B. Whether the Public Policy Exception Applies

Parman argues that the Court should not recognize the Proceeding because ENNIA did not receive adequate notice of the hearing on July 4, 2018. Parman contends that this renders the Proceeding "manifestly contrary to the public policy of the United States." (Objection, at 14.) The Court disagrees.

Section 1506 of the Bankruptcy Code states that "[n]othing in this chapter prevents the court from refusing to take an action governed by this chapter if the action would be manifestly contrary to the public policy of the United States." 11 U.S.C. § 1506. Courts interpret this exception as a narrow one that should be applied sparingly. *In re Toft*, 453 B.R. 186, 193 (Bankr. S.D.N.Y. 2011). The key determination is whether the procedures used in the foreign court "meet our fundamental standards of fairness...." *Id.* at 194 (quoting *Metcalfe& Mansfield Alt. Invs.*, 421 B.R. 685 (Bankr. S.D.N.Y. 2010)). Far from manifestly contrary to public policy, Curaçao's regulation of insurance companies, and its statutory authority for insurance company rehabilitation procedures, are largely consistent with the approaches to such issues utilized in this country and in most countries around the world, with variations reflecting local approaches to administrative and judicial allocation of authority.[11]

Parman argues that the Proceeding is manifestly contrary to the public policy of the United States because ENNIA did not receive sufficient notice of the Proceeding. The parties dispute precisely how much notice ENNIA received. Parman states that ENNIA received notice of the hearing less than four hours in advance. (*See* "October 31 Hearing Transcript," ECF Doc. # 49-10, 30:5-10; *see also* Objection, at 18.) The Foreign Representative claims that ENNIA received notice one day in advance and notes that the hearing came after years of discussion between ENNIA and the CBCS. (Foreign Representative's

10 At the recognition hearing, Parman's counsel argued that the CBCS could not be the "foreign court" because, under the Emergency Regulations, the CBCS has essentially taken over the Foreign Debtors. Parman's counsel believes that this means that CBCS cannot be the "foreign court" because that would be akin to saying that the CBCS is supervising itself. This argument misconstrues the law, however. The statutory definition of a foreign proceeding requires that "the assets and affairs of the debtor are subject to control or supervision by a foreign court." 11 U.S.C. § 101(23) (emphasis added). Thus, the requirements of the statute are met so long as the CBCS controls the assets and affairs of the Foreign Debtor, even if it cannot be said that the CBCS does not also supervise the assets and affairs of the Foreign Debtor.

11 Parman's attack on the Curaçao statutory authority for insurance company rehabilitation as manifestly contrary to U.S. public policy, if accepted, would effectively block many foreign insurance regulators operating under similar statutes from enforcing their regulatory authority when they seek to recover U.S. dollar denominated investments of foreign insurance companies that are customarily held in the U.S., as is the case of the Foreign Debtors.

Supplemental Brief ¶ 9.) Even if the Court accepts Parman's version of the facts, the Court does not find that the amount of notice given would violate due process, let alone be manifestly contrary to the public policy of the United States. *See In re Cozumel Caribe, S.A. de CV*, 482 B.R. 96, 116 (Bankr. S.D.N.Y. 2012) ("Due process is not violated by the entry of *ex parte* orders, provided that notice and an opportunity to appear and defend are promptly given.").

"[D]ue process is flexible and calls for such procedural protections as the particular situation demands." *Morrissey v. Brewer*, 408 U.S. 471, 481 (1972). The amount and type of due process necessary for a particular situation depends on the "precise nature of the government function involved as well as of the private interest that has been affected by governmental action." *Id.* (quoting *Cafeteria & Restaurant Workers Union v. McElroy*, 367 U.S. 886, 895 (1961). The Curaçao legislature determined that applications for Emergency Regulations should be handled with the utmost urgency. LTV Art. 60(4); (Hartkamp Declaration ¶ 67). Thus, the LTV instructs Curaçao courts, upon receipt of an application for Emergency Regulations, to "hold a public hearing... with the utmost urgency." *Id.*The Curaçao legislature balances the desire to handle applications for Emergency Regulations quickly with the desire to protect the rights of interested parties by requiring Curaçao courts to hear from both the insurer and the CBCS before issuing a ruling. LTV Art. 60(6). The Curaçao court in this case appears to have followed the instructions of its legislature. The Curaçao court received an application for Emergency Regulations on July 3, 2018, initially scheduled a hearing on the matter for July 4, 2018 at 10:00 A.M., and then moved the hearing time to 2:15 P.M. The Curaçao court did not issue a ruling until hearing from counsel for both the insurers and the CBCS.

This Court may not second guess the decision of the Curaçao legislature or the Curaçao court. To do so would be particularly inappropriate here, considering our States afford insurance companies with a similar amount of due process notice in insolvency proceedings. In the United States, the laws of several jurisdictions allow a regulator to seize an insurance company based on an order obtained *ex parte*. *See, e.g.*, 18 Del. C. § 5943 (Upon a petition from the state insurance commissioner, "the Court may issue forthwith, *ex parte*and without a hearing, the requested order which shall direct the Commissioner to take possession and control of all or a part of the property" of the insurer); Ohio Rev. Code § 3903.10 (substantially the same); 40 Pa. Stat. Ann. § 221.12 (substantially the same); Wis. Stat. § 645.22 (substantially the same); Tex. Ins. Code Ann. § 443.051 (substantially the same). U.S. courts often grant temporary restraining orders and injunctions on four hours' notice (or less), if circumstances dictate. Providing four hours' notice is not manifestly contrary to the public policy of the United States when even less notice is permitted in state and federal courts in the United States.

Moreover, any due process concerns raised by notice afforded to ENNIA are obviated by the fact, as explained by the Foreign Representative's experts on Curaçao and the Netherlands law, that Curaçao law offers a variety of legal procedures that permitted Parman to challenge the implementation of Emergency Regulations. While the LTV does not permit a direct appeal of the order pronouncing Emergency Regulations,[12] Dutch law and Curaçao law appear to provide procedures for challenging administrative or judicial determinations in certain situations even where statutes prohibit direct appeals. For instance, Dutch law permits appeals where the lower court has breached fundamental principles of law, such as the principle of due process. (Harkamp Declaration ¶ 74.) The Supreme Court of the Netherlands (the highest court that can review decisions of the courts in Curaçao) also allows appeals if the lower court has misjudged the scope of a statute. (*Id.*)

Parman also argues that recognition is inappropriate on foreign policy grounds because the "Curaçao Court lacked statutory authority over the non-regulated entities." ("Supplemental Objection," ECF Doc. # 49, at 15.) Parman made and lost this argument in the court in Curaçao. Therefore, this argument amounts to no more than an im-

12 The LTV states "No appeal shall be possible against the decision, save an appeal in cassation in the interest of the law." LTV Art. 60(9). An appeal in cassation in the interest of the law may only be pursued by the procureaur-Generaal to the Supreme Court, and such an appeal would not affect the validity of the lower court's ruling. (Hartkamp Declaration ¶ 73.) It would only provide guidance to lower courts on the subject matter. (*Id.*)

proper request for another bite of the apple. *SNP Boat Serv. S.A. v. Hotel Le St. James (In re SNP Boat Serv. S.A.)*, 483 B.R. 776, 786 (S.D. Fla. 2011) ("To inquire into a specific foreign proceeding is not only inefficient and a waste of judicial resources, but more importantly, necessarily undermines the equitable and orderly distribution of a debtor's property by transforming a domestic court into a foreign appellate court where the creditors are always provided the proverbial 'second bite at the apple.'"). The Court concludes that Parman's argument is also an inaccurate statement of the law of Curaçao and the Netherlands. In appropriate circumstances courts in those countries may extend emergency regulations to unregulated affiliates of insurance companies. (Hartkamp Declaration ¶ 69-70.) The court in Curaçao determined that the Emergency Regulations should be extended to the Insurer Debtors' unregulated affiliates. It is not the role of a bankruptcy court in a chapter 15 case to second guess the decisions of the Curaçao court.

III. CONCLUSION

For the reasons explained above, the Proceeding is recognized as foreign main proceeding, as defined in section 1502(4), and the Foreign Representative is recognized as the "foreign representative," as defined in section 101(24) of the Bankruptcy Code.

NOOT

1. De hiervoor opgenomen *Memorandum Opinion and Order Granting Recognition of a Foreign Main Proceeding* van Martin Glenn, United States Bankruptcy Judge, Southern District of New York, betreft de erkenning in de Verenigde Staten van de noodregeling die op 4 juli 2018 is uitgesproken ten aanzien van de Curaçaose verzekeraar ENNIA (zie GEA Curaçao 4 juli 2018, «JOR» 2019/12 m.nt. Joosen). Uit de uitspraak blijkt dat om erkenning was verzocht om de hand te kunnen leggen op aanzienlijke tegoeden die ENNIA aanhield bij Merrill Lynch in New York.
2. Het Nederlandse recht kent geen wettelijke regeling die voorziet in de erkenning van in het buitenland uitgesproken insolventieprocedures (in gevallen waarin de Europese Insolventieverordening niet van toepassing is). Dit is anders in de Verenigde Staten. De Verenigde Staten hebben in hun faillissementswetgeving een regeling opgenomen die voorziet in de erkenning van in het buitenland uitgesproken insolventieprocedures en de daaraan in de Verenigde Staten toe te kennen effecten: Chapter 15 ("Ancillary and other cross-border cases"), opgenomen in Title 11 ("Bankruptcy") van de United States Code (te raadplegen via, onder meer: https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/chapter-15). Chapter 15 is de Amerikaanse implementatie van de UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency). Op basis van Chapter 15 kan een *foreign representative* de Amerikaanse rechter om erkenning vragen van een in het buitenland geopende insolventieprocedure. In dit geval had de Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten mr. R.M. Hermans benoemd als *foreign representative* teneinde erkenning van de noodregeling in de Verenigde Staten te bewerkstelligen. Erkenning van een buitenlandse procedure kan geschieden als *foreign main proceeding* – indien de procedure is geopend in het land waar, ten tijde van het indienen van het verzoek om erkenning, het centrum van voornaamste belangen van de schuldenaar is gevestigd – of als *foreign nonmain proceeding* – indien de procedure is geopend in een land waar de schuldenaar een vestiging heeft maar niet haar centrum van voornaamste belangen (art. 1502 (4) resp. (5) USBC). De erkenning van een buitenlandse insolventieprocedure als *foreign main proceeding* of *foreign nonmain proceeding* is van belang voor de effecten die in de Verenigde Staten (kunnen) worden toegekend aan die procedure (zie art. 1520 en 1521 USBC). In deze zaak stond, anders dan in bijvoorbeeld Oi (zie «JOR» 2018/57, m.nt. Wessels), niet ter discussie waar de COMI van ENNIA voor toepassing van Chapter 15 moest worden gelokaliseerd.
3. In de procedure in New York werd door de aandeelhouder van ENNIA, Parman International BV, verweer gevoerd tegen het verzoek om erkenning van de Curaçaose noodregeling. Zij betoogde dat erkenning moest worden geweigerd omdat (i) geen sprake was van een *foreign proceeding* in de zin van art. 101 (23) USBC, en (ii) erkenning van de noodregeling in strijd zou zijn met de openbare orde (art. 1506 USBC).
4. Voor erkenning van een buitenlandse procedure onder Chapter 15 moet, zo blijkt uit art. 101 (23) USBC, sprake zijn van: "a collective judicial

or administrative proceeding in a foreign country, including an interim proceeding, under a law relating to insolvency or adjustment of debt in which proceeding the assets and affairs of the debtor are subject to control or supervision by a foreign court, for the purpose of reorganization or liquidation."

5. Parman betoogde dat geen sprake was van een *foreign proceeding* in de zin van art. 101 (23) USBC omdat de noodregeling geen collectieve procedure zou zijn en omdat de activa van de schuldenaar niet onder de controle of het toezicht van een rechter zouden zijn geplaatst. Beide argumenten worden door de rechter in New York verworpen.

6. De rechter overweegt dat het bij de beoordeling of een buitenlandse procedure kan worden aangemerkt als een "collective judicial or administrative proceeding" in de zin van art. 101 (23) USBC gaat om de vraag of "the proceeding considers the rights and obligations of all creditors." Vervolgens komt hij – mijns inziens terecht – tot het oordeel dat de noodregeling daaraan voldoet. Het staat buiten kijf dat de noodregeling onder de Landsverordening Toezicht Verzekeringsbedrijf een collectieve procedure is. Dit blijkt al uit de voorwaarden waaronder de noodregeling van toepassing kan worden verklaard. Op grond van art. 60 LTV is dat het geval wanneer het belang van de gezamenlijke schuldeisers bij de afwikkeling van het bedrijf van een verzekeraar, wiens vergunningen alle zijn ingetrokken, een bijzondere voorziening vordert. Als de noodregeling van toepassing is verklaard, waakt de Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers (art. 63 lid 2 LTV). Het uitspreken van de noodregeling heeft tot gevolg dat de verzekeraar niet kan worden genoodzaakt tot nakoming van schulden die zijn ontstaan voor de uitspraak. Datzelfde geldt voor de nakoming van schulden die zijn ontstaan na de uitspraak ter zake van uitkeringen krachtens lopende overeenkomsten van verzekering. Aangevangen executiemaatregelen worden geschorst en gelegde beslagen vervallen. Zie art. 65 lid 1 LTV. Het feit dat schuldeisers onder de LTV mogelijk geen recht zouden hebben om deel te nemen aan de noodregeling – partijen verschillen van mening over de vraag of dit zo is – staat er volgens Glenn naar Amerikaans recht niet aan in de weg om aan te nemen dat het gaat om een collectieve procedure. In dit kader verwijst Glenn naar een quote van de befaamde Amerikaanse faillissementsrechter Peck: "even if there were no opportunity by practice and custom for unsecured creditors to participate, I think this may still be a collective proceeding, because it involves parties other than just one class of creditor of just party-in-interest."

7. Parman International betoogde voorts dat geen sprake was van een *foreign proceeding* in de zin van art. 101 (23) USBC omdat er geen sprake van zou zijn dat de activa van ENNIA waren onderworpen aan "control or supervision by a foreign court". Ook dit argument wordt door Glenn verworpen. Hij wijst erop dat, in lijn met de UNCITRAL Model Law, op grond van art. 1502 (3) USBC de term "foreign court" niet alleen rechterlijke instanties omvat maar tevens een "other authority competent to control or supervise a foreign proceeding." Ook in de Insolventieverordening is de term "rechter" ruim gedefinieerd en omvat naast rechterlijke instanties tevens "enige andere bevoegde instantie van een lidstaat die bevoegd is om insolventieprocedure te openen, een dergelijke opening te bekrachtigen of tijdens die procedure beslissingen te geven" (zie art. 2 onder 6 IVO II). De analyse van Glenn dat de Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten als een dergelijke "other authority competent to control or supervise a foreign proceeding" kan worden aangemerkt, lijkt mij juist. Zie bijvoorbeeld art. 63 lid 1 LTV: "Indien het Gerecht de noodregeling uitspreekt, oefent de Bank bij uitsluiting alle bevoegdheden van de bestuurders, de commissarissen of de vertegenwoordiger van de verzekeraar uit." Glenn wijst er voorts op dat op enkele belangrijke momenten ook inmenging van de rechterlijke instanties op Curaçao nodig is. Het staat voor hem derhalve buiten twijfel dat sprake is van "control or supervision by a foreign court" als vereist in art. 101 (23) USBC.

8. Ten slotte buigt Glenn zich over het door Parman International opgeworpen verweer dat erkenning van de noodregeling strijd zou opleveren met de Amerikaanse openbare orde. Dit verweer is gebaseerd op art. 1506 USBC: "Nothing in this chapter prevents the court from refusing to take an action governed by this chapter if the action would be manifestly contrary to the public policy of the United States." Het betoog van Parman International komt erop neer dat de oproepingstermijn voor de zitting naar aanleiding van het verzoek van de Centrale Bank

van Curaçao en Sint Maarten zodanig kort was – volgens Parman International minder dan vier uur – dat sprake zou zijn van kennelijke strijd met de Amerikaanse openbare orde. Glenn verwerpt ook dit verweer. Hij wijst er ten eerste op dat de openbare-orde-exceptie in de Amerikaanse rechtspraak strikt wordt uitgelegd: "Courts interpret this exception as a narrow one that should be applied sparingly". Vervolgens wijst hij erop dat de LTV en de daarin gevolgde benadering in grote lijnen overeenstemt met de benadering in de Verenigde Staten en andere landen in de wereld. Daarvan kan dus volgens Glenn bepaald niet worden gezegd dat sprake zou zijn van strijd met de Amerikaanse openbare orde. Hij merkt in dat kader ook op dat als het betoog van Parman International, dat de LTV in strijd is met de openbare orde, wordt gevolgd, een dergelijk oordeel "would effectively block many foreign insurance regulators operating under similar statutes from enforcing their regulatory authority when they seek to recover U.S. dollar denominated investments of foreign insurance companies that are customarily in the U.S., as is the case of Foreign Debtors." De in deze zaak gehanteerde termijnen wijken ook niet wezenlijk af van de termijnen die in verschillende staten van de VS in vergelijkbare zaken worden gehanteerd, aldus Glenn. Sterker nog, in sommige gevallen zijn die korter. Glenn ziet in de gehanteerde termijnen dus ook geen reden om erkenning te weigeren: "Providing four hours' notice is not manifestly contrary to the public policy of the United States when even less notice is permitted in state and federal courts in the United States."

P.M. Veder
hoogleraar burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en advocaat bij RESOR NV te Amsterdam

68

JOR 2020/68

Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao
28 oktober 2019, zaaknr. CUR201903648,
ECLI:NL:OGEAC:2019:244
(mr. De Kort)
Noot J.B.A. Jansen

Afwijzing verzoek tot ontslag curatoren. De omstandigheid dat de curatoren als adviseurs van de Centrale Bank betrokken zijn geweest bij de noodregeling, is niet in strijd met vereiste onafhankelijkheid.

[Fb art. 69 lid 1]

De omstandigheid dat de curatoren voorafgaand aan het faillissement als adviseurs van de Centrale Bank betrokken zijn geweest bij de noodregeling, heeft eerder te gelden als een pre dan als een contra-indicatie voor hun aanstelling. Daarbij is van belang dat de rol van de Centrale Bank in een noodregeling er een is van een onafhankelijk toezichthouder, die alle betrokken belangen – waaronder in het bijzonder uiteraard de belangen van de schuldeisers/rekeninghouders – in acht moet nemen. Dat de Centrale Bank dit in het geval van failliet niet zou hebben gedaan, is gesteld noch gebleken. De omstandigheid dat de curatoren de Centrale Bank in de aanloop naar en tijdens de noodregeling hebben bijgestaan, maakt niet dat er in redelijkheid voor gevreesd kan worden dat zij hun taak als faillissementscurator niet naar behoren (en dus met de nodige onafhankelijkheid) kunnen vervullen. Hun positie is in zekere mate vergelijkbaar met die van een curator die eerder bewindvoerder was in de aan het faillissement voorafgegane surseance van betaling. Na surseance pleegt de bewindvoerder te worden belast met de taak van curator in het faillissement, juist vanwege diens eerdere bemoeienis met de boedel en diens bekendheid met de achtergrond en betrokken belangen.

In het faillissement van Banco del Orinoco NV
op het verzoek van
1. Banco del Orinoco NV te Curaçao,

2. Cartera de Inversiones Venezolanas CA te Chacao (Venezuela),
3. Banco Occidental de Descuento Banco Universal CA te Maracaibo (Venezuela),
verzoeksters,
gemachtigde: mr. J.G. Bloem.

Procesverloop
1. Bij op 25 oktober 2019 ingediend verzoekschrift hebben verzoeksters de rechter-commissaris op de voet van artikel 69 lid 1 Faillissementsbesluit (Fb) verzocht de curatoren te ontslaan. De curatoren hebben diezelfde dag per e-mail afwijzend op het verzoek gereageerd, met verwijzing naar hun eerste openbaar verslag.

Gronden van de beslissing
2. Bij vonnis van 4 oktober 2019 (ECLI:NL:OGEAC:2019:217 (http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:OGEAC:2019:217)) is de eerder ten aanzien van BDO uitgesproken noodregeling omgezet in faillissement, met aanstelling van mrs. Gorsira en Van Liere tot curatoren en met benoeming van de rechter die het faillissement uitsprak tot rechter-commissaris.
3. Met betrekking tot dit laatste stellen verzoeksters dat het bijzonder onverstandig is dat de rechter die de curatoren heeft aangesteld, zichzelf als rechter-commissaris heeft benoemd. Verzoeksters zien daarbij kennelijk over het hoofd dat dit de wettelijk voorgeschreven gang van zaken is: artikel 11 Fb bepaalt dat de rechter in eerste aanleg die het vonnis tot faillietverklaring uitsprak tevens de functie van rechter-commissaris in het faillissement vervult.
4. Ter onderbouwing van hun verzoek tot ontslag van de curatoren stellen verzoeksters zich op het standpunt dat de curatoren hun taak niet met de noodzakelijke onafhankelijkheid kunnen uitvoeren, althans dat sprake is van een schijn van belangenverstrengeling, omdat de curatoren en hun kantoor betrokken zijn geweest bij (de advisering over) de intrekking door de Centrale Bank van de bankvergunning van BDO, de aanvraag door de Centrale Bank van de noodregeling, het toezicht tijdens de noodregeling en de aanvraag van het faillissement.
5. Het verzoek zal worden afgewezen.
6. De omstandigheid dat de curatoren voorafgaand aan het faillissement als adviseurs van de Centrale Bank betrokken zijn geweest bij de noodregeling, heeft eerder te gelden als een pre dan als een contra-indicatie voor hun aanstelling. Daarbij is van belang dat de rol van de Centrale Bank in een noodregeling er een is van een onafhankelijk toezichthouder, die alle betrokken belangen – waaronder in het bijzonder uiteraard de belangen van de schuldeisers/rekeninghouders – in acht moet nemen. Dat de Centrale Bank dit in het geval van BDO niet zou hebben gedaan, is gesteld noch gebleken. De omstandigheid dat de curatoren de Centrale Bank in de aanloop naar en tijdens de noodregeling hebben bijgestaan, maakt niet dat er in redelijkheid voor gevreesd kan worden dat zij hun taak als faillissementscurator niet naar behoren (en dus met de nodige onafhankelijkheid) kunnen vervullen. Hun positie is in zekere mate vergelijkbaar met die van een curator die eerder bewindvoerder was in de aan het faillissement voorafgegane surseance van betaling. Na surseance pleegt de bewindvoerder te worden belast met de taak van curator in het faillissement, juist vanwege diens eerdere bemoeienis met de boedel en diens bekendheid met de achtergrond en betrokken belangen.
7. Voor de stelling van verzoeksters dat de curatoren de rechter in de aanhangig gemaakte verzet- en beroepsprocedures niet onafhankelijk zullen kunnen adviseren bestaat geen aanwijzing. Bovendien zal het ook daar steeds in de kern gaan over de vraag of tegenover de verplichtingen van BDO al dan niet vermogen ter waarde van NAf 2,4 miljard staat, dat volgens opgave van BDO is ondergebracht bij effectenbewaarders Farringdon (Singapore), Welden Uruguay) en Vistra (Panama). Als dat waar is, zullen verzoeksters dat tot ieders vreugde kunnen aantonen, ongeacht de eventuele vermoedens van de curatoren van het tegendeel.
8. Zoals ook uit de stellingen van verzoeksters blijkt, hebben de curatoren hen niet belemmerd in het aanhangig maken en doorzetten van de verzet- en beroepsprocedures. Ook daarin is geen grond gelegen de positie van de curatoren te heroverwegen.

Beslissing
de rechter-commissaris:
– wijst het verzoek tot ontslag van de curatoren af.

NOOT

1. Banco del Orinoco NV (hierna: BDO, niet te verwarren met een bekend accountantskantoor) is een in Curaçao gevestigde internationale bank, waarvan op 2 september 2019 de Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten (hierna: CBCS) de bankvergunning heeft ingetrokken. Op verzoek van CBCS heeft het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao op 5 september 2019 de noodregeling in de zin van de Antilliaanse art. 28 Landsverordening Toezicht op het Bank- en Kredietwezen 1994 (LTBK) toegepast (ECLI:NL:OGEAC:2019:179). De reden hiervoor was dat het CBCS gebleken was dat BDO zich niet had gehouden aan de anti-witwas- en antiterrorismeregelgeving, er geruime tijd sprake van was disfunctioneren en er gebruik was gemaakt van vervalste documenten. Zo zou volgens de boekhouding BDO een vermogen moeten hebben van NAF 2,4 miljard, maar hiervan zijn door CBCS slechts enkele honderdduizenden getraceerd.
2. Op verzoek van CBCS wordt vervolgens op 4 oktober 2019 door het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao de noodregeling van BDO omgezet in een faillissement (ECLI:NL:OGEAC:2019:217). Het verzoekschrift van CBCS wordt ingediend door advocaten van een Antilliaanse advocatenkantoor. In het vonnis tot faillietverklaring worden advocaten van datzelfde advocatenkantoor benoemd tot curatoren. Een van de twee curatoren is zelfs persoonlijk als advocaat van CBCS betrokken bij het verzoek om toepassing van de noodregeling. Ook heeft de rechter die het faillissement van BDO heeft uitgesproken zichzelf tot rechter-commissaris in het faillissement benoemd. BDO heeft met dit alles grote moeite en verzoekt het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao op grond van art. 69 lid 1 Faillissementsbesluit (Fb) de beide curatoren te ontslaan. De hier besproken beschikking betreft de uitspraak op het voormelde verzoek en is uitgesproken door dezelfde rechter die zowel het faillissement heeft uitgesproken als zichzelf tot rechter-commissaris heeft benoemd.
3. Het Gerecht in eerste aanleg wijst het verzoek af. Wat betreft het verwijt dat de rechter die het faillissement heeft uitgesproken zichzelf tot rechter-commissaris heeft benoemd, verwijst het Gerecht eenvoudig naar art. 11 lid 1 Fb waarin met zoveel woorden staat dat de rechter die het faillissement uitspreekt, tevens de functie van rechter-commissaris in dat faillissement vervult.
4. Ook de rol van de advocaten van CBCS vindt het Gerecht geen probleem. Sterker, "de omstandigheid dat de curatoren voorafgaand aan het faillissement als adviseurs van CBCS betrokken zijn geweest bij de noodregeling, heeft eerder te gelden als een pre dan als een contra-indicatie voor hun aanstelling" (r.o. 6). Het Gerecht vergelijkt hun rol met die van bewindvoerder in een surseance van betaling die na omzetting in een faillissement immers ook tot curator wordt benoemd, "juist vanwege diens eerdere bemoeienis met de boedel en diens bekendheid met de achtergrond en betrokken belangen" (r.o. 6). Het Gerecht vreest niet dat de curatoren hun taak niet naar behoren en dus niet met de nodige onafhankelijkheid zullen vervullen.
5. De advocaat van de aanvrager van het faillissement die vervolgens zelf tot curator in dat faillissement wordt benoemd: hoe zit het eigenlijk ook al weer met de benoeming van de curator?
Over de benoembare persoon van de curator is weinig geregeld. De Faillissementswet noch het Faillissementsbesluit op de Antillen regelt aan welke voorwaarden voldaan moet zijn alvorens iemand tot curator kan worden benoemd. Het is historisch gegroeid dat normaliter slechts advocaten tot curator worden benoemd, zij het dat een enkele keer bijv. een accountant tot (mede) curator wordt benoemd (zie bijv. het faillissement van Eurocommerce). Dit is niet altijd zo geweest. Tot 1643 werden faillissementen afgewikkeld door schepenen. Daarna werd de Desolate Boedelskamer opgericht. Indien iemand toen failliet werd verklaard, werden op voordracht van de burgemeester Gedeputeerde Commissarissen benoemd die vervolgens op hun beurt voor de feitelijke uitvoering van hun taak curatoren benoemden. Deze curatoren waren in dienst van de Desolate Boedelskamer. Soms werd een grote schuldeiser als mede-curator benoemd *(Archief van de Commissarissen van de Desolate Boedelkamer*, Toegangsnummer 5072, Stadsarchief Gemeente Amsterdam). Vanaf 1845 trad Boek III van het Wetboek van Koophandel in werking. In art. 787 van deze voorloper van de Faillissementswet staat vermeld dat een curator "bij voorkeur uit de schuldeischers" moet worden gekozen. "De griffier of substituut-griffiers kunnen daartoe niet benoemd worden". Ondanks deze voorkeur voor

schuldeisers ontstond al snel het gebruik om advocaten tot curatoren te benoemen. "Meestal ziet een der jongere advocaten zich met het curatorium belast en slechts in zeldzaam voorkomende gevallen, en dan nog steeds met een jurist naast zich, ziet een schuldeiser zich het curatorium opgedragen" (A. Tak, *De rechtsverhouding van den curator in het faillissement* (diss. Leiden), Leiden: S.C. van Doesburg 1889).

6. Aan welke kwalificaties een huidige advocaat moet voldoen om benoembaar te zijn, is niet echt duidelijk. Recofa heeft op 15 maart 2013 de *Recofa-Uitgangspunten bij de benoeming van curatoren en bewindvoerders in faillissementen en surseance van betaling* vastgesteld. Deze uitgangspunten geven handvatten voor deze kwalificaties, maar "het gaat om uitgangspunten, niet om dwingende voorschriften en evenmin om (dwingend) beleid" (uit: voorwoord bij de Recofa-uitgangspunten). De Uitgangspunten geven indicaties ten aanzien van opleiding, ervaring en integriteit. Dat de Recofa-Uitgangspunten niet dwingend zijn, blijkt uit het feit dat de meeste rechtbanken eigen nadere voorwaarden aan de benoembaarheid stellen. Een algemeen landelijk benoemingenbeleid ontbreekt, waardoor er per arrondissement verschillen bestaan. Deze voorwaarden zijn niet telkens even duidelijk. Weinig rechtbanken hebben hun benoemingenbeleid vastgelegd en mij is uit door mij afgenomen interviews onder leden van faillissementscommissies gebleken dat slechts weinig curatoren precies weten aan welke voorwaarden voor benoembaarheid zij moeten voldoen.

7. De vraagt rijst dan ook of, zoals in de besproken Antilliaanse uitspraak, het toegestaan is dat de advocaat van de verzoeker van het faillissement zelf tot curator in dat faillissement kan worden benoemd. Formeel staat daaraan niets in de weg. Men kan stellen dat als geen wettelijke bepaling zich daartegen verzet, het dus mogelijk is. Of het wenselijk is, is echter een tweede. Het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao vergelijkt de advocaat van CBCS met de bewindvoerder in een surseance van betaling. Die vergelijking gaat echter niet op. De bewindvoerder is immers, anders dan de advocaat van CBCS, door de rechtbank als zodanig aangesteld. Bij de aanstelling van een bewindvoerder wordt eveneens eerst onderzocht of de betreffende persoon wel voldoende vrij staat. Dat CBCS als centrale bank een wettelijke, toezichthoudende rol vervult, doet daar niets aan af. Diens advocaat vervult niet een openbare functie als curator of bewindvoerder, maar slechts die van advocaat van een partij in een geding. Het is onwenselijk dat een per definitie partijdige advocaat tot curator wordt benoemd in het faillissement van de rechtspersoon die object van onderzoek is van zijn cliënte.

8. De vraag komt op of de betreffende advocaat/curator in strijd handelt met het tuchtrecht indien hij de benoeming aanvaardt. Een van beide curatoren is lid van Insolad. Voor hem gelden de *Praktijkregels* van Insolad. Praktijkregel 1.1 stelt onder sub a) dat de curator onafhankelijk is. Uit de toelichting blijkt dat dit onder meer meebrengt dat hij, voorafgaand aan de aanvaarding van een benoeming, onderzoekt of hij, en zijn kantoor, vrij staat het faillissement te behandelen.

De *Gedragsregels* van de Orde van Advocaten gelden slechts in beperkte mate voor het functioneren van een curator. Een curator handelt immers niet in zijn hoedanigheid van advocaat, maar in die van curator. Op het functioneren van een curator houdt primair de rechter-commissaris toezicht en niet de Deken. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Discipline zijn de Gedragsregels echter wel van toepassing op de curator indien hij met zijn handelen het vertrouwen in de advocatuur schaadt (Gedragsregel 1 lid 4). Bij zijn benoeming tot curator dient de advocaat te controleren of hij aan de onafhankelijkheidsvoorwaarde die zowel in de Praktijkregels als in de Gedragsregels wordt gesteld, voldoet. De norm is echter ruim beschreven, zodat een concrete lijn van het toelaatbare lastig te trekken valt. Relevante vergelijkbare gevallen hierover heb ik in de tuchtrechtspraak niet kunnen vinden. Wel voorbeelden waarbij de spiegelbeeldsituatie zich voordoet: een advocaat die als zodanig optreedt voor een volle aandeelhouder van een rechtspersoon waarvan de advocaat eerder de curator was (ECLI:NL:TADRARL:2018:102). De Raad van Discipline acht in die zaak het handelen tuchtrechtelijk verwijtbaar.

9. Het oordeel van het Gerecht lijkt weliswaar op het eerste gezicht praktisch en verdedigbaar, maar legt de vraag naar de voorwaarden van benoembaarheid van de curator wel bloot. Dient er geen eenduidig, landelijk gecodificeerd beleid te zijn waarop beoordeeld kan worden of en wanneer iemand benoembaar is als curator? Je kunt daarbij de vraag stellen welk probleem je daar-

mee oplost of zelfs erger, welk probleem je daarmee creëert. Blijkens de hierboven door mij aangehaalde interviews zijn meerdere curatoren en rechters-commissarissen van mening dat de huidige werkwijze van benoemingen naar behoren verloopt en dat aan het vastleggen van een landelijk beleid geen behoefte bestaat. Maar het bieden van meer duidelijkheid en eenheid ten aanzien van de voorwaarden aan de benoembaarheid van een persoon tot curator, kan ook meer duidelijkheid, rechtszekerheid en eenheid geven. Niet alleen bij de keuze om een persoon benoembaar te maken voor faillissementen en bij het daadwerkelijk benoemen in een concreet faillissement, maar ook in het geval een curator moet worden ontslagen. Bijvoorbeeld indien rechtbanken (weer) moeten besluiten het curatorenbestand te decimeren. De in het verleden in sommige arrondissementen toegepaste "saneringsronde" heeft onder meerdere curatoren wel tot onbegrip geleid over de keuzes die door de rechtbanken werden gemaakt. Het zal een illusie zijn te veronderstellen dat het vastleggen van benoemingenbeleid deze onrust in de toekomst zal voorkomen, maar dat argument alleen kan mijns inziens niet worden gebruikt om dan maar slechts te werken met niet-dwingende uitgangspunten die vervolgens maar ten dele landelijk worden toegepast.

J.B.A. Jansen
advocaat bij Dommerholt Advocaten NV en docent Insolventierecht aan de Radboud Universiteit

214

JOR 2021/214

Gemeenschappelijk Hof van Justitie
13 oktober 2020, registratienrs.
CUR202000211–CUR2020H00072,
ECLI:NL:OGHACMB:2020:243
(mr. Van der Bunt, mr. Meijer, mr. Nijhuis)
Noot V.G. Koolen

Bangarantie. Toewijzing vordering van opdrachtgever tot teruggave en decharge van bankgarantie door begunstigde, nadat begunstigde onderliggende rechtsverhouding middels contractsoverneming heeft doen overgaan op derde. Belangenafweging.

[BW art. 3:94, 6:159, 6:162]

Het is niet aannemelijk dat in een bodemprocedure zal worden geoordeeld dat opdrachtgever tot de bankgarantie BNI op grond van de redelijkheid en billijkheid gehouden is om begunstigde SONA, bijna tien maanden na de brief van 19 december 2019, nog extra tijd te gunnen om met het Land tot een afwikkeling te komen of dat haar beroep op nakoming van de vaststellingsovereenkomst naar die maatstaven onaanvaardbaar is. Omdat de bankgarantie samenhangt met de aannemings- en de vaststellingsovereenkomst, de bankgarantie strekt tot zekerheid voor de nakoming van de uit die overeenkomsten voortvloeiende verplichtingen, de aanspraken van SONA uit hoofde van de beide overeenkomsten op HNO zijn overgegaan, en SONA verplicht is de overgang van de resterende rechten te realiseren, valt niet in te zien welk in rechte te respecteren, althans voldoende belang zij nog heeft bij het behoud van de bankgarantie.
Voor de eventualiteit dat het Land nog met een claim komt, die SONA op BNI had kunnen verhalen maar waarvoor het contractueel voorziene systeem – de vrijwaring – onverhoopt niet de beoogde bescherming geeft, hoeft de garantie niet te blijven bestaan. Gesteld noch gebleken is dat BNI in dat geval geen verhaal zal bieden.
Mede gelet op het uitblijven van pogingen van SONA om de door haar gewenste duidelijkheid

van het Land te verkrijgen en het oplopen van de kosten die met de tweede bankgarantie zijn gemoeid, leidt een belangenafweging ertoe dat de vorderingen tot teruggave en decharge van de bankgarantie zullen worden toegewezen.

Ballast Nedam Infra BV te Nieuwegein,
appellante,
gemachtigde: mr. J.A.M. Burgers,
tegen
de stichting Stichting SONA te Curaçao,
geïntimeerde,
gemachtigden: mr. K. Frielink en mr. J.C. Maris.

(...; *red.*)

2. De beoordeling
2.1. In hoger beroep zal worden uitgegaan van het volgende (zie ook het bestreden vonnis onder 2.1 en tot en met 2.12).
2.1.1. In opdracht van het Land Curaçao heeft SONA de bouw van het nieuwe ziekenhuis in Otrobanda begeleid. Daartoe hebben het Land en SONA een beheersovereenkomst gesloten.
2.1.2. BNI heeft als aannemer de bouw van het nieuwe ziekenhuis gerealiseerd. Zij heeft dit gedaan op basis van een op 4 januari 2013 met SONA gesloten aannemingsovereenkomst.
2.1.3. De grond waarop de gebouwen van het nieuwe ziekenhuis zijn gebouwd zijn eigendom van het Land. Het Land heeft deze grond in erfpacht gegeven aan HNO Vastgoed B.V. (hierna: HNO).
2.1.4. Op 27 juni 2019 is tussen partijen een vaststellingsovereenkomst tot stand gekomen. Deze vaststellingsovereenkomst bevat onder andere de volgende bepalingen:
"5. De USD 11 Miljoen Bankgarantie
BNI draagt er zorg voor dat binnen 7 dagen na de datum van deze Vaststellingsovereenkomst aan SONA, mede ten behoeve van diens rechtsopvolgers, een abstracte 'on-demand' bankgarantie van USD 5.500.000,- met een looptijd van 18 maanden vanaf de datum van afgifte, wordt verstrekt door Zurich (de 'USD 5.5 Miljoen Bankgarantie'). De USD 5.5 Miljoen Bankgarantie zal strekken tot verhaal voor nakoming van alle geldelijke verplichtingen van BNI uit hoofde van het Contract, waaronder die welke in deze Vaststellingsovereenkomst nader zijn bepaald. Een concept van de USD 5.5 Miljoen Bankgarantie is als Bijlage 3 aangehecht.
Bij het tijdig voldoen door BNI aan het in artikel 5.1 bepaalde, vervalt de verplichting van BNI tot het stellen van de bankgarantie zoals vermeld in artikel 17 van het Contract (de bankgaranties van USD 11 miljoen en USD 5,5 miljoen) definitief en komt de USD 5.5 Miljoen Bankgarantie daarvoor in de plaats. [...]
[...]
8. De Contractovergang
Onder de opschortende voorwaarde van (a) het bereiken van overeenstemming over het langdurig onderhoud zoals opgenomen in artikel 7.1, en (b) het bereiken van overeenstemming tussen BNI en HNO Vastgoed over de wijze waarop HNO Vastgoed de op dat moment uitstaande en toekomstige vorderingen van BNI in verband met het Contract zal voldoen, en overigens onder de voorwaarde dat bij gelegenheid van de contractsovername HNO Vastgoed (in de relatie HNO Vastgoed - SONA) zal verklaren dat SONA kwijting zal worden verleend voor haar verplichtingen, en dat HNO Vastgoed SONA zal vrijwaren voor uit of in verband met het Contract voortvloeiende aanspraken:
(i) stemmen BNI en SONA ermee in dat HNO Vastgoed door een enkele schriftelijke verklaring aan BNI en SONA HNO Vastgoed in de plaats treedt van SONA onder het Contract op basis van contractsoverneming, hetgeen HNO Vastgoed hierbij aanvaardt; en
(ii) zullen de vorderingen en rechten die verband houden met het Contract,
voor zover die niet zijn overgegaan op HNO Vastgoed op basis van artikel 8.1, op eerste verzoek van BNI door SONA worden overgedragen aan HNO Vastgoed door middel van cessie of anderszins, hetgeen HNO Vastgoed hierbij aanvaardt, waaronder maar niet beperkt tot:
– alle tussen BNI en SONA overeengekomen variation orders,
waaronder VAR122;
– alle aanhangige procedures,
– alle geschillen tussen BNI en SONA met betrekking tot het Contract;
en
– deze Vaststellingsovereenkomst;
8.2. BNI zal onmiddellijk na contractsovername aan Sona verklaren Sona kwijting te verlenen voor haar verplichtingen voortvloeiende uit of in verband met het contract. Ter verduidelijking zal de dan verleende kwijting de uit het contract voort-

vloeiende verplichtingen van HNO Vastgoed niet aantasten."
2.1.5. Ballast Nedam heeft de in de vaststellingsovereenkomst bedoelde bankgarantie ten behoeve van SONA doen stellen.
2.1.6. Op 15 november 2019 is het nieuwe ziekenhuis in gebruik genomen. De bouw was toen nog niet afgerond.
2.1.7. Op 19 december 2019 is tussen BNI en HNO overeenstemming bereikt over het onderhoud van de gebouwen en over de wijze waarop HNO de vorderingen van BNI uit hoofde van de aannemingsovereenkomst zal voldoen, een en ander zoals bedoeld in artikel 8.1 van de vaststellingsovereenkomst.
2.1.8. Bij brief van 19 december 2019 heeft HNO verklaard dat zij in de plaats treedt van SONA als contractspartij van BNI bij de aannemingsovereenkomst, dit gelet op artikel 8.1 onder (i) van de vaststellingsovereenkomst.
2.1.9. De in 2.1.8 bedoelde brief van 19 december 2019 luidt verder als volgt, weergegeven voor zover van belang:
"HNO Vastgoed verleent hierbij kwijting aan Stichting SONA voor haar verplichtingen uit of in verband met het Contract.
HNO Vastgoed verklaart hierbij dat zij Stichting SONA zal vrijwaren voor uit of in verband met het Contract voortvloeiende verplichtingen of aanspraken, van welke aard dan ook.
[...]
HNO Vastgoed bevestigt hierbij (al dan niet bij voorbaat) de aanvaarding van voornoemde cessies en begunstigdewijziging ten behoeve van HNO Vastgoed.
Door medeondertekening van deze brief, bevestigt BNI (al dan niet bij voorbaat) dat de voornoemde cessies haar zijn medegedeeld en dat zij instemt met voornoemde begunstigdewijziging ten behoeve van HNO Vastgoed.
SONA wordt hierbij verzocht voornoemde kwesties [...] binnen twee (2) werkdagen na datum van deze brief uit te voeren en af te ronden.
Kwijting door BNI van SONA
Door medeondertekening van deze brief en onder de voorwaarde dat de contractsovername daadwerkelijk heeft plaatsgevonden, verleent BNI Stichting SONA kwijting voor haar verplichtingen voortvloeiende uit of in verband met het Contract."
2.1.10. Op 23 december 2019 heeft BNI ten behoeve van HNO een bankgarantie doen stellen voor een bedrag van USD 5,5 miljoen.
2.1.11. Bij brief van 10 januari 2020 aan de Minister van GMN heeft SONA onder meer te kennen gegeven moeite te hebben met het uit handen geven van de controle over het project inzake het nieuwe ziekenhuis zonder met het Land tot afwikkeling te komen in verband met de beheersovereenkomst. SONA verzoekt de minister in deze brief te bevestigen dat met de in de vaststellingsovereenkomst overeengekomen contractovername door HNO ook de met de aannemingsovereenkomst "samenhangende lusten en lasten in relatie tot het Land zijn begrepen." Deze brief is tot op heden onbeantwoord gebleven.
2.1.12. SONA heeft de in 2.1.5 bedoelde bankgarantie niet teruggegeven.
2.2. In dit kort geding heeft BNI in eerste aanleg, na wijziging van eis, gevorderd dat het Gerecht, bij vonnis in kort geding uitvoerbaar bij voorraad:
A. SONA zal gebieden de Oude Bankgarantie te retourneren aan BNI op het adres House of Change Winkelcentrum Colon – Unit nummer G001 – G01, Roodeweg, Otrobanda, Willemstad, Curaçao binnen drie dagen na dagtekening van het in dezen te wijzen vonnis, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van USD 10.000 per dag althans een zodanig bedrag door het Gerecht te bepalen per dag of dagdeel dat SONA hiermede in gebreke blijft;
B. SONA zal gebieden in een verklaring afstand te doen van aanspraken onder de Oude Bankgarantie door de Dechargeverklaring te doen ondertekenen door een daartoe bevoegd persoon en te retourneren aan BNI op het adres House of Change Winkelcentrum Colon – Unit nummer G001 – G01, Roodeweg, Otrobanda, Willemstad, Curaçao, binnen drie dagen na dagtekening van het in dezen te wijzen vonnis, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van USD 10.000 per dag althans een zodanig bedrag door het Gerecht te bepalen per dag of dagdeel dat SONA hiermede in gebreke blijft;
C. SONA zal verbieden de Oude Bankgarantie in te roepen bij Zurich voor ieder bedrag en op enigerlei wijze, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van USD 5,5 miljoen per inbreuk althans een zodanig bedrag door het Gerecht te bepalen per inbreuk dat SONA hiermede in gebreke blijft;

althans ten aanzien van de geboden en het verbod in vorderingen A. tot en met C. hierboven, een door het Gerecht in goede justitie te bepalen veroordeling zal uitspreken;
D. SONA zal gebieden uitvoering te geven aan de overdracht aan HNO Vastgoed en Beheer van de bij het Hof aanhangige procedures met nummers CUR2018H00166 en CUR2018H00167, door het Hof te bevestigen dat HNO Vastgoed en Beheer de nieuwe wederpartij is van BNI in die appelprocedures, binnen drie dagen na dagtekening van het in dezen te wijzen vonnis, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van USD 10.000 per dag althans een zodanig bedrag door Gerecht te bepalen per dag of dagdeel dat SONA hiermede in gebreke blijft;
E. SONA zal veroordelen in de kosten van deze procedure, waaronder begrepen nakosten en een tegemoetkoming in de kosten van processuele bijstand aan de zijde van BNI.
2.3. Bij het bestreden vonnis heeft het Gerecht de vorderingen afgewezen en BNI veroordeeld in de proceskosten.
2.4. In hoger beroep zal recht worden gedaan op de gewijzigde eis van BNI die, anders dan SONA aanvoert, niet in strijd is met de eisen van een goede procesorde. Die eis houdt in dat het Hof, onder vernietiging van het bestreden vonnis:
I. SONA zal gebieden de Oude Bankgarantie te retourneren aan BNI op het adres House of Change Winkelcentrum Colon – Unit nummer G001 – G01, Roodeweg, Otrobanda, Willemstad, Curaçao binnen drie dagen na dagtekening van het in dezen te wijzen vonnis, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van USD 10.000 per dag althans een zodanig bedrag door uw Gerecht te bepalen per dag of dagdeel dat SONA hiermede in gebreke blijft;
II. SONA zal gebieden in een verklaring afstand te doen van aanspraken onder de Oude Bankgarantie door de Dechargeverklaring te doen ondertekenen door een daartoe bevoegd persoon en te retourneren aan BNI op het adres House of Change Winkelcentrum Colon – Unit nummer G001 – G01, Roodeweg, Otrobanda, Willemstad, Curaçao, binnen drie dagen na dagtekening van het in dezen te wijzen vonnis, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van USD 10.000 per dag of gedeelte van een dag althans een zodanig bedrag door uw Gerecht te bepalen per dag of dagdeel dat SONA hiermede in gebreke blijft;
III. SONA zal verbieden de Oude Bankgarantie in te roepen bij Zurich voor ieder bedrag en op enigerlei wijze, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van USD 5,5 miljoen per inbreuk althans een zodanig bedrag door uw Gerecht te bepalen per inbreuk dat SONA hiermede in gebreke blijft;
IV. SONA zal veroordelen tot betaling aan BNI van een bedrag van USD 28.150,67, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 26 maart 2020;
V. SONA zal veroordelen tot betaling aan BNI van een bedrag van USD 6.416,67 per maand of gedeelte daarvan dat SONA de bankgarantie niet heeft teruggegeven en Decharge verklaring niet heeft ondertekend en geretourneerd, dan wel een door het Hof te bepalen schadevergoeding;
VI. SONA zal gebieden zekerheid te stellen ten bedrage van USD 77.421;
VII. SONA zal gebieden al haar vorderingen en rechten die verband houden met het DBM-contract en voor zover niet reeds overgegaan met de contractovername aan HNO vastgoed over te dragen door middel van cessie of anderszins, binnen een week na dit vonnis en op straffe van verbeurte van een dwangsom van USD 10.000 per dag of gedeelte van een dag althans een zodanig bedrag door het Hof te bepalen per dag of dagdeel dat SONA hiermede in gebreke blijft,
een en ander steeds met de door het Hof juist geachte beslissingen alsmede met veroordeling van SONA in de kosten en nakosten van het geding in beide instanties en tot terugbetaling van de uit hoofde van het bestreden vonnis betaalde kosten, na 14 dagen te vermeerderen met de wettelijke rente.
2.5. De grieven, die ertoe strekken ertoe dat het Hof het bestreden vonnis vernietigt om deze gewijzigde eis alsnog toe te wijzen, zullen gezamenlijk worden behandeld. Tegen de afwijzing van vordering sub D is geen grief gericht en deze vordering keert ook niet terug in de gewijzigde eis.
2.6. Uitgangspunt bij de beoordeling is dat ook in hoger beroep niet ter discussie staat dat de in artikel 8.1 genoemde opschortende voorwaarden zijn vervuld. Voorts onderschrijft het Hof het oordeel van het Gerecht dat SONA niet vrijstaat een aanvullende opschortende voorwaarde te introduceren in die zin dat het Land eerst zou moeten verklaren dat de overname van het contract door HNO ook de lusten en de lasten uit hoofde van de beheersovereenkomst omvat en/of dat Het Land

SONA kwijting verleent voor haar verplichtingen onder die overeenkomst.
2.7. Bij vervulling van de opschortende voorwaarden geldt volgens de vaststellingsovereenkomst dat BNI en SONA ermee instemmen dat HNO door een enkele schriftelijke verklaring harerzijds in de plaats treedt van SONA onder het contract door contractoverneming hetgeen HNO bij voorbaat aanvaardt. Volgens SONA hebben partijen hiermee geen eenzijdig derdenbeding in het leven willen roepen en was de bedoeling van artikel 8.1 vooral om te voorkomen dat BNI ook ter gelegenheid van de overname van het contract, zoals zij steeds had gedaan, nadere voorwaarden zou stellen. Wat van die stelling ook zij, daaruit volgt nog niet dat het SONA wel vrij zou staan nadere voorwaarden in het leven te roepen. Omstandigheden waaruit blijkt dat beide partijen deze bedoeling hebben gehad, althans dat bij SONA de gerechtvaardigde verwachting is gewekt dat BNI begreep dat SONA dit bedoelde en dat BNI daarmee instemde zijn niet of onvoldoende gesteld of gebleken. Daarbij is nog van belang dat het gaat om een tussen professionele partijen en met professionele (juridische) bijstand tot stand gekomen vaststellingsovereenkomst.
2.8. Vaststaat dat HNO de vereiste verklaring heeft gegeven en daarbij de vereiste kwijting en vrijwaring heeft verleend. Aannemelijk is dan dat ook een bodemrechter tot het oordeel zal komen dat de contractoverneming inmiddels rechtsgeldig tot stand is gekomen (waarbij de vaststellingsovereenkomst en de brief van HNO van 19 december 2017 gezamenlijk als akte in de zin van artikel 6:159 BW kunnen gelden), dan wel dat SONA is gehouden om aan het vervolmaken van de contractoverneming mee te werken.
2.9. Datzelfde geldt ten aanzien van de cessie van de overige rechten en vorderingen in verband met de aannemingsovereenkomst. Daartoe moe(s)t SONA overgaan op eerste verzoek van BNI en BNI heeft dat verzoek gedaan bij brief van 19 december 2019. Uit die brief volgt ook dat HNO de cessie aanvaardt. Ook hier geldt naar voorlopig oordeel dat SONA zich niet met een beroep op de met het Land te maken afspraken aan die verplichting kan onttrekken en dat voor zover SONA haar medewerking aan de cessie onthoudt, zij dit doet zonder goede grond.
2.10. Tot soortgelijke voorlopige overdelen kwam ook het Gerecht. Niettemin zag het in de toenmalige situatie en belangen van partijen aanleiding om SONA nog wat tijd te gunnen:
"4.7. Het gerecht begrijpt de bezwaren van Sona aldus dat, mocht haar contractuele verhouding met Ballast Nedam in haar geheel overgaan naar HNO, zij het nakijken heeft in het geval het Land haar (Sona) aansprakelijk houdt voor een vordering die zij op basis van de aannemingsovereenkomst op Ballast Nedam zou hebben kunnen verhalen als zij partij bij die overeenkomst zou zijn gebleven. Dit gaat niet alleen over de relatie van Sona met het Land (waar Ballast Nedam in beginsel buiten staat), maar roept ook vragen op van uitleg van de vaststellingsovereenkomst. Moeten ook dergelijke (nu nog onbekende of niet bestaande) vorderingen op Ballast Nedam geacht worden over te zijn gegaan naar HNO, dan ligt in beginsel in de rede dat ook de vrijwaring van Sona door HNO op dergelijke vorderingen betrekking heeft. Partijen hebben zich over deze kwesties van uitleg niet uitgelaten en uit de processtukken kan het gerecht niet afleiden dat partijen hierover al met elkaar in overleg zijn geweest.
4.8. In dit verband klemt dat Ballast Nedam en HNO kennelijk buiten Sona om met elkaar in overleg zijn getreden om tot de contractsovername en cessie te komen. Deze handelwijze past niet goed bij de in artikel 8.1 van de vaststellingsovereenkomst voorziene contractsovername (waarvoor een tussen verkrijger en vervreemder (Sona) opgemaakte akte is vereist; artikel 6:159 BW) en cessie (waarvoor een akte van de vervreemder is vereist; artikel 3:94 BW). Het is het gerecht niet gebleken van omstandigheden die tot deze handelwijze noopten.
4.9. Tegenover het onvoldragen debat over de uitleg van de vaststellingsovereenkomst staat dat niet is gebleken van zwaarwegende belangen aan de zijde van Ballast Nedam om vooruitlopend op een beoordeling in een bodemprocedure de bankgarantie terug te krijgen. In theorie bestaat de mogelijkheid dat Sona zonder grond trekt onder de bankgarantie, maar enige aanwijzing dat Sona hiertoe zal overgaan ontbreekt. Verder is weliswaar aannemelijk dat Ballast Nedam extra kosten heeft om twee bankgaranties operationeel te houden, maar de omvang van die kosten is niet door Ballast Nedam gespecificeerd, zodat niet kan worden aangenomen dat met het voorkomen van die extra kosten een zwaarwegend belang is gemoeid. Bij deze stand van zaken komt groter gewicht toe aan het belang van Sona om duidelijk-

heid te verkrijgen omtrent de uitleg van de vaststellingsovereenkomst dan wel met het Land tot nadere afspraken te komen. Niet valt in te zien waarom Sona hiervoor niet enige tijd gegund zou kunnen worden."

2.11. Partijen hebben na dit vonnis en in hoger beroep de gelegenheid gehad om het partijdebat voort te zetten en verder uit te diepen. Geconstateerd moet worden dat eigenlijk alleen BNI daarvan gebruik heeft gemaakt. Zij heeft gemotiveerd naar voren gebracht dat het Land (althans zijn toezichthouder: de Ministeriele Regievoerder en Toezichthouder) bij de totstandkoming van de vaststellingsovereenkomst betrokken is geweest en dat van zijn kant tegen de inhoud daarvan geen bezwaren bestonden. Voorts heeft BNI gesteld dat SONA zelf steeds buiten het realiseren van de opschortende voorwaarden wilde blijven en dat SONA tegen (hypothetische) claims op SONA uit hoofde van de beheersovereenkomst, die zij voorheen op grond van de aannemingsovereenkomst op BNI zou kunnen verhalen, zekerheid heeft bedongen in de vorm van een vrijwaring die zeer breed is ingestoken, niet voor meerdere uitleg vatbaar is en dus ook bescherming biedt tegen voornoemde vorderingen.

2.12. SONA is op deze stellingen niet of onvoldoende ingegaan. In het bijzonder is van belang dat zij niet heeft betwist dat de vrijwaring zeer ruim is opgezet juist ook om iedere nawerking af te dekken. Voor zover SONA concrete voorbeelden heeft gegeven van mogelijke claims van het Land die SONA onder de aannemingsovereenkomst bij BNI had kunnen neerleggen, heeft zij niet gemotiveerd gesteld met welke argumenten (door HNO en/of andere betrokkenen) zou kunnen worden betoogd dat de vrijwaring voor die claims geen dekking biedt.

2.13. Daarbij komt dat SONA onvoldoende duidelijk heeft gemaakt hoe zij de extra tijd die het Gerecht haar heeft gegund heeft benut. De (enige) overgelegde brief aan het Land is van 10 januari 2020. Voor het overige verwijst SONA slechts naar "signalen vanuit het Land" dat zij de contractovername nog niet als voltooid beschouwt, en – in algemene zin – naar de Corona-crisis die het lastig maakt om de aandacht van het Land te krijgen voor andere zaken dan bestrijding van het virus en de economische gevolgen ervan. Kennelijk hebben zich ook na 18 juni 2020 geen relevante ontwikkelingen voorgedaan, althans heeft SONA de gelegenheid om daarvan bij schriftelijk pleidooi verslag te doen – en te beargumenteren dat het zinvol en gerechtvaardigd is om nog wat langer te wachten – voorbij laten gaan.

2.14. Gelet op dit alles is niet aannemelijk dat in een bodemprocedure zal worden geoordeeld dat BNI op grond van de redelijkheid en billijkheid gehouden is om SONA, bijna tien maanden na de brief van 19 december 2019, nog extra tijd te gunnen om met het Land tot een afwikkeling te komen of dat haar beroep op nakoming van de vaststellingsovereenkomst naar die maatstaven onaanvaardbaar is.

2.15. Omdat de bankgarantie samenhangt met de aannemings- en de vaststellingsovereenkomst en strekt tot zekerheid voor de nakoming van de uit die overeenkomsten voortvloeiende verplichtingen en de aanspraken van SONA uit hoofde van de beide overeenkomsten op HNO zijn overgegaan en SONA verplicht is de overgang van de resterende rechten te realiseren, valt niet in te zien welk in rechte te respecteren, althans voldoende belang zij nog heeft bij het behoud van de bankgarantie. Voor de eventualiteit dat het Land nog met een claim komt, die SONA op BNI had kunnen verhalen maar waarvoor het contractueel voorziene systeem – de vrijwaring – onverhoopt niet de beoogde bescherming geeft, hoeft de garantie niet te blijven bestaan. Gesteld noch gebleken is dat BNI in dat geval geen verhaal zal bieden.

2.16. Mede gelet op het uitblijven van pogingen van SONA om de door haar gewenste duidelijkheid van het Land te verkrijgen en het oplopen van de kosten die met de tweede bankgarantie zijn gemoeid leidt een belangenafweging ertoe dat de vorderingen onder I en II zullen worden toegewezen, versterkt met een dwangsom zoals hieronder bepaald. Aan een afzonderlijk verbod zoals onder III gevorderd heeft BNI dan geen behoefte meer.

2.17. Dat – en zo ja: in hoeverre – een bodemrechter zal oordelen dat SONA de door BNI gemaakte kosten voor de bankgarantie als schade uit hoofde van wanprestatie of onrechtmatige daad moet vergoeden, is niet zodanig aannemelijk dat kan worden gezegd dat BNI bij toewijzing van de gevorderde geldbedragen, of zekerheidsstelling daarvoor, het vereiste spoedeisend belang heeft. Die vorderingen (IV, V en VI) zullen dan ook worden afgewezen.

2.18. Wel toewijsbaar is de vordering sub VII. Er is niet gebleken van een belang van SONA bij behoud van de status quo dat opweegt tegen het be-

lang van BNI dat de vaststellingsovereenkomst thans verder wordt uitgevoerd, opdat zij alle vorderingen van SONA kan doorverwijzen naar HNO en de door haar afgegeven vrijwaring. Ook aan deze veroordeling zal een dwangsom worden verbonden.
2.19. De slotsom is dat het hoger beroep slaagt. Het vonnis waarvan beroep dient te worden vernietigd en de vordering zal alsnog worden toegewezen zoals in het dictum vermeld. SONA zal als de overwegend in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van de beide instanties, inclusief de nakosten en met terugbetaling van wat zij uit hoofde van het bestreden vonnis van SONA aan proceskosten heeft ontvangen.

3. Beslissing
Het Hof:
vernietigt het vonnis waarvan beroep;
en opnieuw recht doende in kort geding:
3.1. beveelt SONA om binnen zeven dagen na betekening van dit vonnis de bankgarantie te retourneren aan BNI op het adres House of Change Winkelcentrum Colon – Unit nummer G001 – G01, Roodeweg, Otrobanda, Willemstad, Curaçao, en de bij de bankgarantie behorende dechargeverklaring af te geven, een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom van USD 5.000,- per dag(deel) dat SONA hiermede in gebreke blijft tot een maximum van USD 500.000,-;
3.2. beveelt SONA al haar vorderingen en rechten die verband houden met het DBM-contract en voor zover niet reeds overgegaan met de contractovername aan HNO vastgoed over te dragen door middel van cessie of anderszins, binnen een week na dit vonnis en op straffe van verbeurte van een dwangsom van USD 1.000,- per dag althans een zodanig bedrag door het Hof te bepalen per dag of dagdeel dat SONA hiermede in gebreke blijft, tot een maximum van USD 250.000,-,
3.3. veroordeelt SONA in de kosten van het geding (...; *red.*);
3.4. veroordeelt SONA tot terugbetaling aan BNI van de door SONA uit hoofde van het bestreden vonnis betaalde proceskosten;
3.5. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;
3.6. wijst af het meer of anders gevorderde.

NOOT

1. In deze kortgedingprocedure poogt de opdrachtgever van een abstracte bankgarantie te voorkomen dat de begunstigde in de toekomst nog aanspraak kan maken op die bankgarantie. Daartoe vordert de opdrachtgever een gebod dat de begunstigde de bankgarantie retourneert en door middel van een dechargeverklaring afstand doet van de bankgarantie, en dat de begunstigde wordt verboden de bankgarantie in te roepen. Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie wijst de eerste twee vorderingen toe. Het gevorderde verbod heeft dan geen functie meer en wordt daarom afgewezen.
2. De feiten zijn – kort weergegeven – als volgt. Stichting SONA begeleidt in opdracht van het Land Curaçao de bouw van een ziekenhuis. SONA sluit met Ballast Nedam Infra BV (hierna: BNI) een aannemingsovereenkomst, op basis waarvan BNI de bouw van het ziekenhuis realiseert. Enkele jaren later komt tussen hen een vaststellingsovereenkomst tot stand. Daarin verbindt BNI zich ten gunste van SONA een ("*on-demand*") abstracte bankgarantie te doen stellen tot zekerheid van alle geldelijke verplichtingen van BNI jegens SONA uit hoofde van de aannemingsovereenkomst en de vaststellingsovereenkomst. De bankgarantie wordt vervolgens door Zurich verstrekt voor rekening van BNI. In de vaststellingsovereenkomst wordt tevens vastgelegd dat HNO Vastgoed BV onder opschortende voorwaarden en op basis van contractsoverneming in de plaats van SONA treedt bij de aannemingsovereenkomst. Onder diezelfde opschortende voorwaarden verbindt SONA zich tot een cessie aan HNO op eerste verzoek van BNI van alle vorderingen uit de aannemingsovereenkomst die niet door de contractoverneming zijn overgegaan. Onderdeel van de voorwaarden is dat HNO SONA vrijwaart voor aanspraken uit of in verband met de aannemingsovereenkomst. Niet ter discussie staat dat de opschortende voorwaarden zijn vervuld.
3. SONA weigert teruggave en afstand van de bankgarantie omdat zij meent gerechtigd te zijn om via de bankgarantie verhaal te nemen voor potentiële aansprakelijkheid jegens het Land. Het hof wijst de door BNI gevorderde geboden tot afstand en teruggave van de bankgarantie toe op grond van een belangenafweging. Daartoe over-

weegt het dat niet valt in te zien welk in rechte te respecteren, althans voldoende belang SONA nog heeft bij het behoud van de bankgarantie. De bankgarantie strekt immers tot zekerheid voor de nakoming van de uit de aannemings- en de vaststellingsovereenkomst voortvloeiende geldelijke verplichtingen, die als gevolg van contractsoverneming zijn overgegaan op HNO en SONA heeft zich bovendien verbonden de overgang van alle resterende rechten te realiseren, zo overweegt het hof.

5. Abstracte bankgaranties op eerste afroep zijn eenvoudig te gelde te maken. Het beginsel van strikte conformiteit brengt met zich dat de strikt toe te passen voorwaarden van de bankgarantie voor verschuldigdheid van betaling bepalend zijn. Daarvoor hoeft niet vast te staan dat de begunstigde daadwerkelijk aanspraak heeft op de vordering tot zekerheid waarvan de bankgarantie strekt. De enkele stelling van de begunstigde dat sprake is van een tekortkoming kan voor uitbetaling voldoende zijn als de voorwaarden zo luiden. Op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan dan nog slechts bedrog of willekeur aan de zijde van de begunstigde aan betaling in de weg staan. Zie HR 13 maart 2015, «JOR» 2015/184, m.nt. Bergervoet *(ABN AMRO/Amstelpark c.s.)*, ro. 4.2.1 & 4.2.2.

6. Aan de vorderingen van BNI ligt de gedachte ten grondslag dat SONA onder geen omstandigheid meer een legitieme aanspraak kan maken op de bankgarantie, nu alle vorderingen ter zekerheid waarvan de bankgarantie strekt, aan HNO zijn overgegaan. BNI wil een bedrieglijke dan wel willekeurige afroep door SONA vóór zijn en vordert daarom teruggave van de bankgarantie. Vorderingen strekkende tot een gebod tot afstand en teruggave van de bankgarantie zijn in feite de meest vergaande rechtsmaatregel om dergelijk misbruik van bankgaranties te voorkomen. Vgl. A.R.J. Croiset van Uchelen, 'De kracht van de bankgarantie (1)', TOP 2008, afl. 8, p. 284. Indien hierover in de bankgarantie niets is geregeld, dient bij de beoordeling van dergelijke vorderingen mijns inziens dezelfde toets te worden aangelegd als bij vorderingen tot een verbod op uitbetaling. Centraal dient te staan of zeker is dat een geldige afroep in de toekomst niet meer mogelijk is of dat een toekomstige afroep van de bankgarantie bedrog of willekeur aan de zijde van de begunstigde zou opleveren. De rechtspraak laat zien dat daaraan hoge eisen worden gesteld. Zie P.C. Russcher, 'Rechtsmaatregelen tegen misbruik van abstracte bankgaranties (II)', *MvO* 2020, afl. 8-9, par. 4; R.I.V.F. Bertrams, *Bank Guarantees in International Trade,* Den Haag: Kluwer Law International 2013, p. 379 e.v.

7. SONA's verweer komt erop neer dat uitleg van de onderliggende rechtsverhouding, specifiek de vaststellingsovereenkomst, meebrengt dat zij gerechtigd is om de kosten van een toekomstige aansprakelijkheid jegens het Land te verhalen op BNI. In kort geding bestaat evenwel niet de gelegenheid voor een uitgebreide beoordeling van de onderliggende rechtsverhouding. In eerste aanleg werd ook erkend dat het debat over de vaststellingsovereenkomst onvoldragen was. Zie GEA Curacao 4 maart 2020, ECLI:NL:OGEAC:2020:32, r.o. 4.9. De hoge eisen die aan het aannemen van misbruik worden gesteld brengen mee dat de vorderingen van BNI slechts kunnen worden toegewezen wanneer buiten redelijke twijfel geen andere uitleg mogelijk is dan dat SONA uit de onderliggende rechtsverhouding geen vorderingen meer op BNI verkrijgt. Wanneer zij over de uitleg redelijkerwijs kunnen verschillen, zal van misbruik geen sprake zijn. Zie Russcher, a.w., par. 4.2.

8. Het hof baseert zijn beslissing, zoals gezegd, enkel op een belangenafweging. De hoge eisen die aan het aannemen van bedrog of willekeur worden gesteld, komen daarbij niet uitdrukkelijk naar voren. Daarmee dreigt onvoldoende recht gedaan te worden aan de aard en strekking van abstracte bankgaranties. Die brengen immers mee dat de begunstigde liquide zekerheid verkrijgt die ook te gelde kan worden gemaakt wanneer verschuldigdheid van de gesecureerde vordering niet in rechte vaststaat. Onderdeel van de beoogde risicoverdeling is dat de opdrachtgever het restitutierisico draagt. Zie Russcher, a.w., par. 4.3; J.M. Boll, *De bankgarantie (preadvies Vereeniging 'Handelsrecht')*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 128-130. Zie ook meer in het algemeen Bertrams, a.w., p. 71 e.v. en Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/21.

9. Niettemin is het aannemelijk dat het gebod tot teruggave en afstandverklaring ook was toegewezen wanneer de vorderingen waren getoetst aan het leerstuk van misbruik van bankgaranties. Gelet op de in het arrest geschetste feiten staat buiten redelijke twijfel dat SONA geen vorderingen meer verkrijgt tot zekerheid waarvan de bankgarantie strekt. Daarvoor wijs ik specifiek op de contractsoverneming door HNO van de aan-

nemingsovereenkomst, de verbintenis van SONA om op eerste verzoek van BNI alle overige vorderingen die verband houden met het aannemingscontract aan HNO over te dragen, en de aan SONA gerichte vrijwaring van HNO voor alle aanspraken die uit of in verband met de aannemingsovereenkomst ontstaan.

V.G. Koolen
promovendus Burgerlijk recht, verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit en jurist bij ING Bank NV

248

JOR 2021/248

Gemeenschappelijk Hof van Justitie
6 april 2021, zaaknr. CUR2020H00130,
ECLI:NL:OGHACMB:2021:93
(mr. Meijer, mr. Lautenbach, mr. De Boer)
Noot D.F.H. Stein

Beroep op verjaring van vordering uit borgtocht. Zelfstandige en apart te stuiten verjaringstermijn. Gerechtvaardigd vertrouwen. Beroep op verjaring is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar ondanks kennis van stuitingsbrieven aan de hoofdschuldenaar.

[BW art. 3:35, 3:307 lid 1, 3:322 lid 1, 3:323 lid 3, 7:851 lid 1, 7:853, 7:855 lid 1]

Het recht van de schuldeiser (geïntimeerde) jegens de borg (appellant sub 2) is een afhankelijk recht (art. 7:851 lid 1 BW). Hiermee houdt verband het bepaalde in art. 7:853 BW dat de principale verbintenis uit de overeenkomst van borgtocht tenietgaat wanneer de verjaring van de rechtsvordering uit de gewaarborgde verbintenis is voltooid. Dit is thans niet aan de orde. De rechtsvordering uit de gewaarborgde verbintenis uit geldlening tussen geïntimeerde en appellante sub 1 is niet verjaard. De vordering uit de principale verbintenis uit de overeenkomst van borgtocht zelf kan echter ook verjaren. Hieraan staat het afhankelijk karakter van het recht van de schuldeiser jegens de borg niet in de weg. De desbetreffende verjaringstermijn begint wanneer de principale verbintenis uit de borgtochtovereenkomst opeisbaar wordt (art. 3:307 lid 1 BW), dat is het moment waarop de hoofdschuldenaar in de nakoming van de gewaarborgde verbintenis tekortschiet (art. 7:855 lid 1 BW). Ten aanzien van deze principale verbintenis uit de overeenkomst van borgtocht loopt dan een zelfstandige – zij het niet ambtshalve toe te passen (art. 3:322 lid 1 BW) – verjaringstermijn die de schuldeiser apart moet stuiten. Vast staat dat de principale verbintenis uit de borgtochtovereenkomst niet door hypotheek verzekerd is, zodat art. 3:323 lid 3 BW (op grond waarvan een verjaringstermijn geldt van twintig jaar) daarop niet van toepassing is. Derhalve geldt de "normale" verjaringstermijn van vijf jaar. De brieven van de notaris aan appellante sub 1 kunnen niet als stuitingshandelingen dienen omdat ze niet aan appellant sub 2 zijn gericht, laat staan dat geïntimeerde zich daarin jegens appellant 2 ondubbelzinnig haar recht op nakoming door appellant 2 van de borgtocht voorbehield en deze brieven overigens ook niet van de schuldenaar afkomstig zijn.
Geïntimeerde heeft nog betoogd dat appellant sub 2 niet het gerechtvaardigd vertrouwen kan hebben opgedaan dat zij haar aanspraak op betaling jegens appellanten zou laten varen. Dit betoog faalt. Geïntimeerde heeft geen feiten en omstandigheden aangevoerd op grond waarvan een beroep van appellant 2 op de verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Dat appellant 2 kennis heeft genomen van de stuitingsbrieven uit 2011 en 2013 en de executie van het hypotheekrecht in 2014 en 2015 is daarvoor niet voldoende.

1. QCS Realty NV te Curaçao,
2. X te Curaçao,
appellanten,
gemachtidgde: mr. A.C. Small,
tegen
de stichting Fundashon Korprashon pa Desaroyo di Kòrsou (Korpodeko) te Curaçao,
geïntimeerde,
gemachtigden: mr. A.C. van Hoof en mr. S.X.T. Hato.

(...; *red.*)

4. Beoordeling
4.1. Het Gerecht heeft onbestreden de volgende feiten vastgesteld:
a) Bij kredietovereenkomst van 30 december 1992 heeft Korpodeko QCS een krediet verstrekt van NAf 187.500 ter financiering van de inrichting van een appartementencomplex aan de Dr. Hugenholtzweg te Curaçao. Overeengekomen werd een rente van 10% per jaar, een looptijd van 120 maanden en een aflossing in 116 maandelijkse termijnen.
b) Bij akte van borgtocht van 4 februari 1993 heeft [Appellant 2], bestuurder en enig aandeelhouder van QCS, zich jegens Korpodeko borg gesteld voor de nakoming door QCS van haar verplichtingen, uit welken hoofde ook, tot een maximum bedrag van NAf 195.000 vermeerderd met rente en kosten.
c) Het krediet werd verstrekt in samenhang met kredieten aan QCS verleend door OBNA en MCB.
d) Tot zekerheid van de drie kredieten werd op 7 augustus 1998 door QCS ten behoeve van Korpodeko, OBNA en MCB hypotheek gevestigd op het appartementencomplex.
e) QCS is in gebreke gebleven met haar verplichtingen jegens (onder meer) Korpodeko.
f) Op 22 december 2015 is het appartementencomplex op verzoek van MCB geveild. De opbrengst van NAf 1.4 miljoen is pro rata tussen Korpodeko, OBNA en MCB gedeeld, hetgeen voor Korpodeko leidde tot een netto-uitkering (na aftrek van beveiligingskosten) van NAf 187.093,65.
g) Bij deurwaardersexploot van 30 december 2015 is op verzoek van de notaris een brief met afrekening aan QCS betekend, waarin onder meer het resultaat van de veiling is bericht en waarin QCS wordt verzocht contact op te nemen met Korpodeko, OBNA en MCB teneinde een betalingsregeling te treffen met betrekking tot de restantvordering.
4.2. Het Gerecht heeft op vordering van Korpodeko zowel QCS als [Appellant 2] veroordeeld tot betalingen. Het dictum luidt onder meer:
"5.1. veroordeelt QCS tot betaling aan Korpodeko van NAf 199.116,99 te verminderen met de hiervoor onder 4.8 bedoelde onterechte debiteringen van in totaal NAf 8.560.02 en de daarover eventueel berekende rente, het overblijvende bedrag te vermeerderen met de samengestelde rente van 10% per jaar vanaf 1 oktober 2017 tot de dag der algehele voldoening;
5.2. veroordeelt [Appellant 2] tot betaling aan Korpodeko van NAf 195.000, althans – voor zover dat lager is – het overblijvende bedrag plus rente als bedoeld onder 5.1, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 oktober 2017 tot de dag der algehele voldoening."
4.3. Hiertegen richt zich het appel van QCS en [Appellant 2].
4.4. Grief 1 stelt aan de orde of de vordering van Korpodeko op [Appellant 2] als borg verjaard is.
4.5. Het recht van de schuldeiser (Korpodeko) jegens de borg ([Appellant 2]) is een afhankelijk recht (artikel 7:851 lid 1 BW). Hiermee houdt verband het bepaalde in artikel 7:853 BW dat de principale verbintenis uit de overeenkomst van borgtocht tenietgaat wanneer de verjaring van de rechtsvordering uit de gewaarborgde verbintenis wordt voltooid. Dit is thans niet aan de orde. Het Gerecht heeft, in hoger beroep onbestreden, beslist dat de rechtsvordering uit de gewaarborgde verbintenis uit geldlening tussen Korpodeko en QCS niet is verjaard
4.6. De vordering uit de principale verbintenis uit de overeenkomst van borgtocht zelf kan echter ook verjaren. Hieraan staat het afhankelijk karakter van het recht van de schuldeiser jegens de borg – anders dan Korpodeko stelt (memorie van antwoord onder 2.1-2.2) – niet in de weg. De desbetreffende verjaringstermijn begint wanneer de principale verbintenis uit de borgtochtovereenkomst opeisbaar wordt (artikel 3:307 lid 1 BW), dat is het moment waarop de hoofdschuldenaar in de nakoming van de gewaarborgde verbintenis tekortschiet (artikel 7:855 lid 1 BW). Ten aanzien van deze principale verbintenis uit de overeenkomst van borgtocht loopt dan een zelfstandige – zij het niet ambtshalve toe te passen (artikel 3:322 lid 1 BW) – verjaringstermijn die de schuldeiser apart moet stuiten.
4.7. Vast staat dat de principale verbintenis uit de borgtochtovereenkomst niet door hypotheek verzekerd is, zodat artikel 3:323 lid 3 BW (op grond waarvan een verjaringstermijn geldt van 20 jaar) daarop niet van toepassing is. De door QCS ten behoeve van Korpodeko, OBNA en MCB gevestigde hypotheek betreft immers slechts haar eigen verbintenis als hoofdschuldenaar (productie 6 bij inleidend verzoekschrift) uit de kredietovereenkomsten. Derhalve geldt voor nakoming van de

verbintenis uit borgtocht de "normale" verjaringstermijn van vijf jaar.
4.8. Gelet op de kredietovereenkomst onder 12 (productie 3 bij inleidend verzoekschrift) lijkt ter zake van de vordering uit de principale verbintenis uit de overeenkomst van borgtocht de verjaringstermijn reeds te zijn gaan lopen bij de eerste wanprestatie van QCS. De betalingen door QCS en die uit hoofde van de executie in 2015 hebben de verjaring van de rechtsvordering jegens [Appellant 2] betreffende het resterende deel van de gewaarborgde verbintenis niet gestuit.
4.9. In het onderhavige geval stellen QCS en [Appellant 2] dat de brieven van 27 september 2010, 14 februari 2011 en 2 maart 2011 (productie 8 bij inleidend verzoekschrift) jegens [Appellant 2] stuitingshandelingen zijn. Kennelijk liep dus volgens QCS en [Appellant 2] op die momenten de verjaring nog.
4.10. Wat daarvan zij, ook als op 2 maart 2011 stuiting plaats vond, is de verjaring vijf jaren later voltooid (artikel 3:307 lid 1 BW), aangezien van latere stuitingshandelingen jegens [Appellant 2] niet is gebleken. De brieven van de notaris aan hypotheekverstrekker QCS kunnen niet als zodanig dienen omdat ze niet aan [Appellant 2] zijn gericht, laat staan dat Korpodeko zich daarin jegens [Appellant 2] ondubbelzinnig haar recht op nakoming door [Appellant 2] van de borgtocht voorbehield en deze brieven overigens ook niet van de schuldenaar afkomstig zijn. Het inleidend verzoekschrift in de onderhavige procedure dateert van 21 maart 2018.
4.11. Korpodeko heeft nog betoogd dat [Appellant 2] niet het gerechtvaardigd vertrouwen kan hebben opgedaan dat Korpodeko haar aanspraak op betaling jegens QCS en [Appellant 2] zou laten varen. Dit betoog faalt. Korpodeko heeft geen feiten en omstandigheden aangevoerd op grond waarvan een beroep van [Appellant 2] op de verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Dat [Appellant 2] kennis heeft genomen van de stuitingsbrieven uit 2011 en 2013 en de executie van het hypotheekrecht in 2014 en 2015 is daarvoor niet voldoende.
4.12. Kortom, grief 1 slaagt.
4.13. Grief 2, betreffende de samengestelde rente (rente op rente; anatocisme) faalt. Het Gerecht heeft als zelfstandige grond genoemd dat Korpodeko op grond van artikel 6 van de toepasselijke algemene voorwaarden gerechtigd was de rekening van QCS te belasten met de verschuldigde rente. Hiertegen is geen grief gericht en het Hof heeft ook niet ambtshalve bedenkingen. Uit de overeenkomst valt ook niet af te leiden dat partijen van deze algemene voorwaarde zijn afgeweken.
4.14. In grief 3 wordt Korpodeko verweten onnodig gedraald te hebben met de parate executie. Als Korpodeko eerder tot executie was overgegaan, dan zou haar vordering lager zijn. Korpodeko heeft in haar memorie van antwoord, onder 4.2-4.3, onder meer tegengeworpen dat QCS bevoegd was zelf onderhands of in het openbaar te verkopen. Hierop hebben QCS en [Appellant 2] niet gereageerd bij schriftelijk pleidooi. De stelling van QCS en [Appellant 2] dat Korpodeko de onderhandse verkoop heeft "getraineerd", en daarmee hun beroep op schending van de bancaire zorgplicht of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, is dan onvoldoende gemotiveerd. De grief faalt daarom.
4.15. Grief 4 betreft de administratie van Korpodeko. Korpodeko heeft beroep gedaan op een "boekenclausule", kennelijk in haar algemene voorwaarden en eveneens in de hypotheekakte. Korpodeko heeft voldaan aan haar plicht QCS behoorlijk te informeren omtrent alle werkzaamheden die uit de opdracht aan haar voortvloeien (artikel 7:403 BW); zie productie 14 bij inleidend verzoekschrift. Ook is er geen twijfel dat de door Korpodeko verstrekte opgave inderdaad met de gegevens in haar administratie overeenkomt. De boekenclausule komt neer op een bewijsovereenkomst als bedoeld in artikel 132 Rv. Zij houdt in dat de administratie van de bank tegenover de cliënt strekt tot volledig bewijs, maar dat de cliënt tegenbewijs mag leveren. Dit tegenbewijs is door QCS en [Appellant 2] niet geleverd. Op de stelling in de memorie van antwoord onder 5.2-5.4 dat QCS en [Appellant 2] met hun rekensom een "onjuiste voorstelling van zaken" geven – welke stelling het Hof plausibel voorkomt – is zijdens QCS en [Appellant 2] bij pleidooi niet adequaat gereageerd. Hun klacht dat de in rov. 4.7 van het bestreden vonnis bedoelde betalingen geen betrekking hadden op incassohandelingen, en dat deze niet volledig in de administratie van Korpodeko zijn verwerkt, hebben zij niet voldoende onderbouwd.
4.16. Uit het voorgaande volgt dat het bestreden vonnis moet worden vernietigd. De vordering op [Appellant 2], zijnde verjaard, moet worden afgewezen. De veroordeling van QCS door het Gerecht zal worden overgenomen. In het resultaat

ziet het Hof reden de kosten van deze procedure in beide instanties te compenseren..
4.17. Aan het bewijsaanbod van QCS en [Appellant 2] op blz. 6 van de memorie van grieven gaat het Hof als niet ter zake dienend voorbij. Het algemene bewijsaanbod op de eerste bladzijde van die memorie wordt gepasseerd QCS en [Appellant 2] niet hebben aangegeven op welke stellingen dat bewijsaanbod betrekking heeft. Het bewijsaanbod is te algemeen geformuleerd en voldoet daarom niet aan de daaraan in hoger beroep te stellen eisen.

5. Beslissing
Het Hof:
– vernietigt het bestreden vonnis en opnieuw rechtdoende:
– veroordeelt QCS tot betaling aan Korpodeko van NAf 199.116,99 te verminderen met de onder 4.8 van het bestreden vonnis bedoelde ten onterechte uitgevoerde debiteringen van in totaal NAf 8.560.02 en de daarover eventueel berekende rente, het overblijvende bedrag te vermeerderen met de samengestelde rente van 10% per jaar vanaf 1 oktober 2017 tot de dag der algehele voldoening;
– verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad;
– wijst af het meer of anders gevorderde;
– compenseert de proceskosten van deze procedure in beide instanties aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt.

NOOT

1. *Feiten*. Op 30 december 1992 heeft Korpodeko een krediet verstrekt aan QCS ter grootte van NAf 187.500 ter financiering van de inrichting van een appartementencomplex. De jaarlijks verschuldigde rente bedroeg 10%. De directeur-grootaandeelhouder (DGA) van QCS heeft zich op 4 februari 1993 borg gesteld voor de hieruit voortvloeiende schuld van QCS aan Korpodeko, tot maximaal NAf 195.000, vermeerderd met rente en kosten. Daarnaast heeft QCS, vereenvoudigd weergegeven, op 7 augustus 1998 ten behoeve van Korpodeko een hypotheekrecht gevestigd op het appartementencomplex. Nadat QCS in gebreke bleef in de terugbetaling van het krediet, is het appartementencomplex op 22 december 2015 executoriaal geveild. De netto-opbrengst voor Korpodeko bedroeg NAf 187.093,65. Op 30 december 2015 heeft Korpodeko contact gezocht met QCS om een betalingsregeling te treffen ten aanzien van de restantvordering. Dat heeft kennelijk niet tot een regeling geleid, want de hier te bespreken uitspraak is het resultaat van door Korpodeko tegen QCS én haar DGA – als borg – ingestelde vorderingen. In eerste aanleg zijn die toegewezen. In hoger beroep komen QCS en de DGA daartegen op, onder meer met een beroep op verjaring, waartoe ik mij in deze noot zal beperken. De rechtsverhoudingen tussen partijen worden beheerst door het burgerlijk recht van Curaçao. Met "BW" doel ik op de in Nederland en in Curaçao geldende burgerlijke wetboeken, die op de door mij besproken punten gelijkluidend zijn.
2. *Borgtocht en verjaring*. De DGA stelt dat de rechtsvordering jegens hem was verjaard. In geval van borgtocht is sprake van hoofdelijke verbondenheid (art. 6:6 lid 1 BW; zie voorts art. 7:850 lid 3 BW). De verbintenis van de borg is afhankelijk van de verbintenis van de hoofdschuldenaar waarvoor de borgtocht is aangegaan (art. 7:851 lid 1 BW). Dit brengt onder meer mee dat indien die verbintenis – de "hoofdverbintenis" – tenietgaat, ook de verbintenis van de borg tenietgaat (art. 3:7 jo. 3:82 BW). Indien de aan de hoofdverbintenis verbonden rechtsvordering verjaart, gaat de hoofdverbintenis echter niet teniet. Verjaring heeft slechts tot gevolg dat de rechtsvordering tenietgaat (vgl. art. 3:307 BW) en laat het vorderingsrecht onaangetast; de met de hoofdvordering corresponderende verbintenis blijft als natuurlijke verbintenis voortbestaan (art. 6:3 BW). Het afhankelijke karakter van de verbintenis jegens de borg leidt dan niet tot tenietgaan van die verbintenis, maar wel bepaalt art. 7:853 BW met zoveel woorden dat de borgtocht tenietgaat indien de rechtsvordering jegens de hoofdschuldenaar is verjaard. De wetgever heeft het onwenselijk gevonden om de borg nog aansprakelijk te achten indien de schuldeiser niet meer tot nakoming kan worden gedwongen (zie Parl. Gesch. Boek 7 BW 1991, p. 436). De persoonlijke zekerheid van de borg vertoont op dit punt gelijkenis met goederenrechtelijke zekerheidsrechten, die ook tenietgaan indien de rechtsvordering jegens de schuldenaar tot nakoming van de gesecureerde vordering verjaart (zie art. 3:323 lid 1 BW; Parl. Gesch. Inv. 3, 5 en 6 BW (Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14) 1991, p. 435; en HR 28 november 2014, «JOR»

2015/57, m.nt. Verburgt *(Heijloo Beheer c.s./Delta Lloyd)*, r.o. 3.8.2). In dat kader bepaalt art. 3:323 lid 3 BW overigens nog dat indien een vordering is versterkt met een recht van hypotheek, de aan die vordering verbonden rechtsvordering op zijn vroegst twintig jaar na de vestiging van het hypotheekrecht verjaart.

3. *Afzonderlijke verjaring rechtsvordering jegens borg?* In deze zaak gaat het niet om de gevolgen voor de borg van de verjaring van de rechtsvordering jegens de hoofdschuldenaar, maar om de vraag of de rechtsvordering jegens de borg ook afzonderlijk kan verjaren. In hoger beroep staat tussen partijen vast dat de rechtsvordering jegens de hoofdschuldenaar nog niet is verjaard (r.o. 4.5). Dat laat onverlet dat de rechtsvordering jegens de borg wel reeds kan zijn verjaard, omdat de verjaring van verschillende hoofdelijke verbintenissen afzonderlijk moet worden beoordeeld (art. 6:11 lid 3 BW; vgl. HR 17 juli 2020, «JOR» 2020/227, m.nt. Stein, r.o. 3.2.2 en zie voorts Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/99). Voor de rechtsvordering jegens de borg geldt een objectieve verjaringstermijn van vijf jaar, die aanvangt op het moment waarop de vordering op de borg opeisbaar wordt (art. 3:307 lid 1 BW). Op dat moment wordt de vordering jegens de borg immers versterkt met een rechtsvordering (vgl. art. 3:304 BW). De aanspraak jegens de borg is pas opeisbaar indien de hoofdschuldenaar is tekortgeschoten (art. 7:855 lid 1 BW). Dit subsidiaire karakter van de verbintenis van de borg is echter van regelend recht ten aanzien van de niet-particuliere borg, zoals de DGA die zich als borg verbindt voor de schulden van zijn kapitaalvennootschap (zie art. 7:857 BW en – *a contrario* – art. 7:862 sub a BW, en G.J.L. Bergervoet, *Borgtocht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014/105). Door contractueel de opeisbaarheid van de vordering jegens de borg vorm te geven, bestaat een zekere partijautonomie ten aanzien van het aanvangsmoment van de verjaringstermijn uit art. 3:307 BW (zie D.F.H. Stein, in: *Verjaring*, Deventer, Wolters Kluwer 2020 2020/10.3.4). Voor de schuldeiser kan het vanuit dit perspectief aantrekkelijk zijn om de vordering op de borg pas opeisbaar te laten zijn op afroep door de schuldeiser. Uit de uitspraak blijkt echter niet dat partijen van deze mogelijkheid gebruik hebben gemaakt (zie r.o. 4.6).

4. *Aanvang van verjaringstermijn jegens borg.* De vraag is dan ook wanneer de vordering jegens de DGA als borg opeisbaar is geworden. Het Gemeenschappelijk Hof gaat op die vraag niet expliciet in, omdat het tot het oordeel komt dat de rechtsvordering jegens de borg is verjaard aangezien tussen het inleiden van de onderhavige procedure (21 maart 2018) en het gestelde moment waarop de verjaring laatstelijk jegens de DGA zou zijn gestuit (2 maart 2011), meer dan vijf jaar zijn verstreken (r.o. 4.10). Kennelijk volgde uit de rechtsverhouding tussen Korpodeko en QCS dat reeds vóór 2011 sprake was van een tekortkoming van QCS (zie r.o. 4.8), en – zo leid ik uit de uitspraak af – dat ook de vordering jegens de DGA reeds toen opeisbaar is geworden.

5. *Stuiting van verjaring jegens borg?* De vraag rijst vervolgens of de verjaring van de rechtsvordering jegens de borg op enigerlei wijze is gestuit door het optreden van Korpodeko jegens QCS. Uit de uitspraak blijkt dat het hypotheekrecht op 22 december 2015 is uitgewonnen en dat op 30 december 2015 een exploot bij QCS is betekend waarin nakoming wordt gevorderd van de restantvordering (r.o. 4.1 sub g). Hoewel de verjaring van hoofdelijke verbintenissen in beginsel afzonderlijk moet worden beoordeeld (zie hiervoor, nr. 3), kan men zich afvragen of de schuldeiser in dit geval jegens de borg niet zou moeten profiteren van eventuele stuitingshandelingen die hij jegens de hoofdschuldenaar heeft verricht. Jegens QCS zal in ieder geval wat het exploot d.d. 30 december 2015 betreft immers al gauw sprake zijn geweest van een stuitingshandeling als bedoeld in art. 3:317 lid 1 BW. Kennelijk zijn die berichten enkel aan QCS gericht, maar in dit geval is het toch niet geheel onwaarschijnlijk dat de borg van dat bericht kennis heeft genomen, omdat hij de DGA van QCS is. Men zou dan door uitleg tot de conclusie kunnen komen dat de stuitingshandeling jegens QCS ook stuitende werking heeft jegens de DGA, op de wijze waarop de Hoge Raad heeft aanvaard dat "*[e]en stuitingsverklaring 'jegens de vof' in beginsel aldus [moet] worden uitgelegd dat deze ook als stuitingsverklaring is bedoeld met betrekking tot de vorderingen op de individuele vennoten*" (HR 17 juli 2020, «JOR» 2020/227, m.nt. Stein, r.o. 3.3.3). Het verschil is wel dat QCS en haar DGA verschillende rechtssubjecten zijn, terwijl het bij "de vof" en "de gezamenlijke vennoten" gaat om dezelfde rechtssubjecten (namelijk de vennoten) (zie mijn noot in «JOR» 2020/227, nr. 7). Vanuit de gedachte achter stuiting – weet de schuldenaar

dat hij mogelijk nog zal worden aangesproken? – vind ik het in de gegeven omstandigheden verdedigbaar om de stuitingshandeling jegens QCS ten nadele van de DGA uit te leggen, indien komt vast te staan dat de DGA kennis heeft genomen van de jegens QCS gerichte stuitingshandelingen. Dat laat onverlet dat het voor Korpodeko aanbeveling had verdiend om het exploot mede aan de DGA te richten.

6. *Stuitende werking hypotheekrecht?* Tot slot rijst de vraag of de schuldeiser (Korpodeko) wat verjaring betreft nog profiteert van het hypotheekrecht dat ten behoeve van hem is gevestigd tot zekerheid van terugbetaling van de schuld van de hoofdschuldenaar (QCS). Het beroep van Korpodeko op art. 3:323 lid 3 BW wordt niet gehonoreerd, omdat het hof meent dat een dergelijke bescherming slechts zou bestaan indien een hypotheekrecht zou zijn gevestigd voor de *vordering op de borg* (r.o. 4.7). Afgaande op de tekst van art. 3:323 lid 3 BW is dat juist. De ratio van die bepaling is te voorkomen dat een hypotheekrecht, dat doorgaans wordt gevestigd voor een langlopende geldlening, door de werking van art. 3:307 jo. 3:323 lid 1 BW al na vijf jaar zou kunnen komen te vervallen (Parl. Gesch. Boek 3 BW 1981, p. 1419). Die ratio dwingt niet ertoe dat de schuldeiser eenzelfde bescherming kan inroepen tegen borgen, omdat een hypotheekrecht voor de hoofdvordering niet tenietgaat door verjaring van de rechtsvordering(en) tegen de borg(en). Overigens wordt verschillend gedacht over het antwoord op de vraag of art. 3:323 lid 3 BW zich uitstrekt tot een restvordering die resteert na uitwinning van het hypotheekrecht. In de rechtspraak wordt geregeld geoordeeld dat de bescherming van de schuldeiser/hypotheekhouder niet zo ver zou gaan, en dus niet langer zou bestaan indien het hypotheekrecht is uitgewonnen (zie Hof Arnhem-Leeuwarden 16 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY1109, r.o. 4.4; Rb. Amsterdam 16 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3626, «JOR» 2021/16, m.nt. Steneker, r.o. 4.2). De restant(rechts)vordering is dan – achteraf bezien – onderhevig (geweest) aan de termijn van art. 3:307 BW. Daarbij acht ik het overigens verdedigbaar dat die termijn pas aanvangt op het moment waarop duidelijk is wat de restvordering zal zijn (zie in die zin ook de genoemde rechtsoverwegingen en Steneker, noot onder Rb. Amsterdam 16 jul 2020, «JOR» 2021/16, nr. 1). De schuldeiser (Korpodeko) zou in deze opvatting een nog afdwingbare restvordering hebben jegens de hoofdschuldenaar (QCS). Om Korpodeko dan ook nog een afdwingbare vordering te laten hebben jegens de borg (de DGA), moet men dan aannemen dat ook jegens de borg pas sprake zou zijn van opeisbaarheid op het moment waarop duidelijk is wat de restantvordering is (bijv. 30 december 2015). Ik zou er dan meer voor voelen om de stuitende werking van de executie ten laste van QCS zich uit te laten strekken tot de rechtsvordering jegens de DGA (zie hiervoor, nr. 4).

D.F.H. Stein
promovendus en docent burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en verbonden aan het Onderzoekcentrum voor Onderneming & Recht (OO&R)

Varia

23

JOR 2000/23

Hoge Raad
29 oktober 1999, R98/061HR,
ECLI:NL:HR:1999:AA1486
(Mr. Roelvink, Mr. Neleman, Mr. Heemskerk, Mr. De Savornin Lohman, Mr. Kop)
(Concl. A-G Bakels, niet opgenomen; red.)

Vordering tot nakoming. Hof begroot ten onrechte het verschuldigde bedrag ex aequo et bono.

[BW art. 3:297]

Nu het in deze zaak niet gaat om een vordering tot schadevergoeding, maar om een vordering tot nakoming van verbintenissen uit overeenkomst, stond het het hof niet vrij bij gebreke van bewijs van het verschuldigd bedrag dit bedrag ex aequo et bono te begroten en door middel van schatting vast te stellen.

A. Arends te Aruba, h.o.d.n. Publicidad Exito,
eiser tot cassatie,
advocaat: mr. R.S. Meijer,
tegen
J. Mansur te Aruba, h.o.d.n. Diario,
verweerder in cassatie,
niet verschenen.

1. Het geding in feitelijke instanties
Met een op 29 augustus 1995 ter griffie van het Gerecht in eerste aanleg van Aruba ingediend verzoekschrift heeft verweerder in cassatie – verder te noemen: Mansur – zich gewend tot dat Gerecht en gevorderd bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, eiser tot cassatie – verder te noemen: Arends – te veroordelen om aan Mansur te betalen een bedrag van Afl. 18.000,=, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de datum van indiening van het verzoekschrift, en van waarde te verklaren het te dezen gelegde conservatoire beslag, met veroordeling van Arends in de kosten.
Arends heeft de vordering bestreden.
... Bij eindvonnis van 11 december 1996 heeft het Gerecht in eerste aanleg de vordering afgewezen.
Tegen dit eindvonnis heeft Mansur hoger beroep ingesteld bij het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba. Hij heeft de hoofdsom van zijn vordering verminderd tot Afl. 15.209,61.
... Bij eindvonnis van 20 januari 1998 heeft het Hof het bestreden vonnis van het Gerecht in eerste aanleg vernietigd en, opnieuw recht doende, Arends veroordeeld om aan Mansur te betalen een bedrag van Afl. 2.000,=, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 29 augustus 1995, en het meer of anders gevorderde afgewezen.
(...)

3. Beoordeling van het middel
3.1. Mansur heeft zijn onder 1 vermelde vordering gegrond op de stelling dat Arends hem in de periode van april 1991 tot en met mei 1992 opdracht heeft gegeven om voor Arends' rekening ten behoeve van derden advertenties in het dagblad "Diario" te plaatsen voor een bedrag van in totaal Afl. 15.205,61 en dat Arends in gebreke is gebleven dit bedrag te voldoen. Mansur heeft een aantal kopieën van facturen overgelegd.
Arends heeft ontkend het gevorderde bedrag verschuldigd te zijn en aangevoerd dat uit de overgelegde kopie-facturen niet kan worden afgeleid dat hij opdracht heeft gegeven tot plaatsing van de advertenties.
3.2. Het Gerecht in eerste aanleg heeft de vordering afgewezen.
Het Hof heeft Mansur bewijs opgedragen. Na getuigenverhoor heeft het Hof, kort samengevat, het volgende overwogen. Uit de getuigenverklaringen kan worden afgeleid dat Arends in het begin van de jaren negentig advertenties in de Diario heeft doen plaatsen, waarvan een aantal onbetaald is gebleven. Mansur heeft geen duidelijk overzicht gegeven van de nog niet betaalde opdrachten. Uit de getuigenverklaringen kan niet worden afgeleid welke facturen wel en welke facturen niet zijn betaald; wel is duidelijk geworden dat Arends van de in kopie overgelegde facturen een aanzienlijk deel heeft voldaan. Volgens een van die verklaringen heeft Arends slechts een paar facturen niet betaald. Welk bedrag daarmee is gemoeid, is niet vast te stellen. Het Hof stelt het door Arends aan Mansur verschuldigd bedrag ter zake van onbetaald gebleven facturen ex aequo et bono vast op Afl. 2.000,=.
Het Hof heeft Arends veroordeeld genoemd bedrag aan Mansur te betalen.
3.3. Onderdeel 6 van het middel klaagt dat het Hof heeft miskend dat een vordering als de onderhavige, strekkende tot nakoming van primaire betalingsverbintenissen uit verschillende overeenkomsten, niet ex aequo et bono mag worden begroot.
De klacht is gegrond. Nu het in deze zaak niet gaat om een vordering tot schadevergoeding, maar om een vordering tot nakoming van verbintenissen uit overeenkomst, stond het het Hof niet vrij bij gebreke van bewijs van het verschuldigd bedrag dit bedrag ex aequo et bono te begroten en door middel van schatting vast te stellen.
3.4. De overige onderdelen behoeven geen behandeling. De Hoge Raad kan zelf de zaak afdoen.

4. Beslissing
De Hoge Raad:
vernietigt het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba van 20 januari 1998;
bekrachtigt het vonnis van het Gerecht in eerste aanleg van Aruba van 11 december 1996;
veroordeelt Mansur in de kosten van het geding in cassatie ....

117

JOR 2000/117

Hoge Raad
21 januari 2000, R98/094HR,
ECLI:NL:HR:2000:AA4429
(Mr. Roelvink, Mr. Neleman, Mr. Heemskerk, Mr. Herrmann, Mr. Kop)
(Concl. A-G Strikwerda, niet opgenomen; red.)
Noot S.C.J.J. Kortmann

Concordantie van rechtspraak. Derdenwerking van exoneratieclausule. Bijzondere omstandigheden waaronder derde in redelijkheid beding tegen zich moet laten gelden. Aard van het geval. Bijzondere aard van relatie. Opgewekt vertrouwen dat exoneratiebeding kan worden ingeroepen. Verwijzing naar Hoge Raad 9 juni 1989, NJ 1990, 40. Monopoliepositie stuwadoor.

Evenals naar Nederlands recht geldt naar het recht van de Nederlandse Antillen het beginsel dat contractuele bedingen alleen van kracht zijn tussen handelende partijen. Onder bepaalde omstandigheden kan dit beginsel uitzondering lijden en moet een derde een contractueel beding in redelijkheid tegen zich laten gelden. Voor een zodanige uitzondering moet voldoende rechtvaardiging kunnen worden gevonden in de aard van het desbetreffende geval en daarbij dient ook het wettelijk stelsel in het oog te worden gehouden (vgl. HR 20 juni 1986, NJ 1987, 35 en HR 9 juni 1989, NJ 1990, 40). De invoering van de Boeken 3, 5 en 6 van het nieuwe Nederlandse BW heeft op dit punt geen wijziging in het geldende recht meegebracht. Het wel ingrijpend gewijzigde Nederlandse recht inzake (zee)vervoer van goederen heeft het stelsel van de wet niet veranderd ten gunste van zelfstandige opdrachtnemers, zoals stuwadoors, die bij de uitvoering van overeenkomsten van (zee)vervoer van goederen worden ingeschakeld.
Het wettelijk stelsel geeft geen aanknopingspunten voor de opvatting dat in gevallen waarin goederen in afwachting van (door-)vervoer over zee zijn toevertrouwd aan een stuwadoor of opslagbedrijf, bij het ontbreken van bijzondere omstandigheden als bedoeld in HR 7 maart 1969, NJ 1969, 249 en HR 12 januari 1979, NJ 1979, 362, werking tegenover derden zou moeten worden toegekend aan tussen de stuwadoor of het opslagbedrijf en zijn opdrachtgever overeengekomen bedingen strekkende tot beperking van aansprakelijkheid van eerstgenoemde (vgl. NJ 1990, 40). Hetzelfde moet worden aangenomen wanneer over zee vervoerde goederen na aankomst van het schip voor lossing, opslag en verder vervoer zijn toevertrouwd aan een stuwadoor.
Het beginsel van concordantie van rechtspraak brengt met zich dat wat betreft het vraagstuk van doorwerking van exoneratiebedingen, de positie van bij zeevervoer ingeschakelde zelfstandige opdrachtnemers zoals stuwadoors naar het recht van de Nederlandse Antillen niet anders dient te worden beoordeeld dan naar Nederlands recht en dat de in vermelde rechtspraak van de Hoge Raad aanvaarde opvatting mede van toepassing is op verhoudingen die door Nederlands-Antilliaans recht worden beheerst.
Het Hof is niet met zoveel woorden ingegaan op de vraag of doorwerking jegens ODS van de door CPS jegens haar opdrachtgever bedongen exoneratie strookt met het wettelijk stelsel voor zover dit betrekking heeft op de positie van bij (zee)vervoer ingeschakelde zelfstandige opdrachtnemers zoals stuwadoors, doch zijn overwegingen geven geen grond voor de veronderstelling dat het dit stelsel niet in het oog zou hebben gehouden. Het heeft immers, na met juistheid te hebben vooropgesteld dat het beginsel dat contractuele bedingen alleen van kracht zijn tussen handelende partijen, slechts uitzondering kan lijden indien hiertoe een voldoende rechtvaardiging kan worden gevonden in de aard van het desbetreffende geval, vervolgens onderzocht of een zodanige uitzondering kan worden gerechtvaardigd door een op gedragingen van ODS terug te voeren vertrouwen van CPS dat zij het exoneratiebeding zou kunnen inroepen ter zake van haar door haar contractuele wederpartij toevertrouwde goederen, dan wel door de bijzondere aard van de relatie waarin ODS stond tot CPS. Aldus heeft het Hof, in overeenstemming met voormeld arrest van 9 juni 1989, onderzocht of zich te dezen bijzondere omstandigheden voordoen die meebrengen dat het onderhavige geval zich op één lijn laat stellen met gevallen als die waarop de arresten van 7 maart 1969 en 12 januari 1979 betrekking hadden. Het

Hof is niet ervan uitgegaan dat het in beginsel zou stroken met het wettelijk stelsel om aan te nemen dat aan stuwadoors tegenover ladingbelanghebbenden, met wie zij geen contractuele band hebben, in het algemeen een beroep op exoneratiebedingen in de stuwadoorsvoorwaarden toekomt. Het in een concreet geval te geven antwoord op de vraag of sprake is van een op gedragingen van de derde (ladingbelanghebbende) terug te voeren vertrouwen van de stuwadoor, of van een bijzondere relatie als vorenbedoeld, hangt mede af van een waardering van de feiten, zodat de juistheid van dat antwoord in cassatie slechts in beperkte mate kan worden getoetst.
Het Hof heeft met het oordeel dat door toedoen van ODS bij CPS het vertrouwen is gewekt dat CPS haar wederpartij bevoegd mocht achten tot het sluiten van de overeenkomst, nu onder andere gesteld noch gebleken is dat ODS bijzondere instructies heeft gegeven om zich niet jegens CPS te verbinden, niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Hieraan doet niet af dat CPS als stuwadoor een monopoliepositie heeft.

ODS BV te Barendrecht,
eiseres tot cassatie,
advocaat: mr. J.K. Franx,
tegen
Curaçao Port Services NV te Curaçao, Nederlandse
Antillen,
verweerster in cassatie,
advocaat: mr. R.S. Meijer.

(...)

3. Beoordeling van het middel
3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.
i. ODS heeft een partij buizen "cif free plant Kodela" verkocht aan Kodela N.V., een op Curaçao gevestigde vennootschap.
ii. Het transport overzee is door ODS via Vertom Scheepvaart & Handelmij. B.V. opgedragen aan Europe Caribbean Line N.V. (hierna: ECL).
iii. De buizen zijn vervoerd met het m.s. "Sungreen" en op Curaçao in opdracht van scheepsagent Anthony Veder N.V. (hierna: Veder) gelost door CPS, de enige stuwadoor in de haven van Curaçao.
iv. CPS heeft de buizen opgeslagen op haar terrein en geladen op vrachtauto's die de buizen bij Kodela hebben afgeleverd.
v. Bij de lossing is gebruik gemaakt van de scheepskraan; voor de andere handelingen heeft CPS gebruik gemaakt van vorkheftrucks.
vi. Na lossing uit het schip en aankomst op het terrein van Kodela bleek een gedeelte van de buizen beschadigd.
3.2. ODS houdt CPS aansprakelijk voor de schade aan de buizen, daartoe aanvoerende dat de schade is ontstaan door een verkeerde handelwijze van CPS, met name hierin bestaande dat de buizen na lossing in strijd met uitdrukkelijke instructies zijn vervoerd door middel van vorkheftrucks met onbeschermde lepels. Zij heeft tegen CPS de hiervoor onder 1 vermelde vordering ingesteld.
CPS heeft de vordering bestreden, tot haar verweer aanvoerende, samengevat en voor zover in cassatie van belang: dat CPS zich jegens ODS kan beroepen op het exoneratiebeding dat zij in haar algemene voorwaarden heeft opgenomen; dat deze voorwaarden deel uitmaakten van haar overeenkomst met Veder; dat Veder is opgetreden voor ODS dan wel dat ODS als contractueel betrokken derde moet worden beschouwd.
Het Gerecht in Eerste Aanleg heeft bij zijn eindvonnis de vordering afgewezen. Het oordeelde dat ODS de algemene voorwaarden van CPS tegen zich moet laten gelden.
Het Hof heeft in rov. 5.3 van zijn tussenvonnis vooropgesteld dat geen contractuele band bestaat tussen ODS en CPS, en heeft in rov. 5.4 geoordeeld dat op basis van de in deze rechtsoverweging vermelde feiten Veder bij CPS het gerechtvaardigde vertrouwen heeft gewekt dat CPS haar werkzaamheden ten behoeve van Veder, althans ECL, onder toepasselijkheid van haar algemene voorwaarden zou verrichten, zodat het Gerecht in Eerste Aanleg terecht heeft overwogen dat de algemene voorwaarden van CPS deel uitmaken van de overeenkomst tussen Veder, althans ECL, en CPS. Vervolgens heeft het Hof geoordeeld dat de algemene voorwaarden van CPS kunnen doorwerken in de relatie ODS-CPS (rov. 5.5), maar dat het denkbaar is dat CPS zou handelen in strijd met de goede trouw door zich ter afwering van haar aansprakelijkheid op haar algemene voorwaarden te beroepen in het geval dat zij uitdrukkelijk in strijd met aan haar gegeven instructies haar loswerkzaamheden heeft verricht, en daarbij schade heeft veroorzaakt (rov. 5.6). Met betrek-

king tot dit laatste liet het Hof ODS tot bewijslevering toe.
Bij zijn eindvonnis heeft het Hof geoordeeld dat niet bewezen is dat reeds vóór de aankomst van de "Sungreen" met CPS expliciet is besproken dat de lepels van de vorkheftrucks dienden te worden omzwachteld, laat staan dat CPS daartoe toen is geïnstrueerd. Voorts oordeelde het Hof dat zich ook geen andere feiten of omstandigheden hebben voorgedaan die zouden maken dat het CPS niet vrijstaat zich te beroepen op de door haar bedongen exoneratie. Het Hof bevestigde het eindvonnis van de Rechtbank.
3.3.1. Het Hof heeft in rov. 5.5 van zijn tussenvonnis met betrekking tot het beroep van CPS op derdenwerking van haar algemene voorwaarden het volgende tot uitgangspunt genomen:
"Aan een dergelijke derdenwerking dienen bijzondere voorwaarden te worden gesteld in verband met het beginsel dat contractuele bedingen alleen van kracht zijn tussen handelende partijen. Dit beginsel kan slechts uitzondering lijden indien hiertoe een voldoende rechtvaardiging kan worden gevonden in de aard van het desbetreffende geval.
Hierbij valt te denken aan het op gedragingen van de derde terug te voeren vertrouwen van degene die zich op het beding beroept, dat hij dit beding zal kunnen inroepen terzake van hem door zijn wederpartij toevertrouwde goederen, alsmede aan de aard van de overeenkomst en van het desbetreffende beding in verband met de bijzondere relatie waarin de derde staat tot degene die zich op het beding beroept.
Gesteld noch gebleken is dat ODS haar vervoerder ECL bijzondere instructies heeft gegeven om zich niet jegens CPS te verbinden volgens de gebruikelijke voorwaarden. Het Hof gaat er daarom van uit dat ECL de vrije hand had om het vervoer van de buizen op adequate wijze te regelen en ECL heeft dit via haar agent Veder ook gedaan. Het is niet gebleken dat de belangen van ODS hierbij zijn veronachtzaamd, met name gelet op de omstandigheid dat CPS het enige bedrijf is dat in de haven van Curaçao stuwadoorswerkzaamheden verricht en daarbij sinds 1986 haar algemene voorwaarden gebruikt.
ODS heeft de buizen 'cif free plant Kodela' aan Kodela N.V. verkocht. Dit betekent dat zij gehouden was om het vervoer tot aan het fabrieksterrein van Kodela N.V. voor haar rekening en risico te (doen) verzorgen. Daaronder vielen de lossing en het transport van de buizen in de haven van Curaçao.
ODS was opdrachtgeefster voor het gehele vervoerstraject en had als zodanig een belang bij een goede uitvoering van haar opdracht door de opeenvolgende schakels in de vervoersketen."
3.3.2. Vervolgens heeft het Hof uit een reeks in rov. 5.5 vermelde feiten en omstandigheden afgeleid dat ODS over de lossing en verdere behandeling van de buizen van meet af aan supervisie heeft uitgeoefend en over haar bevindingen met CPS overleg heeft gevoerd. Hierdoor, aldus het Hof, heeft ODS zich "bij de uitvoering van de contractuele verplichtingen van CPS jegens Veder, althans ECL, duidelijk ten opzichte van CPS als ladingbelanghebbende gemanifesteerd en daarbij in de letterlijke zin haar eigen belangen bewaakt". Na in aansluiting hierop te hebben overwogen dat ODS aldus ermee heeft ingestemd "dat CPS als stuwadoor optrad", en dat ODS hierdoor "als partij in de vervoersketen jegens CPS (is) gaan optreden en (...) zich naderhand niet als buitenstaander en niet-betrokken derde (kan) opstellen", overwoog het Hof als volgt:
"Voormelde feiten leiden tot de conclusie dat tussen CPS en ODS een bijzondere relatie bestond die kan rechtvaardigen dat CPS zich ten opzichte van ODS kan beroepen op de algemene voorwaarden die onderdeel waren van haar overeenkomst met Veder. Bovendien zijn deze voorwaarden en de daarin vervatte exoneraties niet van dien aard dat ODS daarmee geen rekening had behoeven te houden.
De slotsom dient te zijn dat de algemene voorwaarden van CPS zoals toepasselijk op haar overeenkomst met Veder, althans ECL, kunnen doorwerken in de relatie ODS-CPS."
3.4. De in het middel onder B.1 aangevoerde klachten houden in, kort samengevat, dat het Hof in de derde hiervoor in 3.3.1 uit 's Hofs rov. 5.5 geciteerde alinea, en elders in zijn vonnissen, heeft miskend:
a dat juist wegens de monopolie- en machtspositie van CPS als enige stuwadoor in de haven van Curaçao, derdenwerking van de algemene voorwaarden van CPS jegens ODS niet gerechtvaardigd is;
b dat deze derdenwerking ook niet past in het stelsel van de wet betreffende de overeenkomst van zeevervoer, welk stelsel niet voorziet in bescherming van zelfstandige opdrachtnemers zoals

stuwadoors door verlening van derdenwerking aan exoneratieclausules.
3.5. Bij de beoordeling van die klachten moet het volgende tot uitgangspunt worden genomen.
Evenals naar Nederlands recht, geldt naar het recht van de Nederlandse Antillen het – aldaar nog uitdrukkelijk in de wet (art. 1357 BWNA) vastgelegde – beginsel dat contractuele bedingen alleen van kracht zijn tussen handelende partijen. Naar het recht van beide landen kan dit beginsel onder bepaalde omstandigheden uitzondering lijden in dier voege dat een derde een contractueel beding in redelijkheid tegen zich moet laten gelden.
De Hoge Raad heeft, nog onder vigeur van het voor 1 januari 1992 in Nederland geldende recht, in zijn arresten van 20 juni 1986, nr. 12640, NJ 1987, 35, en van 9 juni 1989, nr. 13560, NJ 1990, 40, geoordeeld dat voor zodanige uitzondering voldoende rechtvaardiging moet kunnen worden gevonden in de aard van het desbetreffende geval, en dat daarbij ook het wettelijk stelsel in het oog moet worden gehouden. De invoering van de Boeken 3, 5 en 6 van het nieuwe Nederlandse BW heeft op dit punt geen wijziging van het geldende recht meegebracht.
Wel is het in Nederland geldende recht inzake (zee)vervoer van goederen door de invoering van Boek 8 BW per 1 april 1991 ingrijpend gewijzigd. Dit heeft echter, zoals is uiteengezet in de conclusie van de Advocaat-Generaal Strikwerda onder 19, het stelsel van de wet niet veranderd ten gunste van zelfstandige opdrachtnemers, zoals stuwadoors, die bij de uitvoering van overeenkomsten van (zee)vervoer van goederen worden ingeschakeld.
Zoals de Hoge Raad in zijn hiervoor vermelde arrest van 9 juni 1989 heeft overwogen, geeft het wettelijk stelsel geen aanknopingspunten voor de opvatting dat in gevallen waarin goederen in afwachting van (door-)vervoer over zee zijn toevertrouwd aan een stuwadoor of opslagbedrijf, bij ontbreken van bijzondere omstandigheden als bedoeld in HR 7 maart 1969, NJ 1969, 249, en HR 12 januari 1979, NJ 1979, 362, werking tegenover derden – belanghebbenden bij die goederen – zou moeten worden toegekend aan tussen de stuwadoor of het opslagbedrijf en zijn opdrachtgever overeengekomen bedingen strekkende tot beperking van aansprakelijkheid van eerstgenoemde. Hetzelfde moet worden aangenomen ingeval, zoals hier, over zee vervoerde goederen na aankomst van het schip voor lossing, opslag en verder vervoer zijn toevertrouwd aan een stuwadoor.
Het aan art. 23 van het Statuut voor het Koninkrijk, in verbinding met art. 1 van de Cassatieregeling voor de Nederlandse Antillen en Aruba, ten grondslag liggende beginsel van concordantie van rechtspraak brengt mee dat, wat betreft het vraagstuk van doorwerking van exoneratiebedingen, de positie van bij zeevervoer ingeschakelde zelfstandige opdrachtnemers zoals stuwadoors naar het recht van de Nederlandse Antillen niet anders dient te worden beoordeeld dan naar Nederlands recht, en dat de in de hiervoor vermelde rechtspraak van de Hoge Raad aanvaarde opvatting mede van toepassing is op verhoudingen die door Nederlands-Antilliaans recht worden beheerst.
3.6.1. De in 3.4 met b. aangeduide klacht, die eerst zal worden behandeld, komt erop neer dat het Hof het wettelijk stelsel heeft miskend door aan CPS jegens ODS een beroep op de exoneratieclausule in de algemene voorwaarden van CPS toe te staan.
De klacht kan niet tot cassatie leiden. Het Hof is in rov. 5.5 van zijn tussenvonnis weliswaar niet met zoveel woorden ingegaan op de vraag of doorwerking jegens ODS van de door CPS tegenover haar opdrachtgever bedongen exoneratie strookt met het wettelijk stelsel voor zover dit betrekking heeft op de positie van bij (zee)vervoer ingeschakelde zelfstandige opdrachtnemers zoals stuwadoors, doch 's Hofs overwegingen geven geen grond voor de veronderstelling dat het dit stelsel niet in het oog zou hebben gehouden.
Het Hof heeft immers, na met juistheid te hebben vooropgesteld dat het beginsel dat contractuele bedingen alleen van kracht zijn tussen handelende partijen, slechts uitzondering kan lijden indien hiertoe een voldoende rechtvaardiging kan worden gevonden in de aard van het desbetreffende geval, vervolgens onderzocht of een zodanige uitzondering kan worden gerechtvaardigd door een op gedragingen van ODS terug te voeren vertrouwen van CPS dat zij het exoneratiebeding zou kunnen inroepen ter zake van haar door haar contractuele wederpartij toevertrouwde goederen, dan wel door de bijzondere aard van de relatie waarin ODS stond tot CPS. Het Hof heeft dus, in overeenstemming met het in voormeld arrest van 9 juni 1989 (rov. 3.3, vierde alinea) overwogene, onderzocht of zich te dezen bijzondere omstandigheden voordoen die meebrengen dat het

onderhavige geval zich op één lijn laat stellen met gevallen als die waarop de arresten van 7 maart 1969 en 12 januari 1979 betrekking hadden. Het Hof is niet ervan uitgegaan dat het in beginsel zou stroken met het wettelijk stelsel, aan te nemen dat aan stuwadoors tegenover ladingbelanghebbenden met wie zij geen contractuele band hebben, in het algemeen een beroep op exoneratiebedingen in de stuwadoorsvoorwaarden toekomt.
Het in een concreet geval te geven antwoord op de vraag of sprake is van een op gedragingen van de derde (ladingbelanghebbende) terug te voeren vertrouwen van de stuwadoor, of van een bijzondere relatie als vorenbedoeld, hangt mede af van een waardering van de feiten, zodat de juistheid van dat antwoord in cassatie slechts in beperkte mate kan worden getoetst. Dit in aanmerking genomen, kan niet worden gezegd dat 's Hofs door klacht b. bestreden oordeel blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel is ook niet onbegrijpelijk, noch onvoldoende gemotiveerd.
3.6.2. De in 3.4 met a. aangeduide klacht is eveneens tevergeefs voorgesteld.
De klacht strekt ten betoge dat het Hof ten onrechte eraan is voorbijgegaan dat, nu CPS als stuwadoor een monopoliepositie in de haven van Curaçao heeft, Veder/ECL geen alternatief had voor het inschakelen van CPS en dat daarom niet kan worden gezegd dat ODS aan Veder/ECL "de vrije hand" heeft gelaten. Dit betoog mist doel. Het Hof zag zich gesteld voor de vraag of mede door toedoen van ODS bij CPS het vertrouwen is gewekt dat CPS haar wederpartij (Veder/ECL) bevoegd mocht achten tot het sluiten van de overeenkomst. Het heeft, in cassatie niet bestreden, vastgesteld dat gesteld noch gebleken is dat ODS aan ECL bijzondere instructies heeft gegeven om zich niet jegens CPS te verbinden, en dat ODS over de lossing en verdere behandeling van de buizen door CPS van meet af aan de supervisie heeft gehouden en over haar bevindingen met CPS overleg heeft gepleegd. Door op grond daarvan te oordelen dat het bedoelde vertrouwen bij CPS is gewekt door toedoen van ODS, heeft het Hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Hieraan doet niet af dat CPS als stuwadoor een monopoliepositie heeft. 's Hofs oordeel is ook niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering.
3.7. Onderdeel B.2 klaagt dat 's Hofs overweging (tussenvonnis, rov. 5.5, tiende alinea, laatste zin) dat ODS "als partij in de vervoersketen jegens CPS (is) gaan optreden en (...) zich naderhand niet als buitenstaander en niet-betrokken derde (kan) opstellen", onverenigbaar is met het slot van rov. 5.3 van het tussenvonnis, waarin het Hof heeft geoordeeld dat tussen ODS en CPS geen contractuele band bestaat.
De klacht faalt. Het Hof is in zijn bestreden overweging niet teruggekomen van zijn eerdere conclusie dat ODS geen partij bij de overeenkomst met CPS is, maar heeft – gebruikmakend van in de literatuur over derdenwerking gebezigde terminologie – geoordeeld dat ODS als een bij die overeenkomst "betrokken derde" moet worden aangemerkt. Van onverenigbaarheid van de beide oordelen is dan ook geen sprake.
3.8. Onderdeel B.3 bouwt voort op de hiervoor ongegrond bevonden klachten en kan dus evenmin tot cassatie leiden.

4. Beslissing
De Hoge Raad:
verwerpt het beroep;
veroordeelt ODS in de kosten van het geding in cassatie (...).

NOOT

1. Feiten
ODS heeft een partij buizen verkocht aan Kodela. De verkoop vond "cif free plant Kodela" plaats. Dit houdt in dat ODS verplicht was het vervoer tot aan het fabrieksterrein van Kodela voor haar rekening en risico te (doen) verzorgen. In opdracht van ODS heeft ECL de buizen met m.s. "Sungreen" vervoerd naar Curaçao. Aldaar zijn de buizen in opdracht van scheepsagent Veder gelost door stuwadoor CPS, het enige stuwadoorsbedrijf in de haven van Curaçao. CPS heeft de buizen op haar terrein opgeslagen en geladen op vrachtauto's die de buizen bij Kodela hebben afgeleverd. Bij haar werkzaamheden heeft zij gebruik gemaakt van de scheepskraan en van vorkheftrucks. Na de lossing uit het schip en de aankomst op het terrein van Kodela bleek een gedeelte van de buizen te zijn beschadigd.

2. Geschil
ODS stelt dat CPS verkeerd heeft gehandeld en vordert van haar vergoeding van de schade aan de buizen. CPS verweert zich onder meer met een beroep op het exoneratiebeding dat zij is

overeengekomen met scheepsagent Veder. Rechtbank, Hof en Hoge Raad oordelen dat het exoneratiebeding in casu (in beginsel) aan ODS kan worden tegengeworpen.
De redenering van de Hoge Raad (en het Hof) kan als volgt worden geparafraseerd. Naar Nederlands en Antilliaans recht geldt het beginsel dat contractuele bedingen alleen van kracht zijn tussen handelende partijen (het relativiteitsbeginsel; vgl. art. 1376 BW-oud en art. 1357 BWNA). Dit beginsel kan onder bepaalde omstandigheden uitzondering lijden, in dier voege dat een derde een contractueel beding in redelijkheid tegen zich moet laten gelden. Voor het oude recht van vóór 1992 en het huidige burgerlijk recht geldt dat voor een dergelijke uitzondering voldoende rechtvaardiging moet kunnen worden gevonden in de aard van het desbetreffende geval. Daarbij moet ook het wettelijk stelsel in het oog worden gehouden. Dit stelsel geeft geen aanknopingspunten voor de opvatting dat een stuwadoor aan wie goederen zijn toevertrouwd, door hem gemaakte exoneratiebedingen kan tegenwerpen aan derde-belanghebbenden in gevallen waarin bijzondere omstandigheden als bedoeld in HR 7 maart 1969, NJ 1969, 249 ("Gegaste uien"-arrest), en HR 12 januari 1979, NJ 1979, 362 (Securicor-arrest) ontbreken. Voor doorwerking van exoneratiebedingen is derhalve slechts plaats indien sprake is van bijzondere omstandigheden.
Deze benadering van de Hoge Raad (en het Hof) past in de lijn van de jurisprudentie sinds het "Gegaste uien"-arrest. Zie naast dit en het reeds genoemde Securicor-arrest o.a. HR 20 juni 1986, NJ 1987, 35, nt. G., AA 1986, blz. 775 e.v., nt. S.C.J.J. Kortmann (Citronas-arrest) en HR 9 juni 1989, NJ 1990, 40, nt. JLP Cahen ("Gestolen hammen"). Over deze jurisprudentie is veel geschreven. Zie voor literatuurverwijzingen de conclusie van A-G Strikwerda, nr. 10. Uit de rechtspraak, blijkt dat de Hoge Raad voor de vraag of een uitzondering gerechtvaardigd is onder meer van belang acht (zie voor een opsomming de conclusie van A-G Strikwerda, nrs. 11 en 12):
– of er sprake van op gedragingen van de derde gebaseerd vertrouwen van degene die zich op het beding beroept, dat hij dit beding zal kunnen inroepen ter zake van hem door zijn wederpartij toevertrouwde goederen (vgl. het "Gegaste uien"-arrest);
– de aard van de overeenkomst en van het betreffende beding in verband met de bijzondere relatie waarin de derde staat tot degene die zich op het beding beroept (vgl. het Securicor-arrest);
– het stelsel van de wet (vgl. het Citronas-arrest en het "Gestolen hammen"-arrest).
De eerste twee criteria vindt men ook terug in de overwegingen van het Hof (zie citaat Hoge Raad in r.o. 3.3.1). Toetsend aan deze criteria komt het Hof tot de conclusie dat tussen CPS (de exonerant) en ODS (de derde) een bijzondere relatie bestond die kan rechtvaardigen dat CPS zich ten opzichte van ODS kan beroepen op het exoneratiebeding dat onderdeel uitmaakte van de overeenkomst met Veder. Voor het Hof zijn de volgende feitelijke omstandigheden doorslaggevend:
a. Gesteld noch gebleken is dat ODS haar vervoerder ECL bijzondere instructies heeft gegeven om zich niet jegens CPS te verbinden volgens de gebruikelijke voorwaarden; ECL had de vrije hand om het vervoer van de buizen op adequate wijze te regelen;
b. ODS was opdrachtgeefster voor het gehele vervoerstraject en had als zodanig een belang bij een goede uitvoering van haar opdracht door de opeenvolgende schakels in de vervoersketen;
c. ODS heeft over de lossing en de verdere behandeling van de buizen van meet af aan supervisie uitgeoefend en over haar bevindingen met CPS overlegd; aldus heeft ODS zich ten opzichte van CPS als ladingbelanghebbende gemanifesteerd en daarbij in letterlijke zin haar eigen belangen bewaakt; bovendien heeft ODS aldus ermee ingestemd dat CPS als stuwadoor optrad.
De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep. In r.o. 3.6.2 overweegt hij dat het Hof zich gesteld zag "voor de vraag of mede door toedoen van ODS bij CPS het vertrouwen is gewekt dat CPS haar wederpartij (Veder/ECL) bevoegd mocht achten tot het sluiten van de overeenkomst" (markering SK). De Hoge Raad herhaalt vervolgens de hiervoor onder a. en b. genoemde feitelijke omstandigheden en overweegt dat het Hof niet heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door op grond van die omstandigheden te oordelen dat het bedoelde vertrouwen bij CPS is gewekt door toedoen van ODS.

3. Rechtsonzekerheid

Het lijkt zo eenvoudig. Hoofdregel is dat exoneratiebedingen alleen gelden tussen handelende partijen. Voor een uitzondering moet voldoende

rechtvaardiging in het desbetreffende geval kunnen worden gevonden. Het onderhavige arrest laat zien dat het geenszins eenvoudig is te bepalen wanneer een uitzondering gerechtvaardigd is. De overweging van de Hoge Raad in r.o. 3.6.2 lijkt in te houden dat de stuwadoor CPS haar exoneratiebeding mag tegenwerpen aan de ladingbelanghebbende ODS, indien de ladingbelanghebbende ODS bij CPS het vertrouwen heeft gewekt dat haar wederpartij Veder (of ECL) bevoegd was tot het sluiten van de overeenkomst met betrekking tot de goederen. Deze formulering wekt de indruk dat er plaats is voor derdenwerking van exoneratiebedingen, indien de wederpartij van de exonerant bevoegd was met betrekking tot de goederen een overeenkomst aan te gaan of indien de derde-ladingbelanghebbende bij de exonerant de schijn had gewekt dat de wederpartij tot het aangaan van de overeenkomst met betrekking tot de goederen bevoegd was. De vergelijking met de bepaling van art. 3:291 lid 2 BW dringt zich op. Volgens deze bepaling kan het retentierecht tegen derden met een ouder recht worden ingeroepen, indien de vordering van de retentor voortspruit uit een overeenkomst die de schuldenaar bevoegd was met betrekking tot de zaak aan te gaan, of hij geen reden had om aan de bevoegdheid van de schuldenaar te twijfelen. Ik vraag mij af of een zo ruime derdenwerking van exoneratieclausules door de Hoge Raad is bedoeld. ODS had aan ECL het vervoer van de buizen opgedragen en daarbij aan ECL de vrije hand gelaten om dit vervoer op adequate wijze te regelen. ECL heeft bij de uitvoering van de vervoersovereenkomst stuwadoor ECL als hulppersoon ingeschakeld. Bij vervoer is inschakeling van hulppersonen eerder regel dan uitzondering. De vervoerder is hiertoe in de regel bevoegd. Hij mag ook bevoegd geacht worden de overeenkomsten met de hulppersonen op gebruikelijke voorwaarden af te sluiten. In casu heeft ECL dit door tussenkomst van scheepsagent Veder ook gedaan. Ik zou dan ook willen aannemen dat ECL c.q. Veder zonder meer bevoegd was de overeenkomst met stuwadoor CPS onder toepasselijkheid van diens algemene voorwaarden (waaronder het exoneratiebeding) te sluiten. Stuwadoors zullen er in de regel op mogen vertrouwen dat vervoerders of scheepsagenten bevoegd zijn gebruikelijke overeenkomsten met hen aan te gaan. Deze bevoegdheid bestaat immers in de regel. Bijzondere omstandigheden zijn niet nodig om een dergelijke bevoegdheid te mogen aannemen. Indien de Hoge Raad daadwerkelijk bedoelt dat derdenwerking van exoneratiebedingen moet worden aanvaard, indien de wederpartij van de stuwadoor de overeenkomst bevoegdelijk met de stuwadoor is aangegaan, heeft dit tot gevolg dat stuwadoors door hen bedongen aansprakelijkheidsbedingen vrijwel steeds aan de ladingbelanghebbenden zullen kunnen tegenwerpen. Deze constatering is niet verenigbaar met hetgeen de Hoge Raad overweegt in r.o. 3.5. Daar geeft hij aan dat het wettelijk stelsel geen aanknopingspunten biedt voor de opvatting dat een stuwadoor aan wie goederen zijn toevertrouwd, door hem gemaakte exoneratiebedingen kan tegenwerpen aan derde-belanghebbenden in gevallen waarin bijzondere omstandigheden ontbreken. Het criterium dat bij de stuwadoor door toedoen van de ladingbelanghebbende de schijn is gewekt dat de wederpartij van de stuwadoor bevoegd was met betrekking tot de goederen de overeenkomst aan te gaan, is mijns inziens te ruim. Indien dit het beslissende criterium is, wordt ruim baan gemaakt voor derdenwerking van exoneratiebedingen. Zelfstandige hulppersonen – men denke niet alleen aan stuwadoors, maar bijvoorbeeld ook aan onderaannemers en onderopdrachtnemers – zullen door hen met hun wederpartijen gemaakte exoneratiebedingen kunnen tegenwerpen aan derde-belanghebbenden indien hun wederpartijen bevoegd waren de overeenkomsten met de hulppersoon af te sluiten of schijn van bevoegdheid is gebaseerd op door de derde-belanghebbenden gewekt vertrouwen. Het criterium voor doorwerking is enger. Beslissend is of er sprake is van op gedragingen van de derde terug te voeren vertrouwen van de exonerant dat hij dit beding zal kunnen inroepen ter zake van hem door zijn wederpartij toevertrouwde goederen. Een stuwadoor die optreedt als hulppersoon van de vervoerder, zal niet snel mogen vertrouwen dat hij een door hem gemaakt exoneratiebeding kan tegenwerpen aan de ladingbelanghebbende, ook niet indien hij mocht aannemen dat zijn wederpartij bevoegd was de overeenkomst met betrekking tot de goederen aan te gaan. Er moet sprake zijn van bijzondere omstandigheden waardoor dit vertrouwen is gerechtvaardigd. Zoals hiervoor beschreven nemen Hof en Hoge Raad aan dat de bijzondere omstandigheden van dit geval doorwerking rechtvaardi-

gen. Een andere beslissing had ik mij zeer goed kunnen voorstellen. De door het Hof genoemde feitelijke omstandigheden, waarvan de Hoge Raad er slechts een tweetal aanhaalt, zijn niet zo bijzonder. Het verbaast mij dan ook niet dat A-G Strikwerda concludeert tot vernietiging en verwijzing, opdat alsnog wordt onderzocht of bijzondere omstandigheden zich in het onderhavige geval voordoen.
Ook langs een andere weg kan men beredeneren dat de stuwadoor in een geval als het onderhavige zijn exoneratiebeding in beginsel niet kan tegenwerpen aan een ladingbelanghebbende. De vervoerder die hij gebruikt ter uitvoering van zijn werkzaamheden (de hulppersoon) treedt in zekere mate als een maatschappelijke eenheid naar buiten. Indien de vervoerder ook het laden en lossen op zich heeft genomen en hij hiervoor een stuwadoor inschakelt, behoort de laatste tot de "vervoerseenheid". De voorwaarden waaronder de ladingbelanghebbende en de vervoerder het vervoer zijn overeengekomen, zouden mijns inziens voor de gehele vervoerseenheid moeten gelden; aansprakelijkheidsbedingen die binnen de keten van de vervoerseenheid zijn overeengekomen, treffen de ladingbelanghebbende niet. Anderzijds zou iedere schakel uit de vervoerseenheid een beroep moeten kunnen doen op exoneratiebedingen uit de hoofdovereenkomst, zijnde de vervoersovereenkomst die de ladingbelanghebbende met de vervoerder heeft gesloten. Vgl. S.C.J.J. Kortmann, "Derden"-werking van aansprakelijkheidsbedingen, Kluwer-Deventer (1977), blz. 113–114.

S.C.J.J. Kortmann

45

JOR 2002/45

Hoge Raad
21 december 2001, R00/055HR,
ECLI:NL:HR:2001:AD7366
(Mr. Van Erp Taalman Kip-Nieuwenkamp, Mr. Herrmann, Mr. Aaftink, Mr. Pos, Mr. Hammerstein)
(Concl. A-G Bakels, niet opgenomen; red.)
Noot B. Wessels

Antilliaanse zaak. Algemene voorwaarden. In casu moet de onzorgvuldigheid van de bank als dermate ernstig worden aangemerkt, dat zij zich ter afwering van haar aansprakelijkheid niet te goeder trouw kan beroepen op de exoneratieclausule in haar algemene voorwaarden.

[BW art. 6:231 e.v.]

Aan de orde is de vraag of de bank bij de uitvoering van betalingsopdrachten de jegens de vennootschap te verlangen zorgvuldigheid heeft betracht. Het hof heeft geoordeeld dat het belang van een snel en soepel betalingsverkeer weliswaar grenzen stelt aan het onderzoek dat van een bank verlangd mag worden bij het uitvoeren van betalingsopdrachten, maar in dit geval waren er zodanig duidelijke aanwijzingen dat de opdrachtgever in weerwil van zijn statutaire bevoegdheid niet de (interne) bevoegdheid bezat om namens de vennootschap aan de bank de onderhavige betalingsopdrachten te verstrekken, dat de bank die opdrachten niet zonder nader onderzoek had behoren uit te voeren. Onder voormelde omstandigheden moet, naar het oordeel van het hof, de onzorgvuldigheid van de bank als dermate ernstig worden aangemerkt, dat de bank zich ter afwering van haar aansprakelijkheid jegens de vennootschap ook niet te goeder trouw kan beroepen op de exoneratieclausule in haar algemene voorwaarden. Daarbij heeft het hof onder andere in aanmerking genomen dat bedoelde bepaling een vrij vergaande exoneratie van de bank inhoudt. Het hof heeft met dit oordeel niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

Het oordeel kan, verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard, in cassatie niet verder op juistheid worden getoetst. Het is voorts noch onbegrijpelijk noch onvoldoende gemotiveerd.
Het hof heeft niet miskend dat partijen verplicht zijn zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid. Voorts heeft het hof bij de beantwoording van de vraag of het beroep van de bank op het beding in haar voorwaarden in strijd is met de eisen van redelijkheid en billijkheid, alle – in het licht van het debat van partijen in de feitelijke instanties – relevante omstandigheden in aanmerking genomen. Dit nauw met de waardering van de feiten verweven oordeel van het hof geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

Maduro & Curiel's Bank NV te Curaçao, Nederlandse Antillen,
verzoekster tot cassatie,
advocaat: (aanvankelijk mr. S.V. Langeveld, thans) mr. D.M. Knijff,
tegen
Lowstate Investments NV te Curaçao, Nederlandse Antillen,
verweerster in cassatie,
advocaat: mr. J. van Duijvendijk-Brand.

(...; *red.*)

3. Beoordeling van het middel
3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.
(i) Lowstate is op 21 februari 1986 opgericht. In juli 1990 had zij als directeuren D.P. Isebia en de naamloze vennootschap Leyden-Curaçao N.V. Laatstgenoemde naamloze vennootschap had in die periode twee directeuren, te weten Isebia voornoemd en F. de Marchena. Volgens de statuten van Lowstate mocht iedere directeur de vennootschap in en buiten rechte vertegenwoordigen, ook in geval van tegenstrijdig belang tussen de vennootschap en een of meer directeuren.
(ii) Lowstate heeft bij MCB een rekening-courant (Nederlandse guldensrekening) lopen. De rekening is geopend op 18 maart 1987. Het saldo dat zich op de rekening-courant bevond, was afkomstig van twee – inmiddels afgesloten – door Lowstate bij MCB aangehouden time-depositrekeningen. De fondsen van deze rekeningen waren afkomstig van J.F. Stouten, aandeelhouder van Lowstate.
(iii) Voor de twee op naam van Lowstate gestelde time-depositrekeningen zijn bij MCB twee handtekeningenkaarten ondertekend en ingeleverd zoals bedoeld in het hierna onder (vi) aangehaalde art. 2 van de tussen partijen geldende algemene voorwaarden van MCB. Op die kaarten stond aangegeven dat Stouten, diens vrouw en Leyden-Curaçao N.V. – de laatste slechts na accordering door Stouten, eventueel per fax – de vennootschap met hun handtekening kunnen binden.
(iv) In juli 1990 heeft Isebia aan MCB opdracht gegeven om *f* 40.002,50 en *f* 78.001,56 – in totaal derhalve *f* 118.004,06 – van de onder (ii) bedoelde rekeningcourant over te boeken naar een privé-rekening van Isebia en Isebia Trading N.V. (Isebia is directeur van Isebia Trading N.V. en diens broer is enig aandeelhouder).
(v) MCB heeft deze opdrachten uitgevoerd. Lowstate heeft in maart 1992 omtrent deze overboekingen gereclameerd.
Zij heeft verzocht de overboekingen ongedaan te maken.
MCB heeft dit geweigerd.
(vi) Op de verhouding tussen partijen zijn de algemene voorwaarden van MCB van toepassing. Deze voorwaarden bevatten onder meer de volgende bepalingen:
"*Artikel 2:* De cliënt staat in voor zijn handelingsbevoegdheid ten aanzien van de gelden en alle andere waarden, welke te zijnen name bij de bank berusten.
De cliënt is tegenover de Bank aansprakelijk voor alle schade welk de bank mocht lijden als gevolg van het niet of niet volledig bestaan van enige handelingsbevoegdheid, onder welke aansprakelijkheid is begrepen het vrijwaren van de Bank voor alle gevolgen jegens derden van het niet of niet volledig bestaan van enige handelingsbevoegdheid.
Aan de Bank dienen schriftelijk een of meer specimina te worden verstrekt van de handtekeningen van de cliënt en degene (n) die bevoegd is (zijn) om tezamen met, voor of namens de cliënt over de rekening of andere onder de Bank berustende waarden te beschikken en de cliënt in het verkeer met de Bank te vertegenwoordigen, met opgave van eventuele beperkingen in die bevoegdheden.
De cliënt zal zich tegenover de Bank er niet op kunnen beroepen, dat de hem door de Bank ter hand gestelde of toegezonden handtekeningenkaarten onjuist zijn ingevuld. De cliënt is, naast

zijn lasthebber, jegens de Bank aansprakelijk voor alle schade, die de Bank mocht lijden tengevolge van handelingen van degenen die hem jegens de Bank vertegenwoordigen."
"*Artikel 3:* (...) Tegenover de Bank kan geen beroep worden gedaan op inschrijvingen in het Handelsregister.
(...).
"*Artikel 21*: De cliënt is verplicht de hem door de Bank toegezonden rekeningafschriften, saldo opgaven, fondsenstaten, nota's, opgaven van wijzigingen in fondsen en andere waarden, of andere opgaven van de Bank, te verifiëren. Bij het constateren van een vergissing dient de cliënt de Bank onverwijld schriftelijk op de hoogte te stellen en aan herstel van de gemaakte vergissing mede te werken. Indien betwisting van een opgave door de cliënt niet heeft plaatsgevonden binnen dertig dagen nadat de opgave redelijkerwijs geacht kan worden door hem te zijn ontvangen, geldt zij als door hem goedgekeurd, en kan derhalve de cliënt de Bank niet meer aansprakelijk houden voor de gevolgen van onjuiste boekingen."
3.2 Lowstate en Stouten hebben gevorderd MCB te veroordelen aan Lowstate te betalen Naf. 118.004,06 met rente en aan Stouten te betalen schade nader op te maken bij staat. Aan hun vorderingen hebben zij, voor zover in cassatie van belang, ten grondslag gelegd dat MCB is tekortgeschoten in haar zorgplicht met betrekking tot de door Stouten aan MCB toevertrouwde gelden door in opdracht van een onbevoegde, Isebia, in strijd met speciale instructies en zonder toestemming van Stouten in juli 1990 in totaal een bedrag van *f* 118.004,06 af te boeken van de sinds 1987 bestaande rekening-courant van Lowstate, die een trust-rekening is, waarvan Stouten de begunstigde is.
MCB heeft ten verwere onder meer een beroep gedaan op art. 21 van haar algemene voorwaarden. Lowstate en Stouten hebben betoogd dat aan MCB in de omstandigheden van het onderhavige geval niet een beroep op die bepaling toekomt.
Het GEA heeft de vorderingen afgewezen. Het Hof heeft nadat de Hoge Raad op het cassatieberoep van Lowstate het vonnis van het Hof van 11 november 1997 had vernietigd en de zaak ter verdere behandeling en beslissing had verwezen naar dat Hof, het eindvonnis van het GEA vernietigd en de vordering van Lowstate (in Nederlandse guldens) toegewezen.
3.3 Het Hof heeft daartoe, kort samengevat en voor zover in cassatie van belang, als volgt overwogen. In juli 1990 gold ofwel een handtekeningenkaart als door Lowstate gesteld ofwel een handtekeningenkaart van 27 oktober 1988. In beide gevallen was, anders dan het GEA heeft geoordeeld, sprake van een bevoegdheidsinstructie aan MCB (rov. 4.4.1–4.4.4). In beide gevallen was in ieder geval Isebia jegens MCB ook niet bevoegd om betalingsopdrachten te verstrekken namens Lowstate, althans mocht MCB er in haar relatie tot Lowstate niet van uitgaan dat Isebia daartoe bevoegd was, ondanks zijn statutaire bevoegdheden als directeur van Lowstate (en Leyden-Curaçao N.V.) (rov. 4.5). Naast en afgezien van de bevoegdheidsinstructie had ook een vijftal in het vonnis opgesomde omstandigheden, bezien in onderling verband en samenhang, MCB ervan behoren te weerhouden om zonder meer uitvoering te geven aan de betalingsopdrachten van Isebia (rov. 4.6). Door onder voormelde omstandigheden de betalingsopdrachten van Isebia zonder meer uit te voeren en daarbij – kennelijk – alleen af te gaan op de statutaire bevoegdheid van Isebia, heeft MCB jegens Lowstate niet de van haar te verlangen zorgvuldigheid betracht. Het belang van een snel en soepel betalingsverkeer stelt weliswaar grenzen aan het onderzoek dat van een bank mag worden verlangd bij het uitvoeren van betalingsopdrachten, maar in dit geval waren er zodanig duidelijke aanwijzingen dat Isebia in weerwil van zijn statutaire bevoegdheid niet de (interne) bevoegdheid bezat om namens Lowstate aan MCB de onderhavige betalingsopdrachten te verstrekken, dat MCB die opdrachten niet zonder nader onderzoek had behoren uit te voeren. Onder voormelde omstandigheden moet de onzorgvuldigheid van MCB als dermate ernstig worden aangemerkt dat MCB zich ter afwering van haar aansprakelijkheid jegens Lowstate ook niet te goeder trouw kan beroepen op het bepaalde in art. 21 van haar algemene voorwaarden. Daarbij neemt het Hof in aanmerking dat deze bepaling ook een vrij ver gaande exoneratie van MCB inhoudt en dat MCB niet (gemotiveerd) heeft aangevoerd dat zij in dit geval reeds enkel door de overschrijding van de dertig-dagen termijn door Lowstate in haar belangen is geschaad (rov. 4.7).
3.4 Het middel keert zich met rechts- en motiveringsklachten tegen het oordeel van het Hof dat aan MCB in het onderhavige geval niet een beroep toekomt op art. 21 van haar algemene voor-

waarden en de gronden waarop dit oordeel berust. Met dit oordeel heeft het Hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Dit oordeel kan verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard in cassatie verder niet op juistheid worden getoetst. Het is voorts noch onbegrijpelijk noch onvoldoende gemotiveerd. Op dit één en ander stuit het middel geheel af.
In verband met de specifieke klachten van het middel wordt, voor zover deze al feitelijke grondslag hebben, nog het volgende aangetekend. Naar blijkt uit de motivering van zijn oordeel heeft het Hof, anders dan onderdeel A onder 1 betoogt, niet miskend dat partijen verplicht zijn zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid. Naar eveneens blijkt uit die motivering, heeft het Hof voorts bij de beantwoording van de vraag of het beroep van MCB op art. 21 van haar voorwaarden in strijd is met die eisen, anders dan onderdeel B klaarblijkelijk aanneemt, alle – in het licht van het debat van partijen in de feitelijke instanties – relevante omstandigheden in aanmerking genomen. Daarbij heeft het Hof kennelijk de omstandigheid dat Lowstate eerst in maart 1992 omtrent de overboekingen heeft gereclameerd, in het licht van de overige door het Hof opgesomde omstandigheden niet van een zodanig gewicht geacht dat MCB zich wel met succes op art. 21 zou kunnen beroepen. Ook dit nauw met de waardering van feiten verweven oordeel van het Hof geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

4. Beslissing
De Hoge Raad:
verwerpt het beroep;
veroordeelt MCB in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

NOOT

1. De drie hiervoor opgenomen arresten, inclusief conclusies, moeten worden geplaatst tegen de achtergrond van een subtiel, maar indringend debat tussen het OM (in feite 4 verschillende A-G's) en de Hoge Raad. Telkens weer beieren de klokken: "redelijkheid en billijkheid", "motivering" en "omstandigheden" en dat ten aanzien van een gestandaardiseerd beding dat de aansprakelijkheid beperkt of uitsluit. Tot dit thema beperk ik deze annotatie.

2. A-G Bakels, conclusie vóór HR 21 december 2001, «JOR» 2002/45, noemt twee arresten (HR 11 februari 2000, NJ 2000, 294 en HR 12 mei 2000, NJ 2000, 412) die aanleiding vormden daaruit de conclusie te trekken dat de feitenrechter (in tweede instantie) zware eisen moet aanleggen bij de motivering van het oordeel of een aansprakelijkheidsbeding in een voorliggend geval wel kan worden ingeroepen. Bij zijn rechtsoordeel over de vraag of een beroep op een exoneratiebeding in strijd is met de redelijkheid en billijkheid, verlangt de Hoge Raad in deze arresten van het hof dat hij gemotiveerd met "alle relevante omstandigheden" rekening houdt. In beide gevallen dolf A-G Hartkamp het onderspit. In zijn conclusie, voorafgaand aan het (door A-G Bakels in noot 5 aangekondigde, maar niet genoemde, doch kennelijk bedoelde) arrest HR 23 februari 2001, «JOR» 2001/96, draagt A-G Hartkamp dan ook deze leer van de "zware motivering" voor: omdat het hof in dát geval met enkele omstandigheden niet rekening had gehouden, moet zijns inziens het arrest worden vernietigd. Wie schetst de verbazing? De Hoge Raad komt tot de slotsom dat het hof niet van een onjuiste rechtsopvatting heeft blijk gegeven en niet in zijn motiveringsplicht is tekortgeschoten. Kwam de Hoge Raad terug op deze leer van de "zware" motiveringseisen? Was wellicht een door het hof niet gewogen omstandigheid niet "relevant"? Is er alleen sprake van een woordenspel? Zie Van den Brink, Nieuwsbrief BW 2001, p. 38 e.v.
3. Het wachten was weer op de A-G, ditmaal A-G Spier, conclusie vóór HR 30 november 2001, «JOR» 2002/43. Een onderdeel van een aansprakelijkheidsuitsluiting ligt onder de loep, art. 21 Algemene Voorwaarden Grootgebruikers Elektriciteit (AVGE) 1989, dat in lid 4 bij wijze van derdenbeding bepaalt dat de aansprakelijkheidsuitsluiting bedoeld in de voorgaande leden mede wordt bedongen ten behoeve van elektriciteitsbedrijven waarmee NV SEP (Samenwerkende Elektriciteits-productiebedrijven) samenwerkt "(...) alsmede ten behoeve van werknemers of met hen gelijk te stellen personen voor wie het bedrijf, het andere elektriciteitsbedrijf of de N.V. SEP aansprakelijk is". In een procedure komt de zaak bij het hof, die oordeelt dat niet valt in te zien dat onder personen in dit lid 4 slechts natuurlijke personen vallen, en niet óók rechtspersonen (zoals in casu Asea Brown Boveri BV: ABB).

Na een uitvoerige inleiding, waarbij A-G Spier waarschijnlijk put uit zijn ervaring in een vorig (bedrijfsjuridisch) leven, komt hij bij het cassatiemiddel aan. Hij licht de tegels grondig (nr. 4.3.1 e.v.), in mijn woorden: (a) partijen waren het erover eens dat met "hen gelijk te stellen personen" niet op rechtspersonen wordt gedoeld, (b) redelijkerwijs kan dat lid 4 ook niet anders worden uitgelegd, (c) zo'n beding sluit ook aan bij de praktijk, (d) het is toch hoogst aannemelijk dat de contractenmaker daaraan niet zou hebben gedacht, (e) de uitleg die het hof geeft, ligt wel heel weinig voor de hand: "Sterker nog: 's Hofs interpretatie lijkt niet goed verdedigbaar. Deze is (...) m.i. zelfs in het oog springend onjuist".
Hoe rijk is de melodische Nederlandse taal ook als iets echt niet klopt. Gelieve te kiezen uit: "spaan", "snars" of "zier".
4. De Hoge Raad beslist geheel anders dan de A-G. Hij beslist dat het oordeel van het hof geen nadere motivering behoeft en ook niet onbegrijpelijk is. Interessant is het cassatiemiddel dat stelt dat het hof, door te beslissen dat onder "personen" ook "rechtspersonen" vallen, miskend heeft dat het hier om uitleg van algemene voorwaarden gaat. Het cassatiemiddel brengt een uitlegmethodiek naar voren, die bij CAO's wordt gevolgd, te weten een veeleer tekstuele uitleg. Zie HR 17 en 24 september 1993, NJ 1994, 173 en 174, m.nt. PAS; HR 26 mei 2000, NJ 2000, 473, waarbij hij overweegt dat van de partijen bij een individuele arbeidsovereenkomst de werknemer niet bij de totstandkoming van de CAO betrokken is, en de werkgever daarbij betrokken kan zijn, maar niet behoeft te zijn. In zo'n geval zijn volgens de Hoge Raad voor de uitleg van de bepalingen van de CAO in beginsel de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van de overeenkomst, van doorslaggevende betekenis. Ook wederpartijen bij door algemene voorwaarden beheerste overeenkomsten hebben part noch deel aan de totstandkoming van die voorwaarden, dus waarom dan niet deze uitlegmethode toepassen op algemene voorwaarden? Zie mijn Totstandkoming en uitleg van contractsvoorwaarden, in: CCA-overleg algemene voorwaarden; de volgende tien jaar, symposium Sociaal Economische Raad, oktober 1993 (SER Den Haag, 1994). Vergelijk Valk, NTBR 1994, p. 111 e.v., Wessels, WPNR 6239 (1996) en Asser-Hartkamp 4-II (2001), nr. 286.

In het arrest d.d. 30 november 2001, «JOR» 2002/43, was ABB niet bij de totstandkoming van de AVGE betrokken geweest. De cassatieklacht houdt in dat het in casu gaat om de uitleg van een beding in algemene voorwaarden voor de uitleg waarvan – nu ABB daarbij niet betrokken was – in beginsel "(...) slechts de bewoordingen van art. 21 lid 4 AVGE gelezen in het licht van de gehele tekst van deze algemene voorwaarden, beslissend zijn, en dat bovendien (...) onduidelijkheden in die bewoordingen in beginsel ten gunste van de wederpartij dienen te worden uitgelegd". De Hoge Raad reageert ijzig: de klachten falen, omdat zij uitgaan van opvattingen omtrent de bij de uitleg van algemene voorwaarden te hanteren maatstaven die in hun algemeenheid niet als juist kunnen worden aanvaard.
Moet nu uit deze verder niet gemotiveerde overweging worden afgeleid dat de Hoge Raad (a) de in de literatuur door enkelen naar voren gebrachte uitlegmethode niet wil volgen?
(b) terugkomt van de zogenaamde contra-proferentem-regel (onduidelijke bewoordingen uitleggen ten nadele van de opsteller/gebruiker) bij uitleg? (c) dan wel het cassatiemiddel te stellig geformuleerd vindt, omdat de contra proferentem-regel door hem slechts als "gezichtspunt" bij uitleg van algemene voorwaarden wordt aanvaard (HR 21 januari 1996, NJ 1996, 683), (d) geen reflexwerking van een bepaling als art. 6:238 lid 2 BW wil aannemen? (e) aan de toepassing van die uitlegregel (en mogelijk ook die inzake de tekstuele uitleg) pas wil toekomen als het desbetreffende beding redelijkerwijs voor meer dan één uitleg vatbaar is (vergelijk HR 9 september 1994, NJ 1995, 285), hetgeen – n'en déplaise A-G Spier – volgens de Hoge Raad in casu niet het geval was, of (f) dat hij het cassatiemiddel gewoon te zwaar opgetuigd vindt door zowel de tekstuele uitleg als de non-proferentem uitleg in één keer voor te dragen?
5. De volgorde aanhoudend, nu – kort – HR 7 december 2001, «JOR» 2002/44. In cassatie wordt erover geklaagd dat het hof met een door hem gevolgde uitleg toestaat dat de exoneratieclausule (in de Algemene voorwaarden voor makelaars en beëdigde taxateurs in roerende goederen van de leden van de Nederlandse Organisatie van Makelaars, Veilinghouders en Beëdigde Taxateurs in roerende goederen en machinerieën) iedere aansprakelijkheid uitsluit, óók die voor opzet en grove schuld. A-G De Vries Lentsch-Kostense

geeft aan dat het hof niet heeft geoordeeld dat ook in geval van opzet of grove schuld een beroep gedaan kan worden op een exoneratiebeding dat elke aansprakelijkheid uitsluit. Ik plaats een kanttekening bij dit arrest, omdat mij de (volledige) beoordeling van de middelen door de Hoge Raad zo frappeert: "De middelen kunnen op de gronden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal De Vries Lentsch-Kostense onder 8-13 niet tot cassatie leiden". Dit is niet de in art. 101a RO (sedert 1 januari 2002: art. 81 RO) bedoeld verkorte uitspraak, maar het verwerpen van een cassatieberoep met verwijzing naar een stuk van het advies van een A-G. Hoe hierover te denken?

6. Beslist niet positief, zou ik menen. Een JOR-annotatie is niet de plaats hierop dieper in te gaan, maar er zijn verschillende bezwaren tegen deze wijze van motiveren aan te voeren. Laat ik een praktisch bezwaar vooropstellen: je leest het arrest, maar je moet het advies van de A-G dan wel bij de hand hebben. Nu de RvdW niet meer de Conclusies afzonderlijk in een tijdschriftje op de markt brengt, wordt dat wel erg lastig. Meer principieel acht ik deze wijze van motiveren verwarrend (uit oogpunt van de trias politica), omdat een stuk van een onafhankelijk advies, gebaseerd op weloverwogen waardering van rechtspraak en literatuur, van het OM opeens verandert in een (motivering van een) rechtelijke uitspraak van een onafhankelijke rechter. Tegen deze wijze van recht doen pleiten derhalve aspecten van kenbaarheid en herkenbaarheid van recht. Voorts zou ik menen dat er een principieel verschil is tussen het steunen op iemands beste advies in een bepaalde zaak en de beslissing over die zaak. In die laatste geeft de cassatierechter een specifiek oordeel, met een daarop toegesneden motivering. De Hoge Raad doet zulks nog met een andere dimensie, in het bijzonder als het gaat om "vage normen": om met inachtneming van zijn positie om leiding te geven aan de rechtsontwikkeling duidelijk de richting aan te geven waarmee lagere rechters voort kunnen en waarop de praktijk kan anticiperen. Nu wordt in casu naar de conclusie van de A-G verwezen "onder 8-13". Randnummer 9 heeft betrekking op uitleg over het ene onderwerp, nr. 10 op uitleg over het andere (met de toevoeging dat de A-G die uitleg niet onbegrijpelijk vindt), nr. 12 op de verhouding tussen een geformuleerde exoneratie en de mogelijke uitsluiting voor opzet en grove schuld, en nr. 13 op reflexwerking en art. 6:237, sub f, BW. Is de Hoge Raad het nu met deze vier onderdelen geheel en onvoorwaardelijk eens? Zou hij bij nr. 9 ook zo indringend uitleggen als de A-G heeft gedaan? Zou de Hoge Raad meegaan met de – kennelijke – gedachte van de A-G bij nr. 10 dat het hof het beding zou hebben vernietigd indien daarin expliciet opzet en grove schuld zou zijn uitgesloten en betekent dit dan dat de Hoge Raad geen enkele plaats ziet voor toepassing van het beding in een geval waarin schade niet door opzet of grove schuld is veroorzaakt (en dus een mogelijke toepasselijkheid van partiële nietigheid ex art. 3:41 BW uitsluitend)? Ik deel dan ook Bloembergens bezwaren tegen dergelijke "op de gronden"-arresten (zie noot onder HR 29 september 2000, NJ 2001, 105).

7. Tenslotte het reeds onder 2 aangehaalde arrest HR 21 december 2001, «JOR» 2002/45. Keert de rust weer? Zie: A-G Bakels verwerpt en de Hoge Raad verwerpt. Zie ik wel, dan volgt de Hoge Raad inhoudelijk ook de A-G. Naar diens mening (nr. 2.22 e.v.) behoeft een hof niet de gehele, aan de rechtspraak en literatuur te ontlenen, checklist van normen, gezichtspunten en omstandigheden met de vinger langs en stuk voor stuk af te wegen, maar de motivering moet zijn "(...) toegesneden op de specifieke omstandigheden van het geval, mede gelet op het debat dat tussen partijen is gevoerd. In deze zin moet de opdracht worden verstaan dat de feitenrechter alle ter zake dienende omstandigheden van het geval in zijn oordeel dient te betrekken". Aan het slot van zijn overwegingen wordt door de Hoge Raad – als pseudo-obiter dictum – "nog het volgende aangetekend", waaruit als praktijkregels volgen: (1) de feitenrechter moet niet miskennen dat partijen verplicht zijn zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid, en (2) hij moet bij zijn motivering van zijn beslissing "alle – in het licht van het debat van partijen in feitelijke instanties – relevante omstandigheden" in aanmerking nemen. Indien één omstandigheid naar het lijkt niet is meegewogen dan – zo lees ik deze overweging – zal de Hoge Raad dit kunnen afdoen met: in het licht van de overige omstandigheden van minder gewicht en dusdanig verweven met waardering van de feiten dat het niet-cassabel is. Met dit, tegen de Kerst van 2001 gewezen, arrest lijkt het debat

tussen OM en Hoge Raad voorshands evenwichtig en in vrede opgelost.

B. Wessels

65

JOR 2004/65

Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen
26 januari 2004, kg-nr. 13/04
(Mr. De Wit)
Noot Red.

Voer voor rechters.

[BWNA art. 6:162; IVBPR art. 19, 26; EVRM art. 10]

Antilliaanse zaak. Toegang persconferenties Minister-President ten onrechte geweigerd.

1. Uitgeverij Amigoe NV te Curaçao,
2. M.J. Nederlof te Curaçao,
eisers,
advocaat: mr. drs. R.E. Blaauw,
tegen
de openbare rechtspersoon Het Land De Nederlandse Antillen te Curaçao,
gedaagde,
advocaat: mr. C.A. Peterson.

1. De loop van het geding
Bij een op 14 januari 2004 ter Griffie van dit Gerecht ingediend verzoekschrift hebben Amigoe en Nederlof gevorderd om bij vonnis in kort geding, uitvoerbaar bij voorraad, het Land te bevelen alle journalisten van Amigoe, in het bijzonder Nederlof, toe te laten tot alle persconferenties gehouden door of vanwege het Land, in het bijzonder die waarin het woord wordt gevoerd door Louisa-Godett, zulks op straffe van een dwangsom van naf. 10.000,= dan wel een door het Gerecht in goede justitie te bepalen bedrag, voor iedere keer dat enige journalist van Amigoe de toegang van een zodanige bijeenkomst wordt geweigerd, dan wel aldaar niet in staat wordt gesteld zijn/haar beroep op een normale manier uit te voeren door informatie te verkrijgen, vragen te stellen en antwoorden op die vragen te krijgen, met veroordeling van het Land in de kosten van dit geding.
Bij de behandeling van de zaak ter terechtzitting heeft de gemachtigde van Amigoe en Nederlof het verzoekschrift toegelicht aan de hand van overgelegde pleitnotities en produkties. Het Land heeft de vordering door zijn gemachtigde doen bestrijden aan de hand van overgelegde pleitnotities.
Na verder debat is de uitspraak bepaald op heden.

2. Het geschil
2.1. Het was de beroemde Groucho Marx, die eens, gekscherend, heeft opgemerkt dat "politics is the art of looking for trouble, finding it everywhere, diagnosing it incorrectly, and applying the wrong remedies." Een opmerking, als deze zou natuurlijk door een totaal van humor gespeende persoon kunnen worden opgevat als een gebrek aan respect, doch is niettemin zo raak dat, naar het Gerecht aanneemt, zelfs een politicus een glimlach niet zal kunnen onderdrukken. Dat komt omdat er een diepe kern van waarheid in zit. Ook in dit geval, dat aan de oppervlakte niet anders is dan een aanvaring tussen twee dames, die het kennelijk niet zo goed met elkaar kunnen vinden (in het Papiamentu zeggen we: "nan sanger no ta sali ku otro") en de gevolgen daarvan, moet men onwillekeurig aan deze opmerking denken. Met een beetje goede wil, met een beetje wijsheid, met een beetje verzoeningsgezindheid had deze kwestie de wereld uitgeholpen kunnen worden. Het heeft echter niet zo mogen zijn. En zo mondde een strubbeling tussen een Minister-President en een journaliste uit in een procedure over vrijheid van meningsuiting, persvrijheid, informatieplicht van de overheid en nog veel meer. Gezien het feit dat partijen elkaar kennelijk over en weer niet erg zien zitten, zouden zij beiden troost kunnen putten uit de woorden van één van de grote rechters van het Amerikaanse Hooggerechtshof, Felix Frankfurter: "It is a fair summary of history to say that the safeguards of liberty have frequently been forged in cases involving not very nice people." Het is niet aan het Gerecht om te oordelen over de vraag of partijen al dan niet "very nice" zijn, maar "the safeguards of liberty" zullen in ieder geval uitgebreid aan de orde komen.
2.2. Wat is er nu eigenlijk gebeurd? Op vrijdagmiddag, 9 januari 2004, heeft de Minister-President, mevrouw Mirna Louisa-Godett, in het Fort Amsterdam een persconferentie gegeven, waar-

voor, zoals gebruikelijk, alle op Curaçao gevestigde, nieuwsmedia, waaronder de krant Amigoe, waren uitgenodigd. Amigoe-journaliste Nederlof was aanwezig bij deze persconferentie. Vast staat (de persconferentie werd nog diezelfde avond op de televisie uitgezonden) dat de Minister-President tijdens de onderhavige persconferentie, met nauwelijks verholen verontwaardiging, melding heeft gemaakt van een brief van de Nederlandse Minister van Justitie, mr P.H. Donner, aan de Curaçaose luchtvaartmaatschappij DCA, waaruit zou blijken dat Donner DCA verboden had bepaalde gegevens door te geven aan de Antilliaanse regering. De litigieuze brief werd na afloop van de persconferentie, zo begrijpt het Gerecht, door de Minister-President persoonlijk gefotocopieerd en uitgedeeld aan de (nog) aanwezige journalisten. Ook Nederlof ontving een copie. Bij (nauwkeurige) lezing van deze brief blijkt duidelijk dat de Minister-President een, nogal ernstige, vergissing heeft begaan: in die brief staat namelijk dat het DCA niet is toegestaan de daarin bedoelde gegevens over te dragen aan, onder anderen, haar Antilliaanse *vestiging*, hetgeen – dat hoeft geen betoog – iets geheel anders is dan de Antilliaanse *regering*. Vast staat dat Nederlof de Minister-President met dit feit heeft geconfronteerd. Vast staat ook dat dit de Minister-President in het verkeerde keelgat schoot en dat er vervolgens tussen beide dames een handgemeen is ontstaan, waarbij de Minister-President de fotocopie, welke zij kort daarvoor aan Nederlof had overhandigd, tevergeefs uit de handen van, de kennelijk terecht als vasthoudend bekend staande, Nederlof trachtte te trekken. Verder werd door de Minister-President verbaal gereageerd met "echt Amigoe-style" (of woorden van die strekking) en door Nederlof met "echt FOL-style" (of woorden van die strekking). Het incident werd afgesloten met de mededeling van de Minister-President aan Nederlof dat zij niet meer welkom was op haar persconferenties. Een en ander werd door de Minister-President bij brief van 12 januari 2004 aan de directrice van de Amigoe schriftelijk bevestigd. Op 14 januari 2004, kort voor de aanvang van de wekelijkse persconferentie van de Minister-President, bleek dat het haar ernst was: Nederlof werd die dag de toegang tot de persconfentie ontzegd.

2.3. Partijen verschillen van mening omtrent de wijze waarop de bovenomschreven schermutseling precies heeft plaatsgevonden, doch het komt het Gerecht voor dat een nader onderzoek naar de feiten niet zal bijdragen aan een oplossing, welke de vrede tussen partijen weer enigszins zal kunnen herstellen. In de eerste plaats is een nadere beschouwing van hetgeen tussen de Minister-President en Nederlof heeft plaatsgevonden, zoals hierna zal blijken, niet relevant voor de in dezen te nemen beslissing. In de tweede plaats zal een zodanig onderzoek er naar alle waarschijnlijkheid alleen maar toe leiden dat de Minister-President nog verder in verlegenheid wordt gebracht dan zij (grotendeels door eigen toedoen) nu al is. In dit verband brengt het Gerecht onder de aandacht het feit dat een deel van het relaas dat door de gemachtigde van het Land omtrent deze kwestie naar voren is gebracht niet spoort met hetgeen de Minister-President in haar brief van 12 januari 2004 zelf heeft aangevoerd. Zo stelt de gemachtigde van het Land dat de Minister-President, nadat zij door Nederlof was aangesproken, de fotocopie, welke zij even tevoren aan Nederlof had gegeven, "weer tot zich (wilde) nemen" om "aan te geven" waar de door haar bedoelde passage in de brief stond en dat zij pas, nadat Nederlof "een nog ergere arrogante en ongepaste houding" had aangenomen en de opmerking "echt FOL-style" had gemaakt, "gepoogd heeft om de brief op heftige wijze terug te nemen en daaraan te rukken." De Minister-President heeft evenwel in haar brief van 12 januari 2004 zelf aangevoerd dat de door haar jegens Nederlof genomen maatregel werd ingegeven door "su komportashon semper arogante pa ku mi persona" welk gedrag op genoemde vrijdagmiddag was geculmineerd: "su sistema onbeskop di kuestiona mi ku a kondusi na mi reakshon pa trata di kita for di dje kopia di un dokumentu ku un ratu prome mi a entrege" (...). Hieruit volgt duidelijk dat er geen sprake van was dat de Minister-President Nederlof even vriendelijk wilde laten zien waar de door haar bedoelde passage stond en dat pas na "een nog ergere arrogante houding" van Nederlof en het vallen van de woorden "echt FOL-style" bij de Minister-President de stoppen waren doorgeslagen en dat zij pas daarna is begonnen aan de brief te trekken. Die woorden zijn, ook blijkens de brief van de Minister-President, pas na het "rukken en trekken" gevallen en het waren deze woorden die, wederom blijkens die brief, de Minister-President ertoe hebben geleid om Nederlof "mesora" (onmiddellijk) mede te delen dat zij voortaan niet meer welkom was op haar persconferenties. Gegeven deze incongruenties gaat het Gerecht er voorshands vanuit dat de

gemachtigde van het Land in dezen niet geheel juist of volledig omtrent de feiten geïnstrueerd is, nog daargelaten dat diens betoog ook op geen enkele wijze ondersteund wordt door de talrijke verslagen welke in de diverse kranten over deze betreurenswaardige gebeurtenis zijn verschenen en welke, mirabile dictu, onderling een grote mate van overeenkomst vertonen.

2.4. Amigoe en Nederlof beschouwen het toegangsverbod van Nederlof als een ongeoorloofde inmenging van het openbaar gezag (het Land) in de vrije en onafhankelijke nieuwsgaring, als fundamenteel onderdeel van de vrijheid van meningsuiting, welke is neergelegd in artikel 10 EVRM (het Verdrag van Rome) en artikel 19 IVBPR (het Verdrag van New York). Zij verwijzen in dit verband ook naar artikel 43 van het Statuut. Deze vrijheid kan weliswaar beperkt worden, zo erkennen ook Amigoe en Nederlof, doch deze beperking (in casu het toegangsverbod) zal dan wel voorzien moeten zijn bij wet, deze zal geboden moeten zijn door een "pressing social need" en voorts moeten voldoen aan het vereiste van de proportionaliteit. Amigoe en Nederlof voeren aan dat het gewraakte toegangsverbod aan geen van deze eisen voldoet. Zij betogen verder dat Nederlof zich nimmer "onbeschoft" of op andere wijze ontoelaatbaar heeft gedragen of uitgelaten jegens de Minister-President, doch dat zij niet meer heeft gedaan dan de Minister-President, wellicht soms op indringende en confronterende wijze, kritische vragen te stellen. Amigoe en Nederlof willen aannemen dat deze vragen de Minister-President soms zwaar op de maag vallen, doch menen dat zij daar, kort gezegd, tegen moet kunnen, nu een persoon die een publieke funktie vervult kan verwachten aan fellere kritiek te worden blootgesteld dan een privé-persoon. Amigoe en Nederlof stellen dat de Minister-President (en daarmee het Land, waarvan de Minister-President een orgaan is), door Nederlof voortaan te weren van de bedoelde persconferenties, een ongeoorloofde invloed uitoefent op de wijze van verslaglegging en berichtgeving van die van de Amigoe in het algemeen en van die van Nederlof in het bijzonder. Zij menen dat het Land aldus onrechtmatig jegens hen handelt en dat zij een (spoedeisend) belang hebben om weer onbeperkt en ongehinderd toegang te krijgen tot de bedoelde persconferenties.

2.5. Het Land heeft zich op alle mogelijke wijzen verweerd. Zo acht het Land Amigoe niet ontvankelijk omdat haar de toegang tot de persconferenties van de Minister-President uitdrukkelijk niet is ontzegd. Alleen Nederlof is de toegang ontzegd, doch ook haar acht het Land niet ontvankelijk omdat zij een orgaan van de Amigoe zou zijn en als zodanig slechts een afgeleid – en dus geen eigen – recht zou hebben om op de persconferenties aanwezig te zijn. Tenslotte hebben Amigoe en Nederlof geen belang bij hun vordering, aldus het Land, omdat het mevrouw Louisa-Godett in persoon zou zijn en niet mevrouw Louisa-Godett als Minister-President die bepaalt wie op haar persconferenties worden toegelaten, zodat het Land niet kan bewerkstelligen dat mevrouw Louisa-Godett zich ook aan een eventuele veroordeling zal houden.

2.6. Ten gronde voert het Land aan dat de vordering van Amigoe en Nederlof veel te ruim is en bovendien een wettelijke basis ontbeert. In de eerste plaats zou over het hoofd worden gezien dat persconferenties van de Minister-President geen openbare aangelegenheden zijn. Het is derhalve haar prerogatief wie zij op haar persconferenties uitnodigt. Tot nu toe worden alle officiële nieuwsmedia op Curaçao uitgenodigd, maar dat is, zo begrijpt het Gerecht het betoog van het Land, geen Wet van Meden en Perzen. Overigens zijn het de nieuwsmedia die door of namens de Minister-President worden uitgenodigd en niet de individuele journalisten. Deze laatsten kunnen dus geen rechten ontlenen aan die uitnodiging. In ieder geval wenst de Minister-President Nederlof, anders dan de Amigoe, niet meer op haar persconferenties te zien en, wat daarvan de reden ook is, daarmee is volgens het Land de kous af.

Los van het vorenstaande, zo meent het land, komt ook aan de regering het recht van vrije meningsuiting toe en kan zij zelf bepalen hoe zij haar mening verspreidt. Dit behoeft niet (altijd) een voor alle media toegankelijke persconferentie te zijn.

Onder verwijzing naar het Televizier-arrest van de Hoge Raad van 25 juni 1966 (NJ 1966, 115) en de uitspraak van het EHRM van 7 juli 1989 (NJ 1991, 659) stelt het Land dat op de regering (de Minister-President) niet de plicht rust om journalisten te informeren en doet ook het algemeen belang die plicht niet ontstaan. Ook de aangehaalde verdragsbepalingen (artikel 10 EVRM en artikel 19 IVBPR) bieden geen aanknopingspunt voor de opvatting dat degene die aan de nieuws(ver)garende media gegevens onthoudt in

strijd zou handelen met die artikelen (hetgeen volgens het Land blijkt uit het arrest van de Hoge raad van 23 oktober 1987, NJ 1988, 310). En voorzover deze bepalingen de Minister-President al zouden verplichten om mee te werken aan het vergaren van informatie, dan houdt dit nog niet in dat zij verplicht is die informatie te verschaffen aan een bepaald persoon of medium. Dit zou volgen uit een uitspraak van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM), gepubliceerd in NJ 1978, 237, waarin overwogen zou zijn dat in een geval een medium wordt uitgesloten van de informatievoorziening het door artikel 10 EVRM gewaarborgde recht van het publiek tot onbelemmerde informatievoorziening niet in het gedrang is, te minder als het publiek via diverse andere middelen (nieuwsmedia) verzekerd is van een onbelemmerde informatievoorziening. Verder zou de ECRM in genoemde uitspraak uitdrukkelijk hebben overwogen en beslist dat artikel 10 EVRM in het geheel niet de belangen van kranten beoogt te beschermen, doch uitsluitend de belangen van het algemene publiek (de burgers). Het Land wijst ook nog op het derde lid (sub a) van artikel 19 IVBPR, waarin is bepaald dat het recht van vrije meningsuiting en informatievergaring kan worden beperkt met het oog op "de rechten of de goede naam van anderen". Het Land acht deze grond in casu van toepassing.
Tenslotte voert het Land aan dat en waarom de vordering van Amigoe en Nederlof te ruim is. Gave toewijzing van deze vordering zou er voor zorgen dat, zo begrijpt het Gerecht de stellingen, de Minister-President niet meer baas in eigen huis is en jegens Amigoe en Nederlof tot meer gehouden zou zijn dan jegens anderen. Een dwangsom acht het Land ten slotte ongepast en onnodig, aangezien het Land uitspraken van de rechter pleegt op te volgen.

3. De beoordeling van het geschil

3.1. Het belang van een vrije en onafhankelijke pers in een democratische samenleving kan niet genoeg worden benadrukt. Democratie houdt immers niet op nadat de burger, eens in de zoveel tijd, zijn stem heeft uitgebracht. Dan begint het pas. Een vrije en democratische samenleving kan niet bestaan, kan niet opbloeien en kan niet in leven blijven zonder eerbiediging van de fundamentele vrijheden van meningsuiting en pers, zonder eerbiediging van de rechten van minderheden (waaronder de politieke oppositie) en zonder een onafhankelijke rechterlijke macht. Dat zijn geen achterhaalde uitvindingen uit lang vervlogen tijden of uit vreemde culturen. Het zijn de elementen, welke noodzakelijk zijn om hier en nu (en morgen) in vrijheid en met wederzijds respect te kunnen leven in een land waarop al zijn burgers trots kunnen zijn. Het land de Nederlandse Antillen is zo'n land en het moet ook zo'n land blijven. Ook al liggen er zo nu en dan – de laatste tijd wellicht zelfs wel meer dan anders – constitutionele bananenschillen op de weg naar de toekomst, waarover men kan uitglijden, een Bananenrepubliek zijn we niet en dat moet ook zo blijven. Vandaar dat in deze zaak de puntjes op de i moeten worden gezet.
3.2. Dit alles geldt temeer als ooit – er wordt in het vooronder door sommigen hoopvol over gefluisterd – het Schip van de Nederlands Antiliaanse of Curaçaose Staat zijn ankers zou lichten om het beschutte, zij het soms wat roerige, binnenwater van het Koninkrijk te verlaten en zich op die immense, zo betoverende doch ook zo verradelijke, zee der onafhankelijkheid te begeven. Dan toch zal het Schip zeewaardig moeten zijn, deugdelijk geconstrueerd en uitgerust, en geleid door goed opgeleide en betrouwbare stuurlieden, die, afgaande op de fonkelende sterren van recht en wet, in de duisternis van de Grote Wereld, een veilige koers weten te bepalen. Dan zal er ook een "government of laws, not men" moeten zijn, al was het maar uit het besef dat vandaag deze en morgen gene partij aan het bewind is. Machthebbers, politieke gezagsdragers dienen zich dan ook steeds voor te houden dat zij op elk moment weer in de oppositie terecht kunnen komen en dat zij dan de rechten, waarvan het nu opportuun lijkt om die in te perken, weer hard nodig kunnen hebben. Dat besef maakt bescheiden en bescheidenheid siert de mens.
3.3. De "fonkelende sterren", waarop in het onderhavige geval de juridische sextant gericht moet worden, zijn artikel 19 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, artikel 10 EVRM en artikel 19 IVBPR. Daarnaast moet ook gelet worden op artikel 14 EVRM en artikel 26 IVBPR, welke bepalingen discriminatie verbieden. Van het eerstgenoemde drietal gaat artikel 19 IVBPR nog het verst. In het tweede lid van dat artikel is bepaald dat "everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to *seek, receive and impart* information and ideas of all kinds, regardless of fron-

tiers, either orally, in writing of in print (...)". Aangezien de uitoefening van deze rechten, zo bepaalt het derde lid van genoemde bepaling, "carries with it special duties and responsibilities", mogen deze rechten aan beperkingen worden onderworpen, zij het dat "these shall only be such as are provided by law and are necessary (a) for respect of the rights or reputations of others; (b) for the protection of national security or of public order or of public health or morals." Artikel 10 EVRM is vrijwel gelijkluidend aan voormelde bepaling, zij het dat daarin niet met zoveel woorden het recht "to seek" informatie en denkbeelden staat vermeld. Wel bepaalt dit artikel dat het recht in beginsel "without interference by public authority" moet kunnen worden uitgeoefend.

3.4. Het Land heeft niet ontkend dat de hier beschreven vrijheid van meningsuiting en persvrijheid deel uitmaken van het recht hier te lande. Het Land meent echter dat het recht van vrije nieuwsgaring, dat aan een ieder toekomt, doch met name voor de pers van belang is, voor de overheid nog geen plicht met zich brengt om de pers ook voortdurend van informatie te voorzien en al helemaal niet dat dit middels een, voor alle nieuwsmedia en journalisten opengestelde, persconferentie dient te geschieden.

3.5. Het Gerecht is van oordeel dat dit standpunt niet juist is. De uitspraken welke het Land ter ondersteuning van zijn standpunt aanvoert betreffen een algemene plicht tot informatieverschaffing, welke ook voor de ene burger jegens de andere zou gelden en die zelfs zou moeten meebrengen dat auteursrechtelijk beschermde informatie, zonder vergoeding, aan derden zou moeten worden verschaft of dat door de voetbalbond georganiseerde wedstrijden (gratis) direct zouden kunnen worden uitgezonden. Een dergelijke verstrekkende plicht tot informatieverschaffing is inderdaad nooit aangenomen. Hier gaat het echter om informatieverschaffing door de overheid aan de burgers. Reeds in Resolutie 428 (1970) van de Raadgevende (Parlementaire) Vergadering van de Raad van Europa, is bij wege van indicatie als interpretatie van het recht op vrije meningsuiting als bedoeld in artikel 10 EVRM gesteld: "This right shall include freedom to seek, receive, impart, publish and distribute information and ideas. There shall be a corresponding duty tor the public authorities to make available information on matters of public interest within reasonable limits (...)". In de literatuur wordt wel verdedigd dat de tekst van artikel 10 EVRM ruimte laat voor een ontwikkeling van de rechtsopvattingen in deze richting. Deze ontwikkeling heeft in ieder geval hier te lande plaatsgevonden, blijkens de inwerkingtreding van de landsverordening openbaarheid van bestuur, waarin is neergelegd dat de bestuursorganen (zoals de Ministers) bij de uitvoering van hun taak openbaarheid betrachten en hiertoe informatie verstrekken (art. 2) en dat zij uit eigen beweging informatie verschaffen over het beleid, de voorbereiding en de uitvoering daaronder begrepen (art. 8). Blijkens de tekst en de wetsgeschiedenis van de landsverordening dienen de bestuursorganen de informatie zo spoedig mogelijk te verschaffen. Blijkens de memorie van toelichting wordt met deze landsverordening gepoogd om bij de overheid de positieve gezindheid tot het verstrekken van informatie te bevorderen. De landsverordening heeft als basis artikel 43 van het Statuut dat bepaalt dat elk der landen van het Koninkrijk zorg draagt voor de verwezenlijking van de fundamentele menselijke rechten en vrijheden, de rechtszekerheid en de deugdelijkheid van bestuur. Illustratief in dit verband is ook de ondertekening van de zogeheten Declaration of Chapultepec, een project van de Inter American Press Association, door Minister-President Pourier op 24 mei 2002. Deze Verklaring, die door de meeste Amerikaanse "Heads of State" is ondertekend (een frappante uitzondering is Venezuela), bevestigt en benadrukt "the principles of free speech and free press in the Western Hemisphere." Het derde beginsel van deze verklaring luidt: "The authorities must be compelled by law to make available in a timely and reasonable manner the information generated by the public sector (...)". In de toelichting op dit beginsel wordt verhelderend opgemerkt – en ook de autoriteiten in ons land doen er goed aan dit immer voor ogen te houden: "It is indispensable for journaliste that the officials (...) understand that they do not own the information. The information belongs to citizens who, as its owners, have the right to know it." Soortgelijk gedachtengoed is ook te vinden in de rechtspraak van de Inter-American Court for Human Rights, waarbij de meeste, ons omringende landen zijn aangesloten. Uit het bepaalde in artikel 13 van de American Convention on Human Rights, dat vrijwel gelijkluidend is aan artikel 19 IVBPR, heeft dit Hof uit het recht "to seek and receive information" het fundamentele "right to access information" afgeleid. De slotsom is dat er

op functionarissen als de Minister-President, bij de huidige stand van het recht, een heilige plicht rust om de pers, en door haar de burgers van dit land, op de hoogte te houden van al datgeen wat voor die burgers van belang kan zijn (tenzij die informatie op bepaalde, nauw in de wet omschreven gronden niet of nog niet kan worden verschaft). Hierbij gaat het niet alleen om informatie in beperkte zin, doch tevens omtrent de denkbeelden welke ten aanzien van bepaalde onderwerpen bij de regering leven.

3.6. Hoewel het strikt genomen niet noodzakelijk is dat bovenbedoelde informatieverstrekking tijdens een persconferentie plaatsvindt, is er in het huidige tijdgewricht nauwelijks een beter alternatief te vinden. De Regering zou uiteraard met wekelijkse, aan alle media toe te zenden, perscommuniqué's kunnen werken, doch zulks kan heden ten dage eigenlijk niet als een genoegzame vorm van informatieverschaffing worden gezien, zeker niet als dit de enige manier zou zijn waarop de regering met de media communiceert. Persconferenties zijn daarom, naar het zich laat aanzien, onontkoombaar. En zodra (een lid van) de regering zo'n persconferentie houdt, zal hij of zij daartoe in principe alle nieuwsmedia moeten uitnodigen. Het standpunt dat een boom zo volbeladen (met nieuwsmedia), één, twee pruimpjes (zo men wil: zuurpruimpjes) niet zal missen, is onjuist. Het recht op vrije informatie vereist immers pluriformiteit in informatieverschaffing en deze moet dan ook door de overheid gewaarborgd worden. Zowel de Europese Commissie als het Europese Hof hebben dit meermalen uitgesproken. Het Hof sprak in het Lingens-arrest zelfs van "the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness (sic!) without which there is no democratic society." Bedacht moet worden dat het hierbij niet alleen om pluriformiteit van informatie maar ook en vooral om pluriformiteit van meningen gaat. De in dit verband door het Land aangehaalde uitspraak van de ECRM gaat over het verschaffen van programmagegevens en is derhalve niet relevant. Dergelijke gegevens blijven hetzelfde, of ze nu in de Amigoe, de Vigilante of de Ultimo Noticia te lezen zijn. Met meningen of door politieke uitgangspunten gekleurde gegevens is dat natuurlijk anders. Niet voor niets hoort men wel eens zeggen dat Curaçao acht dagbladen rijk is en dat die het nieuws vanuit tien verschillende gezichtshoeken belichten (in sommige redacties zitten niet alle journalisten op één lijn, hetgeen zowel verfrissend als verwarrend kan zijn).

3.7. Persconferenties zijn bij uitstek geschikt om het nieuws heet van de naald en "from the horse's mouth" te vernemen. Omdat daarbij meestal de mogelijkheid bestaat om vragen te stellen kan de informatieverschaffing ook zo nauwkeurig mogelijk zijn (zoals ook in dit geval maar weer gebleken is). Persconferenties zijn, zoals uit het vorenstaande moge volgen, geen gunsten welke al dan niet door de autoriteiten kunnen worden verleend. De informatie die daarbij wordt onthuld is niet het eigendom van die autoriteiten, waarover zij naar believen kunnen beschikken. Die informatie en de denkbeelden welke daarover door de autoriteiten zijn ontwikkeld, behoren niet aan die autoriteiten toe, doch aan de burgers, voor wie zij geacht worden te werken. Er kan derhalve geen sprake van zijn dat het verschaffen van die informatie afhankelijk zou zijn van "the whim of authorities". En aangezien de overheid pluriformiteit moet waarborgen, dienen alle media steeds voor dergelijke persconferenties te worden uitgenodigd. Ook op een andere grond mag de overheid in dit verband niet selectief te werk gaan: zij mag immers niet discrimineren op welke grond dan ook (zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, etcetera). Van discriminatie in de zin van artikel 14 EVRM en artikel 26 IVBPR is sprake indien een onderscheid wordt gemaakt zonder dat daarvoor een objectieve en gerechtvaardigde grond is aan te voeren. Laatstgenoemd artikel maakt in de eerste volzin duidelijk waar het om gaat en wat het Gerecht te doen staat: "All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law." Beginsel 6 van de genoemde Declaration of Chapultepec is ook heel duidelijk: "The media and journalists should neither be discriminated against nor favored because of what they write or say." En blijkens de toelichting op die bepaling is "discrimation (...) any manner of making access to information difficult or denying such access, when it is the duty of the state and its agents to provide it."

3.8. Keren wij terug naar het onderliggende geval en de nog resterende rechtsvragen. Zoals gebleken is, heeft het Land betoogd dat artikel 10 EVRM volgens de Europese Commissie niet de belangen van kranten doch uitsluitend die van het

publiek beoogt te beschermen. Voorzover het Land daarmee wenst te betogen dat Amigoe en Nederlof geen beroep toekomt op die bepaling (en de daarmee samenhangende bepalingen), dient het betoog te worden verworpen. Zowel artikel 10 EVRM als artikel 19 IVBPR kennen het recht op vrije meningsuiting en vrije nieuwsgaring toe aan "everyone" en dus zonder meer ook aan Amigoe en Nederlof. Dit blijkt overigens ook uit het door het Land zelf genoemde Sunday Times arrest (EHRM van 26 april 1979, NJ 1980, 146), waarin de uitgever en de journalisten van genoemde krant niet alleen met succes hun eigen recht op vrije meningsuiting verdedigden, doch, ook, zoals de anotator Alkema dat noemt, op de bres stonden voor het recht op informatie van het publiek. Volgens Alkema hebben journalisten in dit opzicht een bijzondere taak ten aanzien van de grondrechten van anderen, een rechtsopvatting waar het Gerecht zich bij aansluit.

3.9. Is het recht van Amigoe op vrije meningsuiting en nieuwsgaring door de beslissing van de Minister-President ontoelaatbaar beperkt, nu laatstgenoemde uitdrukkelijk heeft bepaald dat het toegangsverbod (voorshands) niet voor Amigoe geldt, doch slechts voor haar journaliste Nederlof? Naar dezerzijds oordeel lijdt het geen twijfel dat hier van een in beginsel ontoelaatbare inperking sprake is. Immers, waar de uitnodiging aan Amigoe is gericht, is het in beginsel aan haar om te bepalen welke van haar journalisten zij naar de persconferentie stuurt. Door de gewraakte maatregel wordt Amigoe onmiskenbaar in die vrijheid beknot. De wijze waarop het Land vervolgens tot de conclusie komt dat (in zijn visie: ook) Nederlof geen belang heeft bij het gevorderde is een prachtig sofisme, dat uiteraard tot mislukken gedoemd is. Nederlof is natuurlijk geen "orgaan" van Amigoe, doch een werkneemster. Zij is bovendien een professionele journaliste met een opdracht van haar werkgeefster om de persconferenties van de Minister-President bij te wonen en zij wordt in die taakuitoefening door de gewraakte maatregel gehinderd. Beide eiseressen hebben derhalve belang bij het gevorderde.

3.10. Zelfs indien zou worden uitgegaan van de versie, welke de Minister-President van de gebeurtenissen op 9 januari 2004 heeft gegeven, kan tot geen andere conclusie worden gekomen dan dat Amigoe en Nederlof door het toegangsverbod op onrechtmatige wijze in hun rechten zijn aangetast. Dat Nederlof zich al eerder en diverse malen arrogant en onbeschoft zou hebben gedragen jegens de Minister-President wordt door geen enkel feit gestaafd. Vast staat wel dat de Minister-President zich nimmer over dit gedrag heeft beklaagd, noch tegenover Nederlof, noch tegenover Amigoe. Dat de Minister-President zich gebruskeerd voelde door de indringende en confronterende wijze, waarop zij mogelijk door Nederlof zal zijn bejegend, kan het Gerecht zich heel wel voorstellen, doch dit zijn zaken waar een publieke figuur als de Minister-President tegen moet kunnen. Journalisten mogen, binnen zekere grenzen, overdrijven of zelfs provoceren. Niet voor niets wordt de pers wel de horzel of de luis in de pels van de macht genoemd, een beeldspraak die menig geplaagde autoriteit en wellicht ook de Minister-President uit het hart gegrepen zal zijn. Daarmee wordt overigens bedoeld dat de pers niet alles wat de autoriteiten zeggen voor zoete koek moet nemen, doch dat zij daarentegen lastig (kritisch) moet zijn, teneinde te bewerkstelligen dat die autoriteiten niet zomaar wat zeggen of inslapen. In de woorden van de Europese Commissie: "The democratic system requires that those who hold public power are subject to close control not only by their political adversaries in the institutions of the state, but also by the public opinion which is to a large extent formed and expressed in the media. To exercise such control is not only a right, but may even be considered as a 'duty and responsibility' of the press in a democratic State." (rapport van 11 oktober 1984, A.103 1986). Ziedaar, de pers als waakhond, als "eyes and ears of the public", als Koningin der Aarde. Natuurlijk zijn er ook grenzen aan deze grote vrijheid van de pers. De tarijke rechtszaken, welke ook hier te lande over dit onderwerp zijn gevoerd en die regelmatig op rectificaties en soms op schadevergoeding uitliepen, bewijzen dat. Zoals dit Gerecht al eens in een zaak van de (toenmalige) partijcombinatie FOL/SI tegen de Ultimo Noticia, die eerstgenoemde bij voortduring aanduidde met de karikaturale naam CHOL/SI, heeft overwogen: de persvrijheid mag niet ontaarden in pestvrijheid. Daarvan is in dit geval echter geen sprake.

3.11. Moet de Minister-President zich dan maar alles laten welgevallen? Dat kan natuurlijk ook niet de bedoeling zijn. Anders dan in het Moederland aan gene zijde van de Oceaan, worden bepaalde omgangsvormen tussen journalisten en autoriteiten hier te lande nog steeds in ere gehouden en natuurlijk kunnen er op dat punt enige ei-

sen worden gesteld. Die eisen mogen echter nimmer zover gaan dat de journalisten daardoor in hun taak van kritisch volgen van en lastig zijn voor gezagsdragers wezenlijk worden gehinderd.
3.12. Het Gerecht komt tot een afronding. Voor het opgelegde toegangsverbod is geen wettelijke grondslag. Reeds daarmee valt het doek. Voorts kan hier niet gesproken worden over een maatregel die in een democratische samenleving noodzakelijk moet worden geacht, ook niet ter bescherming van de goede naam van de Minister-President. Voorzover die goede naam is aangetast, is dit niet zozeer door het gedrag van Nederlof, maar, helaas, door dat van de Minister-President zelf geschied. En voorts kan het (in beginsel voor onbepaalde tijd geldende) toegangsverbod niet als een evenredige maatregel worden gezien. Tenslotte is er ook geen objectieve en gerechtvaardigde reden om aan andere journalisten wel en aan Nederlof geen toegang te verlenen om de persconferenties van de Minister-President bij te wonen. Aan Amigoe en Nederlof moet derhalve de in artikel 26 IVBPR bedoelde bescherming worden geboden. De maatregel van de Minister-President zal dus moeten worden teruggedraaid.
3.13. Hoe dit te doen zonder aan Amigoe en Nederlof meer rechten te verschaffen dan de andere nieuwsmedia? In dit verband moet het Gerecht het Land gelijk geven, waar het stelt dat de gevraagde voorziening te ruim is. Deze zal derhalve zodanig moeten worden aangepast dat Amigoe en Nederlof weer in de positie komen waarin zij waren en waarin zij op voet van gelijkheid met de andere media werden behandeld. Hoewel aan Amigoe en Nederlof weer toegang zal moeten worden verschaft tot de persconferenties van de Minister-President, kan uiteraard nooit worden uitgesloten dat er in de toekomst dingen zouden kunnen gebeuren die redelijkerwijze wel tot enige maatregel zouden moeten leiden. Deze slag zal om de arm moeten worden gehouden, hoewel duidelijk is dat niet licht tot een dergelijke maatregel kan worden besloten.
3.14. Gevorderd is om aan een veroordeling van het Land dwangsommen te verbinden. Dat zou, mede gezien de bedenkelijke ontwikkelingen van de laatste tijd (die regelrecht op de dictatuur zouden afsteven) nodig zijn, temeer ook daar de gemachtigde van het Land heeft gesuggereerd dat de Minister-President zich als privé-persoon mogelijk niet zou behoeven te storen aan een veroordeling van het Land. Het Gerecht is evenwel voorshands van oordeel dat dwangsommen niet nodig zijn, nu het Gerecht geen reden heeft om aan te nemen dat de Minister-President, die orgaan is van het Land en ook alleen als zodanig de persconferenties geeft, zich niet aan een bevel van het Gerecht zou houden. De bottom-line is deze: het Gerecht constateert dat de Minister-President een menselijke fout heeft gemaakt en dat zij niet erg handig is geweest in het herstellen van die fout. Het Gerecht ziet thans geen reden om daar meer achter te zoeken. Hoewel het te geven bevel onvermijdelijk een zeker vaagheid heeft, heeft de Minister-President geen juristen nodig om aan het bevel te voldoen; zij kan hoogstens juristen nodig hebben om zich onder dat bevel uit te wurmen, doch het Gerecht vertrouwt erop dat dat niet zal gebeuren. De Minister-President zal het bevel van dit Gerecht naar de letter en vooral ook naar de geest ("cabalmente") uitvoeren, al was het maar omdat dat haar constitutionele plicht is. Het Gerecht moge in dit verband wijzen op het voorbeeldige optreden van die grote staatsman uit Zuid-Afrika: Nelson Mandela. Toen deze nog maar net President was, werd een Presidentiele Proclamatie, waaraan hij erg gehecht was, door het Constitutionele Hof als ongrondwettelijk opzij gezet. Binnen enkele uren belegde Mandela een persconferentie en terwijl de natie de adem inhield, verklaarde de President dat "while disappointed at the ruling, he accepted it unhesitatingly and would impliment it at once." In de Sunday Times van 30 april 2000 lezen wij: "Explaining the former President's exemplary conduct, Judge Kriegler (toen nog lid van het Constitutionele Hof) commented that Mandela had learnt the hard way that the rule of law and freedom were inseparable, and he urged his audience to ensure that this lesson never needed to be learnt again." Meer hoeft er niet gezegd te worden.
3.15. Het Gerecht zal een bevel geven als na te melden en het Land zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten.

4. De beslissing
Het Gerecht:
- beveelt het Land om de journalisten van Amigoe, in het bijzonder Nederlof, toe te laten tot alle persconferenties, gehouden door of vanwege het Land, in het bijzonder die welke worden belegd door de Minister-President, en in staat te stellen

hun (haar) werk op een normale manier uit te voeren, een en ander op dezelfde voet als de journalisten van de andere nieuwsmedia en met inachtneming van hetgeen hierboven is overwogen.
- verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- wijst het meer of anders gevorderde af;
- veroordeelt het Land in de kosten van dit geding, (...; *red.*).

NOOT

Dames en heren rechters, zo kan het ook.

Red.

5

JOR 2007/5

Hoge Raad
10 november 2006, R05/063HR,
ECLI:NL:PHR:2006:AY4033
(Mr. Fleers, Mr. De Savornin Lohman, Mr. Hammerstein, Mr. Bakels, Mr. Asser)
(Concl. A-G Timmerman, niet opgenomen; red.)
Noot P. Sanders

Antilliaanse zaak. Arbitrageovereenkomst. Vernietiging besluit rechtspersoon niet ter vrije beschikking van partijen. Tussenkomst burgerlijke rechter noodzakelijk.

[BW art. 2:15]

In dit geding heeft de rechtsstrijd in hoger beroep zich toegespitst op beantwoording van de vraag of over het geschil tussen partijen geoordeeld dient te worden door de overheidsrechter, dan wel door een arbiter.
De vraag of partijen de vrije beschikking hebben over de rechtsgeldigheid van de in deze uitspraak onder 1 genoemde besluiten in de zin van art. 500 lid 1 (oud) RvNA moet ontkennend worden beantwoord. In de eerste plaats moet worden aangenomen dat vernietiging van een besluit van een rechtspersoon met het oog op de daaruit, zowel voor de rechtspersoon als voor derden, voortvloeiende (vaak ingrijpende) rechtsgevolgen en in verband met de rechtszekerheid, niet ter vrije beschikking van partijen staat. In de tweede plaats dient de rechterlijke uitspraak waarin de nietigheid van een besluit van een rechtspersoon wordt vastgesteld of die zulk een besluit vernietigt, zowel wanneer het besluit slechts interne werking heeft als wanneer het ook externe werking heeft, naar haar aard te gelden ten opzichte van een ieder en niet alleen ten opzichte van degene die de vernietiging heeft verzocht. Voor deze algemene werking is tussenkomst van de burgerlijke rechter noodzakelijk.

1. P.J.M. Spee,
2. W. Werensteijn,
3. W.E.H. Peijer,
4. F.A.J. Horsmans,
allen wonende in Nederland,
5. Groenselect Management NV te Curaçao (Nederlandse Antillen),
eisers tot cassatie,
advocaat: mr. J.W.H. van Wijk,
tegen
C.J.A. van den Boogaard te Costa Rica,
verweerder in cassatie.

(...; *red.*)

3. Beoordeling van het middel
3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.
i. Spee, Werensteijn, Peijer, Horsmans en Van den Boogaard houden ieder 20% van de aandelen in Groenselect Management N.V.(verder: Groenselect), opgericht op 7 september 1999.
ii. Spee, Werensteijn, Peijer, Horsmans en Van den Boogaard hebben op 11 december 2001 een "intentieovereenkomst" gesloten. In de artikelen 10 en 11 van deze overeenkomst wordt bepaald dat tussen partijen, zowel voor reeds gemaakte als voor nog te maken afspraken, uitsluitend door hen uitdrukkelijk schriftelijk vastgelegde en ondertekende afspraken gelden. Art. 9 van de intentieovereenkomst bepaalt dat indien partijen van mening verschillen over hetgeen voortvloeit uit of samenhangt met deze overeenkomst, ieder van de partijen een partijvertegenwoordiger zal benoemen en dat die partijvertegenwoordigers tezamen met mr. A. de Leeuw uit Ede bindend zullen beslissen hoe het verschil van inzicht zal worden opgelost.

iii. Op 15 maart 2002 hebben Spee, Werensteijn, Peijer en Horsmans een aandeelhoudersvergadering bijeengeroepen waarin Werensteijn tot bestuurder van Groenselect werd benoemd. Van den Boogaard heeft zich ten aanzien van deze benoeming beroepen op art. 7 lid 4 van de op 1 september 1999 tussen partijen gesloten oprichtingsovereenkomst, dat een beperkt vetorecht toekent aan elke aandeelhouder betreffende besluiten van de aandeelhoudersvergadering.
iv. Op 8 april 2002 heeft Van den Boogaard overeenkomstig het bepaalde in de statuten van Groenselect door een oproep in een locale krant op Curaçao een aandeelhoudersvergadering bijeengeroepen die niet door de overige aandeelhouders werd bijgewoond. In deze vergadering, waarvoor Spee, Werensteijn, Peijer en Horsmans niet persoonlijk waren uitgenodigd, is Forestry tot bestuurder van Groenselect benoemd, met gelijktijdig ontslag van Werensteijn.
v. Op 2 oktober 2002 hebben Spee, Werensteijn, Peijer en Horsmans een aandeelhoudersvergadering bijeengeroepen waarbij alle aandeelhouders aanwezig, dan wel vertegenwoordigd waren. Tijdens deze vergadering is Forestry als bestuurder van Groenselect ontslagen. Ten aanzien van dit besluit heeft Van den Boogaard zich beroepen op het beperkte vetorecht van art. 7 lid 4 van de oprichtingsovereenkomst.
vi. In een arbitrageovereenkomst, getekend op 10 april 2002, hebben Spee, Werensteijn, Peijer, Horsmans en Van den Boogaard, daarbij refererend aan de intentieovereenkomst van 11 december 2001, verklaard te hebben besloten tot een vereenvoudigde verkorte procedure voor geschillenbeslechting. Zij hebben de eerder overeengekomen geschillenregeling zo gewijzigd dat in het vervolg eventuele meningsverschillen zouden worden voorgelegd aan mr. A. de Leeuw.
vii. In een brief van 24 juni 2002 heeft mr. De Leeuw voornoemd aan Van den Boogaard bericht dat hij van Spee, Werensteijn, Peijer en Horsmans zes klachten heeft ontvangen ter arbitrage.
3.2. In dit geding heeft de rechtsstrijd in hoger beroep zich toegespitst op beantwoording van de vraag of over het geschil tussen partijen geoordeeld dient te worden door de overheidsrechter, dan wel door mr. De Leeuw. Het gerecht in eerste aanleg heeft zichzelf bevoegd geacht over het geschil te oordelen, maar het Gemeenschappelijk Hof heeft de door het gerecht gewezen vonnissen vernietigd en verstaan dat de Nederlands-Antilliaanse rechter onbevoegd is om van de vordering van Spee, Werensteijn, Peijer en Horsmans kennis te nemen. In de kern heeft het Hof daartoe overwogen dat de intentieovereenkomst, naar redelijkheid uitgelegd met inachtneming van de Haviltexformule, meebrengt dat de geschillen tussen Spee, Werensteijn, Peijer en Horsmans enerzijds en Van den Boogaard anderzijds aan arbitrage zijn onderworpen en dat dit ook het geval is ten aanzien van Groenselect, nu haar materieel- en procesrechtelijke positie zozeer verweven is met die van Spee, Werensteijn, Peijer en Horsmans, dat de uitspraak van de Nederlands-Antilliaanse rechter in redelijkheid ook ten aanzien van Groenselect dient te gelden.
3.3. Onderdeel 1.3 van het tegen dit oordeel gerichte middel houdt, kort samengevat, met name in dat het Hof heeft miskend dat partijen niet bevoegd zijn vorderingen die, zoals de hiervoor in 1 onder 1(a)–(c) vermelde, ertoe strekken de nietigheid in te roepen van een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders en/of het bestuur van een naamloze vennootschap, te onderwerpen aan de beslissing van een scheidsman. Partijen hebben over zodanige vorderingen immers niet de vrije beschikking in de zin van art. 500 (oud) RvNA.
3.4. Bij de beoordeling van het onderdeel moet, gelet op de toepasselijke bepalingen van overgangsrecht, worden uitgegaan van de tot 1 augustus 2005 (op welke datum ingevolge de Landsverordening van 29 april 2005, Pb. 2005, nr. 59, een nieuw Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in werking is getreden) geldende bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van de Nederlandse Antillen en Aruba. De toentertijd geldende regels inzake arbitrage, de artikelen 500 e.v. (oud) RvNA, komen overeen met de in Nederland tot 1 december 1986 geldende bepalingen van de artikelen 620 e.v. (oud) Rv.
Art. 500 lid 1 (oud) RvNA luidt als volgt:
"Ieder is bevoegd om geschillen omtrent rechten, waarover hij de vrije beschikking heeft, aan de beslissing van scheidsmannen te onderwerpen."
Het onderdeel stelt in wezen de vraag aan de orde of partijen de vrije beschikking hebben over de rechtsgeldigheid van de hiervoor in 1 (a)–(c) bedoelde besluiten in de zin van art. 500 lid 1 (oud) RvNA. Dienaangaande is van belang dat de hiervoor in 1 weergegeven vorderingen van Spee, Werensteijn, Peijer en Horsmans onder 1 (a)–(b) betrekking hebben op door de algemene vergade-

ring van aandeelhouders van Groenselect genomen besluiten tot benoeming en ontslag van bestuurders van die vennootschap. De vordering onder 1 (c) heeft betrekking op de rechtsgeldigheid van de door Forestry als bestuurder van Groenselect genomen besluiten.
3.5. De zojuist geformuleerde vraag moet ontkennend worden beantwoord. In de eerste plaats moet worden aangenomen dat vernietiging van een besluit van een rechtspersoon met het oog op de daaruit, zowel voor de rechtspersoon als voor derden, voortvloeiende (vaak ingrijpende) rechtsgevolgen en in verband met de rechtszekerheid, niet ter vrije beschikking van partijen staat. In de tweede plaats dient de rechterlijke uitspraak waarin de nietigheid van een besluit van een rechtspersoon wordt vastgesteld of die zulk een besluit vernietigt, zowel wanneer het besluit slechts interne werking heeft als wanneer het ook externe werking heeft, naar haar aard te gelden ten opzichte van een ieder en niet alleen ten opzichte van degene die de vernietiging heeft verzocht. Voor deze algemene werking is tussenkomst van de burgerlijke rechter noodzakelijk.
3.6. Onderdeel 1.3 treft dus doel. De overige klachten van onderdeel 1 behoeven geen behandeling.
3.7. Onderdeel 2 is gericht tegen de beslissing van het Hof dat ook Groenselect het arbitraal beding tegen zich dient te laten gelden, gelet op de nauwe verwevenheid van haar materieel- en procesrechtelijke positie met die van Spee, Werensteijn, Peijer en Horsmans.
Aangezien door onderdeel 1.3 met succes het oordeel van het Hof is bestreden dat het onderhavige beding in de weg staat aan beoordeling door de overheidsrechter van de vorderingen van Spee, Werensteijn, Peijer en Horsmans betreffende de onder 1 (a)–(c) bedoelde besluiten, is in zoverre ook de grondslag ontvallen aan het onderhavige oordeel van het Hof. Daarom heeft Groenselect geen belang bij de behandeling van onderdeel 2 voor zover dit betrekking heeft op de rechtsgeldigheid van de zojuist bedoelde besluiten. Zij heeft daarbij echter wél belang ten aanzien van de vordering onder 3, die strekt tot vergoeding van de schade die zij heeft geleden door het optreden van Van den Boogaard.
3.8. In zoverre treft onderdeel 2.9 van het middel doel.
Het onderdeel betoogt terecht dat het Hof heeft miskend dat Groenselect een eigen vordering tot schadevergoeding tegen Van den Boogaard heeft ingesteld die op een andere grondslag berust dan de vordering van Spee, Werensteijn, Peijer en Horsmans.
Ook in zoverre kan het bestreden vonnis dus geen stand houden. De overige klachten van onderdeel 2 behoeven geen behandeling.

4. Beslissing
De Hoge Raad:
vernietigt het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba van 8 februari 2005;
verwijst het geding naar dat Hof ter verdere behandeling en beslissing;
veroordeelt Van den Boogaard in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

NOOT

In dit arrest komt de vraag aan de orde of vernietiging van een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders (ava) van een vennootschap ook in arbitrage kan worden gevraagd dan wel tot de exclusieve rechtsmacht van de overheidsrechter behoort. Vooraf zal, in het kort, een overzicht worden gegeven van wat zich op de Antillen heeft afgespeeld voordat de zaak aan de Hoge Raad werd voorgelegd.
1. In de NV Groenselect, een vennootschap naar Antilliaans recht, hielden de vier verzoekers tot cassatie en Van den Boogaard ieder 20% van de aandelen. Het vertrouwen tussen de vier en Van den Boogaard was verstoord. Op 15 maart 2002 benoemden de verzoekers Werensteijn (verzoeker 2) tot bestuurder van Groenselect (conclusie A-G 1.4). Op 8 april 2002 werd in een door Van den Boogaard bijeen geroepen aandeelhoudersvergadering die door de vier verzoekers niet werd bijgewoond, de NV Forestry Investments als bestuurder benoemd (1.5 van de conclusie). In de aandeelhoudersvergadering van 2 oktober 2002, waarin alle aandeelhouders waren vertegenwoordigd, werd Forestry ontslagen (1.6).
In de Antillen heeft het Gerecht in Eerste Aanleg bij tussenvonnis van 23 juni 2003, de exceptie van Van den Boogaard, dat niet de rechter maar een arbiter bevoegd zou zijn, afgewezen. Bij eindvonnis van 12 januari 2004, verbeterd bij herstelvonnis van 7 februari 2004, heeft het Gerecht de vordering in conventie van Van den

Boogaard in reconventie afgewezen. In hoger beroep vernietigde het Gemeenschappelijk Hof van Justitie op 8 februari 2005 beide vonnissen: niet de rechter maar een arbiter zou in casu bevoegd zijn geweest.
Gerecht en Hof gaven een verschillende uitleg aan art. 9 van de intentieovereenkomst van 11 december 2001. Volgens het Gerecht maakt de rechtsgeldigheid van de besluiten van de ava d.d. 8 april 2002 geen deel uit van de geschillen die onder de daarin opgenomen arbitrageregeling vallen (zie 1.15 van de conclusie van de A-G). Het Hof, het Haviltex-arrest (NJ 1981, nr. 635) volgende, oordeelde dat partijen beoogden alle geschillen over hun ondernemingsbelangen aan de in art. 9 bedoelde arbitrage te onderwerpen (zie 1.18 van de conclusie).
De overeenkomst tot oprichting van Groenselect d.d. 1 september 1999 bevatte geen arbitraal beding. Elke aandeelhouder was een beperkt vetorecht m.b.t. besluiten van de ava toegekend. Dat vetorecht kon alleen worden toegepast als er sprake was van benadeling van één der aandeelhouders. In dat geval kan het besluit ter vernietiging aan een bindendadviescommissie worden voorgelegd (zie 1.4 van de conclusie A-G).
Het Hof vermeldt onder (c) van zijn vonnis d.d. 8 februari 2005, dat partijen op 10 april 2002 een arbitraal beding zijn overeengekomen. Ingevolge art. 1 van het a.b. komt in de plaats van art. 9 van de intentieovereenkomst de bepaling "Indien partijen bij deze overeenkomst van mening verschillen omtrent al wat voortvloeit uit en of samenhangt met deze overeenkomst, zal mr. De Leeuw uit Ede – in deze akte hierna te noemen: arbiter – bij wege van bindend advies vaststellen hoe het verschil van inzicht kan worden opgelost" (het Hof merkt op dat partijen geen onderscheid maken tussen bindend advies en arbitrage).
Mr. De Leeuw ontving wel van de verzoekers tot cassatie een zestal verzoeken ter arbitrage (zie 1.8 van de conclusie A-G) maar heeft geen vonnis gewezen. De NV Groenselect is met ingang van 10 oktober 2002 opgeheven (zie 1.11 conclusie A-G en 4.2 onder (f) van het Hof). De vraag of de rechter dan wel de arbiters over de vernietiging van de besluiten van de ava moet oordelen, heeft zich alleen bij de rechter in de Antillen afgespeeld.
2. Onder 1 heb ik kort samengevat wat in de Antillen voorafging aan de cassatie in Nederland. Daarbij heb ik vooral geput uit de conclusie van de A-G. Aan het arrest van de Hoge Raad zijn echter ook de vonnissen welke in de Antillen zijn gewezen, gehecht. Zo ook het cassatiemiddel dat twee onderdelen bevat. Het eerste onderdeel betreft de vraag of het inroepen van de nietigheid van besluiten van de ava vatbaar is voor arbitrage. Zoals de A-G in zijn bespreking van het eerste middel in zijn conclusie onder 2.1 opmerkt, is de kern van de zaak in onderdeel 1.3 van het cassatiemiddel te vinden. Daaruit citeer ik:
"Het Hof heeft miskend dat de overheidsrechter exclusief bevoegd is om kennis te nemen van een vordering die ertoe strekt de nietigheid van een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders en/of van het bestuur (de enige bestuurder) van een naamloze vennootschap in te roepen."
"Het Hof heeft miskend dat partijen niet bevoegd zijn om geschillen omtrent een dergelijke vordering aan de beslissing van scheidsmannen te ontwerpen, aangezien zij niet de vrije beschikking hebben over een dergelijke vordering in de zin van art. 500 Wetboek van burgerlijke rechtsvordering van de Nederlandse Antillen (RvNA)."
"Het Hof had mitsdien, zo nodig ambtshalve, moeten oordelen dat de Nederlands-Antilliaanse rechter wel bevoegd is om van de vordering van Spee c.s. kennis te nemen en had Spee c.s. vervolgens in die vordering moeten ontvangen." (cursivering mijnerzijds)
3. De Hoge Raad refereert in r.o. 3.3 eveneens aan 1.3 van het middel en wijst onder 3.4 speciaal op art. 500 (oud) van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van de Nederlandse Antillen en Aruba dat bepaalde: "Ieder is bevoegd om geschillen omtrent rechten, waarover hij de vrije beschikking heeft, aan de beslissing van scheidsmannen te onderwerpen". Die bepaling kwam overeen met het tot 1 december 1986 in Nederland geldende art. 620 (oud). De vraag of partijen de vrije beschikking hadden over de rechtsgeldigheid van besluiten van de ava tot benoeming of ontslag van een bestuurder moet volgens r.o. 3.5 ontkennend wordt beantwoord. De vernietiging van een besluit van een rechtspersoon staat niet ter vrije beschikking van de partijen. Daaraan voegt de Hoge Raad nog toe dat zulk een besluit niet alleen ten opzichte van degene die vernietiging verzoekt werkt, maar externe werking heeft. De Hoge Raad vernietigt derhalve het vonnis van het Gemeenschappelijk

Hof van Justitie en verwijst het geding naar dat Hof ter verdere behandeling en beslissing.
4. De A-G komt tot dezelfde conclusie als de Hoge Raad. Hij geeft daarbij echter een andere interpretatie aan het vonnis van het Hof, dat volgens hem niet eenvoudig te interpreteren is (zie 2.3). Volgens de A-G kan het besluit van de ava, om Forestry te ontslaan, worden opgevat als een "terugdraaien" van het besluit waarbij NV Forestry als bestuurder werd benoemd. Het terugdraaien van een besluit is naar zijn mening juridisch iets anders dan het nietig verklaren van een besluit waarop het middel doelt. Het terugdraaien van een besluit geschiedt door intrekking van het besluit door het bestuursorgaan van de vennootschap. Aan het slot van 2.3 stelt de A-G dat zijn inziens een bevel tot intrekking van een besluit "heel wel in een arbitrale procedure kan worden beslist waarbij de arbiter aan de betrokken partij een bevel geeft om een genomen besluit weer in te trekken".
Hoe moet men zich dat in de praktijk voorstellen? In plaats van bij de rechter vernietiging van een besluit van de ava te vragen zou, als partijen arbitrage zijn overeengekomen, de arbiter aan "de betrokken partij" (de 80% van de vier aandeelhouders, verzoekers in cassatie?) het bevel moeten geven om het besluit tot benoeming van de NV Forestry in te trekken. Als de betrokken partijen aan dat bevel van de arbiter gevolg geven, is wat hen betreft Forestry geen directeur meer. Maar wat t.a.v. van derden, die geen partij in de arbitrage waren?
In het onder 2.3 gestelde kan ik de A-G niet volgen. In hetgeen daarna volgt komt ook de A-G tot de conclusie dat het Hof zich niet onbevoegd had moeten verklaren om van de vordering tot vernietiging (dus niet terugdraaien) van het besluit tot benoeming van Forestry kennis te nemen. Ook volgens hem dient middelonderdeel 1.3 te slagen.
5. Het arrest lijkt mij ook van belang voor arbitrage in Nederland. Ook onder Nederlands recht kan de vraag rijzen of, als arbitrage is overeengekomen, met name door een arbitraal beding in de statuten van een NV of BV, een besluit tot benoeming of ontslag van een bestuurder door de ava in arbitrage vernietigd kan worden. In de literatuur wordt dit wel besproken, maar rechtspraak daarover, in elk geval van de Hoge Raad, ontbreekt.
Onze huidige Arbitragewet bepaalt in art. 1020 (derde lid): "De overeenkomst tot arbitrage mag niet leiden tot de vaststelling van rechtsgevolgen welke niet ter vrije bepaling van de partijen staan". Dat komt, zij het aangepast, op hetzelfde neer als de uitsluiting van geschillen over de rechten waarover partijen niet de vrije beschikking hebben volgens art. 500 (1) van het Antilliaanse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zoals dat luidde tijdens de procedure.
In mijn Het Nederlandse Arbitragerecht (vierde druk 2002) heb ik op p. 40 gesteld dat vernietiging van een besluit, genomen door een orgaan van de vennootschap, niet aan arbitrage kan worden onderworpen, evenmin als een besluit tot ontbinding van de vennootschap. Ook Van der Grinten stelde in zijn Handboek (1989) dat vernietiging van een besluit van een orgaan van de vennootschap evenals een besluit tot ontbinding tot de exclusieve rechtsmacht van de overheidsrechter behoort.
In de literatuur verdedigt met name mr. O.L.O. de Witt Wijnen een ander standpunt. In Deel 82 van de Serie verzorgd door het Van der Heijden Instituut (2005, Geschriften van de Vereniging Corporate Litigation) stelt hij, in vervolg op zijn bijdrage voor het Nijmeegse Congres van 1999, op p. 238 onder 1.4 "dat minder vaak tot de exclusieve rechtsmacht van de overheidsrechter geconcludeerd moet worden".
In het themanummer april 2006 van het TvA – waarin het Voorstel tot Herziening van onze Arbitragewet van 1986 is gepubliceerd en toegelicht – is artikel 1020(3) ongewijzigd gebleven. In zijn artikel (één van de negen artikelen, toegevoegd aan dit themanummer) licht mr. De Witt Wijnen zijn opvatting nader toe.
Het arrest van de Hoge Raad onderschrijft de opvatting dat vernietiging van besluiten van een orgaan van de vennootschap tot de exclusieve rechtsmacht van de overheidsrechter behoort. Dat kan men ook vinden in de Asser-Serie 2-III (NV-BV). Bij de bespreking van de Geschillenregeling in nr. 493 (tweede druk 2000) wijst prof. Maeijer op de moeilijkheid die geschillen aan arbitrage te onderwerpen en de niet bij de overeenkomst betrokken aandeelhouders aan de door arbiters gegeven uitspraak te binden. Hij verwijst daarbij naar mijn artikel in de hem aangeboden Bundel Van Vennootschappelijk Belang, p. 234. Daarin noemde ik de mogelijkheid van arbitrage ex art. 337 van Boek 2 een doodgebo-

ren kindje. Die mening wordt door prof. Snijders gedeeld in zijn Arbitragerecht (tweede druk 2003) op p. 70.
Al kunnen besluiten ter vernietiging of ontbinding van een NV of BV niet in arbitrage worden gevraagd, toch is er wel enige ruimte voor arbitrage in het vennootschapsrecht. Bij voorbeeld in een joint-ventureovereenkomst tussen aandeelhouders of bij stemovereenkomsten tussen aandeelhouders. Ook zou m.i. een a.b. in de statuten kunnen bijdragen tot oplossing van de impasse als de stemmen in de ava staken (zie art. 120/230 Boek 2). Maar het blijven uitzonderingen. Dat zal in de Antillen echter geen uitzondering blijven. Het nieuwe Boek 2 BW van de Antillen, ingevoerd op 1 maart 2004, bepaalt in art. 2:9 dat geschillen tussen twee of meer van de in art. 2:7 lid 1 BW bedoelde personen als zodanig (de rechtspersoon, bestuurders, commissarissen en aandeelhouders) in arbitrage kunnen worden beslist. Dat is dus krachtens de wet. Zou die bepaling een schaduw vooruit hebben geworpen bij het Hof van Justitie toen het op 8 februari 2005 vonnis wees?
6. Het tweede onderdeel van het cassatiemiddel betreft de vordering tot schadevergoeding welke de verzoekers bij de rechter in de Antillen instelden tegen Groenselect NV. Volgens Van den Boogaard was de rechter ook in dit geval onbevoegd van deze vordering kennis te nemen. Ook deze vordering zou volgens hem onder de overeenkomst tot arbitrage van de verzoekers vallen hoewel Groenselect daarbij geen partij was. Het Hof volgt in zijn vonnis van 8 februari 2005 Van den Boogaard.
De A-G acht in 2.19 van zijn conclusie de verwevenheid van Groenselect met de verzoekers volledig onderbouwd. Zij bezaten immers 80% van de aandelen Groenselect. In 2.20 oordeelt de A-G echter dat die verwevenheid in casu onvoldoende was om een uitzondering te maken op het beginsel dat een a.b. geen derdenwerking heeft. De Hoge Raad sluit zich daarbij aan. Conform de conclusie van de A-G vernietigt de Hoge Raad het vonnis van het Hof ook op dit onderdeel en verwijst hij de zaak naar Het Hof ter verdere behandeling en beslissing.
In mijn annotatie ga ik op dat tweede onderdeel van het cassatiemiddel over de eventuele derdenwerking van de tussen de verzoekers overeengekomen arbitrage niet nader in. Ik beperk mij tot het eerste onderdeel: vernietiging van de besluiten van de ava tot benoeming of ontslag van een bestuurder van de Groenselect NV kan niet aan arbitrage worden onderworpen, maar is aan de rechter voorbehouden. Die uitspraak is ook voor Nederlandse arbitragerechtspraak van belang.

P. Sanders

29

JOR 2015/29

Hoge Raad
17 oktober 2014, 13/02085,
ECLI:NL:HR:2014:2987
(mr. Streefkerk, mr. Drion,
mr. Tanja-van den Broek)
(Concl. A-G Wissink, niet opgenomen; red.)
Noot J.J. Dammingh

Curaçaose zaak. Beroepsaansprakelijkheid makelaar. Onderzoeks- of waarschuwingsplicht verkopend makelaar met betrekking tot hypotheekrechten of beslagen van derden. Geen schending zorgplicht verkopende makelaar jegens (particuliere en ter zake onkundige) koper. Verwijzing naar HR 17 februari 2012, «JOR» 2012/136, m.nt. Dammingh.

[BW art. 6:162]

Onderdeel 1 klaagt dat het hof heeft miskend dat van een redelijk handelend en redelijk bekwaam, namens de verkoper optredende makelaar (ook, althans in ieder geval op Curaçao) mag worden verwacht dat hij ten behoeve van de (als particulier optredende en niet ter zake deskundige) koper bij het kadaster of het openbare register onderzoek doet naar op het te verkopen onroerend goed rustende hypotheekrechten of beslagen van derden en daarvan aan de koper melding maakt, althans dat het hof miskend heeft dat van zodanige makelaar mag worden verwacht dat hij de koper voorafgaand aan de totstandkoming van de koopovereenkomst waarschuwt voor de mogelijkheid dat het aangeboden perceel bezwaard is met een hypotheekrecht of beslag van een derde. De vraag of een makelaar die voor de verkoper op-

treedt, jegens een (potentiële) koper voldoende zorgvuldig heeft gehandeld, dient te worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het geval (vgl. HR 17 februari 2012, «JOR» 2012/136, m.nt. Dammingh (Savills/Pasman Holding)). Anders dan het onderdeel betoogt, is ook het antwoord op de vraag of een voor de verkoper optredende makelaar gehouden is ten behoeve van een potentiële koper onderzoek te doen naar op het te verkopen onroerend goed rustende hypotheekrechten of beslagen van derden, dan wel hen voorafgaand aan de totstandkoming van een koopovereenkomst te waarschuwen voor de mogelijkheid van dergelijke rechten of beslagen, afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In het onderhavige geval heeft het hof zijn oordeel dat verweerster (in cassatie) niet tot zodanig onderzoek of zodanige waarschuwing gehouden was, daarop gebaseerd dat niet is gesteld of gebleken dat verzoekers (tot cassatie) aan verweerster hebben gevraagd of het perceel bezwaard was, noch dat verweerster verzoekers heeft medegedeeld dat het perceel niet bezwaard was, noch dat verweerster op de hoogte was van de omstandigheid dat het perceel bezwaard was of hieromtrent reden tot twijfel had. In het licht daarvan geeft het oordeel van het hof dat verweerster niet in hun informatie- en mededelingsplicht jegens verzoekers is tekortgeschoten, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

1. X,
2. Y,
verzoekers tot cassatie,
advocaten: mr. J.F. de Groot en mr. P.A. Fruytier,
tegen
Hamar Real Estate BV te Willemstad (Curaçao),
verweerster in cassatie,
advocaten: mr. D.M. de Knijff en mr. M.S. van der Keur.

(...; *red.*)

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Remax, een makelaarskantoor, heeft een kavel grond te koop aangeboden (hierna: het perceel) dat in eigendom toebehoorde aan [betrokkene 1].

(ii) [betrokkene 2] (hierna: [betrokkene 2]) heeft uit hoofde van een "Independent Contractor Agreement" werkzaamheden voor Remax verricht.

(iii) [betrokkene 2] en [betrokkene 3], office manager bij Remax, hebben contact gehad met [verzoeker] c.s. over het perceel.

(iv) Op 7 mei 2008 hebben [verzoeker] c.s. en [betrokkene 1] een koop- en een aannemingsovereenkomst gesloten met betrekking tot het perceel. Deze overeenkomsten zijn opgesteld en ondertekend op het kantoor van Remax, alwaar ook [betrokkene 2] en Vervoord aanwezig waren.

(v) In de koopovereenkomst is als koopprijs het bedrag van € 280.000,-- opgenomen, waarvan de betaling "zal geschieden zoals in de aannemingsovereenkomst (...) is overeengekomen". Verder is daarin bepaald dat de notariële akte van levering zal worden verleden uiterlijk 1 april 2009 of zoveel eerder of later als partijen nader zullen overeenkomen.

(vi) In de aannemingsovereenkomst is bepaald dat [betrokkene 1] zich jegens [verzoeker] c.s. verplicht een woning op het perceel te bouwen en deze uiterlijk 1 april 2009 op te leveren. Met betrekking tot de bouwsom van € 280.000,-- is, samengevat, bepaald dat deze in tien termijnen verschuldigd wordt, waarvan acht termijnen tot een totaalbedrag van € 226.000,-- vóór de oplevering en het passeren van de akte.

(vii) [betrokkene 1] heeft het perceel niet geleverd. Naar later bleek, rustte op het perceel sinds 29 oktober 2007 een hypotheek ten behoeve van een bank en sinds 7 december 2007 een beslag ten gunste van een schuldeiser van [betrokkene 1].

(viii) [betrokkene 1] is op 11 september 2009 op verzoek van [verzoeker] c.s. failliet verklaard.

3.2.1. In de onderhavige procedure hebben [verzoeker] c.s. gevorderd dat Remax en [betrokkene 2] hoofdelijk worden veroordeeld tot betaling van € 215.250,--, NAF 155.317,22 en € 32.093,32 aan schadevergoeding. Daaraan hebben zij ten grondslag gelegd dat Remax en [betrokkene 2] als verkopende makelaars onrechtmatig jegens hen als kopers hebben gehandeld door geen onderzoek te doen naar de mogelijkheid dat het perceel bezwaard was en hebben nagelaten [verzoeker] c.s. te waarschuwen voor het grote risico dat zij liepen door het aangaan van een overeenkomst waarbij zij voor de levering dienden te betalen, zonder dat zekerheid werd geboden.

3.2.2. Het gerecht heeft de vorderingen jegens Remax toegewezen en die jegens [betrokkene 2] afgewezen. Het hof heeft, op het hoger beroep van

Remax, ook de vorderingen jegens Remax afgewezen. Volgens het hof zijn Remax en [betrokkene 2] in de gegeven omstandigheden niet in hun informatie- en mededelingsplicht jegens [verzoeker] c.s. tekortgeschoten. Daartoe heeft het hof als volgt overwogen.
Van een (redelijk handelend en redelijk bekwaam) verkopende makelaar kan in Curaçao (waar een online raadpleging niet bestaat) niet zonder meer worden gevergd dat hij ten behoeve van potentiële kopers zelfstandig het kadaster en de openbare registers raadpleegt op eventuele bezwaardheden (hypotheek dan wel beslag), nog daargelaten op welk moment of welke momenten die raadpleging zou moeten plaats vinden. Dat is anders wanneer een koper de verkopende makelaar heeft gevraagd of sprake is van bezwaardheden, zoals het geval was in het door [verzoeker] c.s. genoemde arrest van de Hoge Raad van 4 februari 1977, NJ 1977/278 (vgl. ook HR 17 februari 2012, NJ 2012/290). Gesteld noch gebleken is dat [verzoeker] c.s. als kopers aan de verkopende makelaar Remax en/of [betrokkene 2] naar eventuele bezwaardheden hebben gevraagd, dat Remax en [betrokkene 2] spontaan mededelingen omtrent het niet bezwaard zijn hebben gedaan of dat Remax en [betrokkene 2] op de hoogte waren van de bezwaardheid dan wel in dat opzicht reden tot twijfel hadden. (rov. 4.4)
Remax en [betrokkene 2] valt evenmin een verwijt te maken van de voor [verzoeker] c.s. risicovolle betalings- en leveringsvoorwaarden van de aannemingsovereenkomst. Van verder gaande betrokkenheid van Remax en/of [betrokkene 2] dan het aanwezig zijn van [betrokkene 2] op het kantoor van Remax bij de ondertekening door [verzoeker] c.s. en [betrokkene 1] van de aannemingsovereenkomst is het hof niet gebleken. Van Remax en [betrokkene 2] kon dan ook niet worden gevergd dat zij [verzoeker] c.s. zouden waarschuwen voor eventuele bijzonderheden in die overeenkomst. (rov. 4.5)
3.3.1. Onderdeel 1 klaagt dat het hof heeft miskend dat van een redelijk handelend en redelijk bekwaam, namens de verkoper optredende makelaar (ook, althans in ieder geval op Curaçao) mag worden verwacht dat hij ten behoeve van de (als particulier optredende en niet ter zake deskundige) koper bij het kadaster of het openbare register onderzoek doet naar op het te verkopen onroerend goed rustende hypotheekrechten of beslagen van derden en daarvan aan de koper melding maakt. Althans heeft het hof miskend dat van zodanige makelaar mag worden verwacht dat hij de koper voorafgaand aan de totstandkoming van de koopovereenkomst waarschuwt voor de mogelijkheid dat het aangeboden perceel bezwaard is met een hypotheekrecht of beslag van een derde.
3.3.2. De vraag of een makelaar die voor de verkoper optreedt, jegens een (potentiële) koper voldoende zorgvuldig heeft gehandeld, dient te worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het geval (vgl. HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6162, NJ 2012/290 («JOR» 2012/136, m.nt. Dammingh (*Savills/Pasman Holding*); *red.*)). Anders dan het onderdeel betoogt, is ook het antwoord op de vraag of een voor de verkoper optredende makelaar gehouden is ten behoeve van een potentiële koper onderzoek te doen naar op het te verkopen onroerend goed rustende hypotheekrechten of beslagen van derden, dan wel hen voorafgaand aan de totstandkoming van een koopovereenkomst te waarschuwen voor de mogelijkheid van dergelijke rechten of beslagen, afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In het onderhavige geval heeft het hof zijn oordeel dat Remax en [betrokkene 2] niet tot zodanig onderzoek of zodanige waarschuwing gehouden waren daarop gebaseerd dat niet is gesteld of gebleken dat [verzoeker] c.s. aan Remax of [betrokkene 2] hebben gevraagd of het perceel bezwaard was, noch dat Remax of [betrokkene 2] [verzoeker] c.s. heeft medegedeeld dat het perceel niet bezwaard was, noch dat Remax of [betrokkene 2] op de hoogte was van de omstandigheid dat het perceel bezwaard was of hieromtrent reden tot twijfel had. In het licht daarvan geeft het oordeel van hof dat Remax en [betrokkene 2] niet in hun informatie- en mededelingsplicht jegens [verzoeker] c.s. zijn tekortgeschoten, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.
3.4. Onderdeel 2 kan evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de daarin geformuleerde klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing
De Hoge Raad:
verwerpt het beroep;
veroordeelt [verzoeker] c.s. in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

NOOT

1. Handelt een in opdracht van de verkoper optredende makelaar onrechtmatig jegens de *koper* wanneer hij nalaat de koper erop te attenderen dat op het te verkopen registergoed een hypotheek en een beslag rusten? Deze vraag is niet zo gemakkelijk te beantwoorden. Aan de ene kant handelt de makelaar in opdracht van de verkoper. Hij is dus (allereerst) een *partijdige* belangenbehartiger, en de koper dient zich dat te realiseren. Aan de andere kant mag van de makelaar worden gevergd dat hij, in het kader van de door hem jegens de verkoper (als zijn opdrachtgever) te betrachten zorg, voorafgaand aan de verkoop nagaat – door onderzoek in de openbare registers – of het te verkopen registergoed is bezwaard met een hypotheekrecht en of er een beslag op rust. Zodra de makelaar *weet* dat door een schuldeiser van de verkoper op het registergoed beslag is gelegd, zal hij dit niet tegenover de koper mogen verzwijgen. De door hem jegens de koper (als "derde") in acht te nemen zorgvuldigheid brengt mee dat hij dan aan de koper behoort te melden dat op het registergoed een beslag rust. Ik licht dit hierna toe. Maar eerst schets ik kort de relevante feiten die in deze zaak aan de orde waren.
2. Op 7 mei 2008 heeft Van Helvoirt een kavel grond verkocht aan De Winter. In dit verband hebben partijen een koop- en aannemingsovereenkomst gesloten: Van Helvoirt zou niet alleen de grond leveren, maar ook ten behoeve van De Winter een woning daarop bouwen. Van Helvoirt is voorafgaand aan en bij het sluiten van de koopovereenkomst bijgestaan door makelaar Remax. De oplevering van de woning (inclusief de grond) zou op 1 april 2009 plaatsvinden. De Winter was in totaal (als prijs c.q. bouwsom) € 280.000 aan Van Helvoirt verschuldigd: € 100.000 diende half mei 2008 te worden betaald en de overige termijnen moest De Winter voldoen naar gelang de bouw van de woning vorderde. Op 1 april 2009 heeft de levering niet plaatsgevonden omdat op het verkochte registergoed een hypotheekrecht en een beslag ten laste van verkoper Van Helvoirt bleken te rusten (terwijl Van Helvoirt het registergoed – uiteraard – vrij van hypotheek en beslag aan De Winter moest leveren). Zowel het hypotheekrecht als het beslag bleek al sinds medio 2007 op het registergoed te rusten. Ook bij het sluiten van de koopovereenkomst – in mei 2008 – rustten de hypotheek en het beslag dus (al) op het registergoed. De levering heeft niet plaatsgevonden en Van Helvoirt is in september 2009 failliet verklaard. De Winter had vóór de beoogde datum van oplevering reeds € 226.000 ter zake van de bouwsom aan Van Helvoirt voldaan. Dit bedrag was niet meer verhaalbaar op Van Helvoirt.
3. In de onderhavige procedure heeft De Winter een veroordeling gevorderd van Remax, het makelaarskantoor dat in opdracht van verkoper Van Helvoirt bij de verkoop betrokken is geweest, tot vergoeding van zijn schade (bestaande uit de door hem aan Van Helvoirt betaalde bedragen die niet meer op Van Helvoirt waren te verhalen). Aan de door hem tegen Remax ingestelde vordering heeft De Winter onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) ten grondslag gelegd: volgens De Winter heeft Remax onrechtmatig jegens hem gehandeld door hem niet vóór het sluiten van de koopovereenkomst (in mei 2008) erop te wijzen dat er een hypotheek en een beslag op het te verkopen registergoed rustten. De Winters vordering is in eerste aanleg toegewezen: een makelaar die voor de verkoper bemiddelt, heeft ook verplichtingen jegens een potentiële koper. Remax had de openbare registers moeten raadplegen en, na kennisneming van de hypotheek en het beslag, daarvan mededeling aan De Winter behoren te doen, aldus de rechter in eerste aanleg. Dit oordeel is in hoger beroep door het hof vernietigd: van een voor de verkoper optredende makelaar wordt niet zonder meer gevergd dat hij ten behoeve van een potentiële koper de openbare registers raadpleegt. Dat zou anders (kunnen) zijn wanneer deze aan de makelaar heeft gevraagd of sprake is van "bezwaardheden". Naar het oordeel van het hof kon niet worden gezegd dat Remax in de gegeven omstandigheden onrechtmatig jegens De Winter heeft gehandeld.
4. De Winter is in cassatie tegen dit oordeel opgekomen. Hij heeft betoogd dat van een voor de verkoper optredende makelaar mag worden verwacht dat hij ten behoeve van de koper de openbare registers raadpleegt, *althans* dat hij de koper (vóór de koop) waarschuwt voor de mogelijkheid dat op het registergoed een hypotheekrecht en/of een beslag rusten. De Hoge Raad verwerpt dit betoog. Hij benadrukt dat het antwoord op de vraag of een voor de verkoper

optredende makelaar gehouden is om ten behoeve van een potentiële koper de openbare registers te raadplegen dan wel hem te wijzen op het risico van "bezwaardheden", afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Niet gebleken is dat: *a)* De Winter aan Remax heeft gevraagd of het perceel bezwaard was; *of b)* Remax (ten onrechte) aan De Winter heeft medegedeeld dat het perceel niet was bezwaard; *dan wel c)* Remax *wist* dat op het perceel een hypotheek en een beslag rustten. Tegen die achtergrond geeft het oordeel van het hof geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, aldus de Hoge Raad. Zou één van de onder *a* t/m *c* genoemde omstandigheden wel aan de orde zijn geweest, dan zou (mogelijk) wel van een onrechtmatig handelen sprake zijn geweest. Zie bijvoorbeeld HR 4 februari 1977, *NJ* 1977, 278 (*Gerritsen/Zwaan*).

5. De Hoge Raad heeft de cassatieklacht naar mijn mening terecht verworpen. Een makelaar die in opdracht van de *verkoper* bij de verkoop van een registergoed is betrokken, is namelijk allereerst gehouden om het belang van de verkoper te dienen. De verkoper is zijn opdrachtgever, en jegens hem behoort de makelaar de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen (vgl. art. 7:401 BW). Aannemend dat zij bij de verkoop niet heeft geweten dat op het registergoed een hypotheekrecht en een beslag rustten, heeft Remax niet onrechtmatig jegens koper De Winter gehandeld door hem niet op (het risico van) de hypotheek en het beslag te wijzen. Toch is naar mijn mening sprake van een (merkwaardige) *paradox*: aan de ene kant hoeft een makelaar die niet weet van een hypotheek of beslag de koper daarop niet te wijzen, maar aan de andere kant brengt de door de makelaar jegens de verkoper (als zijn opdrachtgever) te betrachten zorg mee dat hij voorafgaand aan de verkoop de openbare registers *behoort* te raadplegen om vast te stellen of er een hypotheek, een beslag of andere "bezwaardheden" op het te verkopen registergoed rusten. En zodra de makelaar *weet* dat een hypotheek of een beslag op het registergoed rust, zal hij dit niet tegenover een potentiële koper mogen verzwijgen. De makelaar is gehouden om – als goed opdrachtnemer – de openbare registers te raadplegen in verband met de vrijwaringsplicht die art. 7:15 BW aan de verkoper oplegt, inhoudend dat hij de verkochte zaak vrij van "*bijzondere lasten"* aan de koper dient te leveren (met uitzondering van de lasten die de koper uitdrukkelijk heeft aanvaard). "Bijzondere lasten" zijn specifieke juridische beperkingen zoals erfdienstbaarheden, erfpacht, hypotheek en ook beslag. Blijkt op de geleverde zaak een 'bijzondere last" te rusten die niet door de verkoper is medegedeeld en dus (ook) niet door de koper is aanvaard, dan is de verkoper jegens de koper tekortgeschoten in de nakoming van de ingevolge art. 7:15 BW op hem rustende vrijwaringsplicht. Derhalve noopt art. 7:15 BW de in opdracht van de verkoper handelende makelaar ertoe om de openbare registers te raadplegen, zodat de verkoper eventueel op het registergoed rustende bijzondere lasten tijdig aan de koper kan melden. Maar de omstandigheid dat een in opdracht van de verkoper handelende makelaar in het kader van de jegens zijn opdrachtgever te betrachten zorg gehouden is om de openbare registers te raadplegen, brengt *niet* (zonder meer) mee dat hij jegens de koper uit onrechtmatige daad aansprakelijk is wanneer hij heeft verzuimd die registers te raadplegen. Blijkt er een beslag op het verkochte registergoed te rusten waarvan de koper niet wist, dan zal hij de verkoper (als zijn contractuele wederpartij) daarop moeten aanspreken. De verkoper op zijn beurt kan dan jegens de makelaar – als zijn opdrachtnemer – een vordering uit wanprestatie instellen. De koper zal niet de makelaar (uit onrechtmatige daad) kunnen aanspreken, *tenzij* de makelaar heeft geweten van het beslag *of* (verwijtbaar) een onjuiste mededeling dienaangaande aan de koper heeft gedaan. Zodanige omstandigheden waren in de onderhavige zaak (kennelijk) niet aan de orde, en dus heeft de Hoge Raad mijns inziens terecht geoordeeld dat Remax niet aansprakelijk is voor de door De Winter geleden schade. De door De Winter geleden schade had door verkoper Van Helvoirt moeten worden vergoed, maar die bood (vanwege diens faillissement) helaas geen verhaal meer. Ik merk nog op dat het in veel gevallen zo zal zijn dat de koper pas bij de (notariële) levering de koopprijs hoeft te voldoen. Alsdan zal het probleem waarmee koper De Winter in casu werd geconfronteerd, zich in beginsel niet voordoen. De koopprijs wordt dan immers onder de notaris gestort, en de notaris zal die koopprijs onder zich houden totdat duidelijk is dat de koper het door hem gekochte registergoed vrij van hypotheken en beslagen in eigendom heeft verkregen. Voor de koper is er wel een risico wanneer hij voorafgaand aan de levering reeds bedragen

aan de verkoper dient te voldoen, zoals in de onderhavige zaak dus aan de orde was.

J.J. Dammingh
universitair hoofddocent burgerlijk (proces)recht
Radboud Universiteit Nijmegen

150

JOR 2017/150

Hoge Raad
3 februari 2017, 15/03855,
ECLI:NL:HR:2017:143
(mr. Bakels, mr. Streefkerk, mr. Heisterkamp, mr. Polak, mr. Du Perron)
(Concl. A-G Timmerman, niet opgenomen; red.)
Noot S.C.J.J. Kortmann

Onbevoegde vertegenwoordiging bij schikkingsovereenkomst en daarop gebaseerde akte van overdracht. Schijn van volmachtverlening. Risicotoerekening. Tegenover wederpartij gewekte vertrouwen mede gebaseerd op feiten of omstandigheden die onbevoegd vertegenwoordigde betreffen. Verwijzing naar HR 19 februari 2010, «JOR» 2010/178, m.nt. Biemans (ING/Bera); HR 2 december 2011, «JOR» 2012/100, m.nt. Schuijling (Erven Van Manen/Hooft Graafland) en HR 3 februari 2012, «JOR» 2012/101, m.nt. Schuijling (Fujitsu/Exel).

[BW art. 3:61 lid 2]

In zijn arrest van 19 februari 2010, «JOR» 2010/178, m.nt. Biemans (ING/Bera); en nadien voorts in HR 2 december 2011, «JOR» 2012/100, m.nt. Schuijling (Erven Van Manen/Hooft Graafland) en HR 3 februari 2012, «JOR» 2012/101, m.nt. Schuijling (Fujitsu/Exel) heeft de Hoge Raad onder meer overwogen dat uitgangspunt moet zijn dat voor toerekening van schijn van volmachtverlening aan de vertegenwoordigde ook plaats kan zijn ingeval de wederpartij gerechtvaardigd heeft vertrouwd op volmachtverlening aan de in werkelijkheid onbevoegde tussenpersoon op grond van feiten en omstandigheden die voor risico van de onbevoegd vertegenwoordigde komen en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid. Dit risicobeginsel gaat niet zo ver dat voor toepassing daarvan ook ruimte is in gevallen waarin het tegenover de wederpartij gewekte vertrouwen uitsluitend is gebaseerd op verklaringen of gedragingen van de onbevoegd handelende persoon. Uit het arrest ING/Bera volgt dat de rechter in zijn uitspraak mede feiten of omstandigheden dient vast te stellen die de onbevoegd vertegenwoordigde betreffen en die rechtvaardigen dat laatstgenoemde in zijn verhouding tot de wederpartij het risico van de onbevoegde vertegenwoordiging draagt. Het hof heeft verzoeker (tot cassatie) gebonden geacht aan de door mr. Kloes in zijn naam ondertekende schikkingsovereenkomst en akte van aandelenoverdracht op de grond dat mr. Kloes zich jegens verweerster (in cassatie) heeft gepresenteerd als de advocaat van verzoeker, die gemachtigd was om namens verzoeker akkoord te gaan met de inhoud van beide akten en beide akten te ondertekenen, en dat er geen bewijsmiddelen zijn die erop wijzen dat verweerster niet is afgegaan en/of niet heeft mogen afgaan op die wijze van presentatie. Het hof heeft aldus geen feiten of omstandigheden vastgesteld als hiervoor bedoeld.

X,
verzoeker tot cassatie,
verweerder in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,
advocaat: mr. J. van der Beek,
tegen
Aventura Real Estate NV te Aruba,
verweerster in cassatie,
verzoekster in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,
advocaten: mr. P. Kuipers en mr. J. de Jong van Lier.

(...; *red.*)

3. Uitgangspunten in cassatie

3.1.1. De Hoge Raad verwijst voor de in dit geding vaststaande feiten, het procesverloop en het tussen partijen bestaande geschil naar zijn op 21 juni 2013 uitgesproken arrest in deze zaak. In dat arrest is het tussen partijen uitgesproken vonnis van 17 mei 2011 van het hof vernietigd, en is de zaak naar dat hof teruggewezen ter verdere behandeling en beslissing.

3.1.2. Zeer verkort weergegeven gaat het in deze zaak erom dat Aventura stelt dat [verzoeker] zijn aandelen in die vennootschap in de periode 1992-1993 bij akte aan haar heeft overgedragen. [verzoeker] heeft dit betwist. Hij heeft in dit geding verzocht, kort gezegd, dat voor recht wordt verklaard dat hij nog steeds eigenaar is van 49% van de aandelen in Aventura.
Aventura beroept zich daartegenover op twee ongedateerde akten: een schikkingsovereenkomst en een op die schikking gebaseerde akte van overdracht. Volgens Aventura zijn beide akten namens [verzoeker] ondertekend door zijn advocaat, mr. Kloes.
[verzoeker] heeft de gestelde overdracht betwist. Hij heeft onder meer aangevoerd dat hij mr. Kloes niet als zijn advocaat heeft aangesteld, of anderszins heeft ingeschakeld dan wel gevolmachtigd.
3.2.1. Na verwijzing heeft het hof in zijn tussenvonnis Aventura opgedragen te bewijzen:
A. dat mr. Kloes de twee ongedateerde akten – een schikkingsovereenkomst en een op die schikking gebaseerde akte van overdracht – heeft ondertekend, alsmede
B. (i) hetzij dat [verzoeker] een toereikende volmacht aan mr. Kloes had verleend om beide akten te ondertekenen,
(ii) hetzij dat Aventura gerechtvaardigd heeft vertrouwd op volmachtverlening aan mr. Kloes op grond van feiten en omstandigheden die voor risico van [verzoeker] komen en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid.
3.2.2. Na bewijslevering heeft het hof in zijn eindvonnis de vordering van [verzoeker] afgewezen. Daartoe overwoog het onder meer als volgt:
"2.3. Nu mr. Kloes heeft verklaard dat hij de akte van dading en de akte van aandelenoverdracht heeft ondertekend, de handtekeningen op de overgelegde afschriften van die stukken grote gelijkenis vertonen met andere handtekeningen van mr. Kloes in het dossier, en er geen bewijsmiddelen zijn die op het tegendeel wijzen, is Aventura geslaagd in bewijsopdracht A.
2.4. Voorts is Aventura in elk geval geslaagd in bewijsopdracht B(ii). Zowel mr. Van Mierlo als mr. Kloes hebben verklaard dat mr. Kloes zich jegens Aventura heeft gepresenteerd als de advocaat van [verzoeker], die gemachtigd was om namens [verzoeker] akkoord te gaan met de inhoud van beide akten en beide akten te ondertekenen. Er zijn geen bewijsmiddelen die erop wijzen dat mr. Kloes zich niet zo jegens Aventura heeft gepresenteerd. Er zijn geen bewijsmiddelen die erop wijzen dat Aventura niet is afgegaan en/of niet heeft mogen afgaan op die wijze van presentatie. De omstandigheid dat mr. Kloes de hoedanigheid van advocaat bezat, geeft steun aan het oordeel dat Aventura daar wel op mocht afgaan. Aventura behoefde naar (toen en nu) geldende verkeersopvattingen geen onderzoek te doen naar de vraag of [verzoeker] mr. Kloes daadwerkelijk had gemachtigd en/of naar de vraag of de volmacht aan akkoord te gaan met de inhoud van beide akten en beide akten te ondertekenen. De vraag of Aventura ook is geslaagd in bewijsopdracht B(i) kan in deze procedure onbeantwoord blijven. Ten overvloede overweegt het Hof dat de verklaring van mr. Kloes daarover, ondersteund met pagina's uit zijn agenda, overtuigend overkomt."

4. Beoordeling van het middel in het principale beroep

4.1. De onderdelen 1.1 en 1.2 van het middel klagen – zakelijk weergegeven – dat de door het hof in zijn eindvonnis genoemde feiten en omstandigheden, die erop neerkomen dat mr. Kloes zich jegens Aventura heeft gepresenteerd als advocaat van [verzoeker], niet zonder meer voor risico van [verzoeker] komen in die zin dat daaruit naar verkeersopvattingen een aan [verzoeker] toerekenbare schijn van volmachtverlening kan worden afgeleid. Dit is volgens de onderdelen met name het geval omdat [verzoeker] gemotiveerd heeft betwist dat hij mr. Kloes als zijn advocaat heeft aangesteld, of anderszins heeft ingeschakeld dan wel gevolmachtigd.
4.2.1. Art. 3:61 lid 2 BW Aruba, dat gelijk is aan art. 3:61 lid 2 BW, bepaalt:
"Is een rechtshandeling in naam van een ander verricht, dan kan tegen de wederpartij, indien zij op grond van een verklaring of gedraging van die ander heeft aangenomen en onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht aannemen dat een toereikende volmacht was verleend, op de onjuistheid van deze veronderstelling geen beroep worden gedaan."
4.2.2. In zijn arrest van 19 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK7671, NJ 2010/115 («JOR» 2010/178, m.nt. Biemans; *red.*) (ING/Bera; zie nadien voorts: HR 2 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT4790, NJ 2012/389 («JOR» 2012/100, m.nt. Schuijling (*Erven Van Manen/Hooft Graafland*); *red.*) en HR 3 februari 2012,

ECLI:NL:HR:2012:BU4909, NJ 2012/390 («JOR» 2012/101, m.nt. Schuijling (*Fujitsu/Exel*); *red.*)) heeft de Hoge Raad onder meer als volgt overwogen:
"(...) uitgangspunt [moet] zijn dat voor toerekening van schijn van volmachtverlening aan de vertegenwoordigde ook plaats kan zijn ingeval [de wederpartij] gerechtvaardigd heeft vertrouwd op volmachtverlening aan [de in werkelijkheid onbevoegde tussenpersoon] op grond van feiten en omstandigheden die voor risico van [de onbevoegd vertegenwoordigde] komen en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid."
4.2.3. Dit risicobeginsel gaat niet zo ver dat voor toepassing daarvan ook ruimte is in gevallen waarin het tegenover de wederpartij gewekte vertrouwen uitsluitend is gebaseerd op verklaringen of gedragingen van de onbevoegd handelende persoon. Uit het arrest ING/Bera volgt dat de rechter in zijn uitspraak mede feiten of omstandigheden dient vast te stellen die de onbevoegd vertegenwoordigde betreffen en die rechtvaardigen dat laatstgenoemde in zijn verhouding tot de wederpartij het risico van de onbevoegde vertegenwoordiging draagt.
4.3. Tegen deze achtergrond treffen de onderdelen 1.1 en 1.2 doel. Het hof heeft in rov. 2.4, eerste alinea, van zijn eindvonnis [verzoeker] gebonden geacht aan de door mr. Kloes in zijn naam ondertekende schikkingsovereenkomst en akte van aandelenoverdracht op de grond dat mr. Kloes zich jegens Aventura heeft gepresenteerd als de advocaat van [verzoeker], die gemachtigd was om namens [verzoeker] akkoord te gaan met de inhoud van beide akten en beide akten te ondertekenen, en dat er geen bewijsmiddelen zijn die erop wijzen dat Aventura niet is afgegaan en/of niet heeft mogen afgaan op die wijze van presentatie. Het hof heeft aldus geen feiten of omstandigheden vastgesteld als hiervoor in 4.2.3, laatste zin, bedoeld.
4.4. De overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

5. Beoordeling van het middel in het voorwaardelijke incidentele beroep
Het incidentele beroep, dat is ingesteld onder de voorwaarde dat het middel in het principale beroep tot vernietiging van het eindvonnis van het hof leidt, en is gericht tegen het tussenvonnis en het eindvonnis, kan niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de in het incidentele middel voorgedragen klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

6. Beslissing
De Hoge Raad:
in het principale beroep
vernietigt het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van 19 mei 2015;
wijst het geding terug naar dat hof ter verdere behandeling en beslissing;
veroordeelt Aventura in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*);
in het incidentele beroep
verwerpt het beroep;
veroordeelt Aventura in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

NOOT

1. Op 3 februari 2017 wees de Hoge Raad vier arresten over vertegenwoordigingskwesties. Twee daarvan betreffen bekrachtiging op grond van art. 3:69 BW. Een van deze arresten is reeds gepubliceerd in de aflevering van dit blad onder nr. «JOR» 2017/85, m.nt. S.C.J.J. Kortmann en J.S. Kortmann *(Frère)*. Het andere arrest over bekrachtiging staat in deze «JOR»-aflevering onder nr. «JOR» 2017/151.
Deze noot betreft de twee arresten die handelen over de toepassing van de zogenaamde ING/Bera-maatstaf. In een van deze twee arresten, «JOR» 2017/150*(Aventura)* is sprake van een misslag. De r.o. 4.2.3 en 4.3 wijken af van de in raadkamer vastgestelde versie daarvan. De Hoge Raad heeft deze misslag hersteld bij arrest van HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:277, waarin de juiste tekst van de r.o. 4.2.3 en 4.3 is weergegeven. Het herstelarrest is hier niet opgenomen, maar de herstelde tekst van genoemde rechtsoverwegingen is in het hiervoor gepubliceerde arrest verwerkt.

2. Schijn van volmacht geldt tegenover de wederpartij (D) met wie de (onbevoegde) tussenpersoon (T) heeft gehandeld als volmacht, indien deze schijn kan worden toegerekend aan de vertegenwoordigde (P). Volgens art. 3:61 lid 2 BW is voor toerekening plaats indien D op grond van een verklaring of gedraging van P heeft aangenomen en onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mocht aannemen dat een toereikende volmacht was verleend. De tekst van art. 3:61 lid 2 BW spreekt weliswaar over een "verklaring of gedraging" van P, maar dit betekent niet dat er steeds sprake moet zijn van een "toedoen" van P. In HR 19 februari 2010, «JOR» 2010/178, m.nt. Biemans *(ING/Bera)* overweegt de Hoge Raad: "dat voor toerekening van de schijn van volmachtverlening aan de vertegenwoordigde *ook* plaats kan zijn in geval [de wederpartij] gerechtvaardigd heeft vertrouwd op volmachtverlening aan [de vertegenwoordigde] op grond van feiten en omstandigheden die voor risico van [de vertegenwoordigde] komen en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid." (cursivering SCJJK)
Deze ING/Bera-maatstaf maakt duidelijk dat *naast* het zogenaamde toedoen-beginsel ook het risico-beginsel een rol kan spelen. Zie ook HR 2 december 2011, «JOR» 2012/100, m.nt. Schuijling *(Erven Van Manen/Hooft Graafland)* en HR 3 februari 2012, «JOR» 2012/101, m.nt. Schuijling *(Fujitsu/Excel)*. Vgl. voorts HR 26 juni 2016, «JOR» 2016/295 (*Vitesse c.s./Prov. Gelderland)*. Anders Van Schaick, *Volmacht* (Mon. BW nr. B5) 2011/51 die stelt dat de Hoge Raad "omschakelde naar de risicoleer".
3. In de hier geannoteerde arresten komt de vraag aan de orde of het hof de ING/Bera-maatstaf op een juiste wijze heeft toegepast. Beide arresten betreffen gevallen waarin de tussenpersoon T een advocaat was die namens P had gehandeld met D. In de zaak opgenomen onder «JOR» 2017/149 heeft advocaat T namens P een vastgoedportefeuille verkocht aan D. In de zaak opgenomen onder «JOR» 2017/150 *(Aventura)* heeft advocaat T namens P een schikkingsovereenkomst en een op die schikking gebaseerde overdracht getekend. In beide zaken voert P aan dat T niet tot vertegenwoordiging bevoegd was. De vraag lag telkens voor of D gerechtvaardigd heeft vertrouwd op volmachtverlening aan T op grond van feiten en omstandigheden die voor risico van P komen en waaruit naar verkeersopvattingen schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid. De kernoverwegingen van de Hoge Raad in deze twee arresten luiden identiek. Nadat hij de ING/Bera-maatstaf heeft herhaald, overweegt de Hoge Raad in r.o. 3.4.3 («JOR» 2017/149) respectievelijk r.o. 4.2.3 («JOR» 2017/150): "Dit risicobeginsel gaat niet zo ver dat voor toepassing daarvan ook ruimte is in gevallen waarin het tegenover de wederpartij gewekte vertrouwen uitsluitend is gebaseerd op verklaringen of gedragingen van de onbevoegd handelende persoon. Uit het arrest ING/Bera volgt dat de rechter in zijn uitspraak *mede* feiten of omstandigheden dient vast te stellen die de onbevoegd vertegenwoordigde betreffen en die rechtvaardigen dat de laatstgenoemde in zijn verhouding tot de wederpartij het risico van de onbevoegde vertegenwoordiging draagt." (cursivering SCJJK)
Voor toepassing van het risicobeginsel is derhalve geen plaats als het tegenover D gewekte vertrouwen *slechts* is gebaseerd op feiten of omstandigheden die zich afspeelden in de verhouding T-D. Er moet ook sprake zijn van feiten of omstandigheden die P betreffen en rechtvaardigen dat P in zijn verhouding tot D het risico van de onbevoegde vertegenwoordiging draagt. Ik zou deze uitspraken aldus willen verstaan dat voor de vraag of de wederpartij D gerechtvaardigd heeft vertrouwd alle omstandigheden van het geval, dus ook omstandigheden die uitsluitend T of de verhouding T-D betreffen, van belang zijn. Voor de vraag echter of het gerechtvaardigd is dat P in zijn verhouding tot D het risico van de onbevoegde vertegenwoordiging draagt, zijn in het bijzonder omstandigheden van belang die P of de rechtsverhouding P-T betreffen.
4. De uitkomst van beide zaken is verschillend. In de zaak onder «JOR» 2017/149 moet P in zijn verhouding tot D het risico van de onbevoegde vertegenwoordiging dragen (r.o. 3.5.1). Zie voor de relevante omstandigheden r.o. 3.5.2 en 3.5.3. De Hoge Raad acht met name de omstandigheid van belang dat de advocaat T beschikte over alle voor de verkoop en levering van de vastgoedportefeuille relevante documenten die T – mogelijk voor een ander doel – van P heeft ontvangen.
5. In de andere zaak, «JOR» 2017/150 *(Aventura)* was het hof van oordeel dat D bescherming verdient en dat P geen beroep kon doen op de onbevoegdheid van T. Het hof achtte de positie van

T als advocaat van groot belang (zie r.o. 2.4). Het hof stelt vast dat mr. Kloes (T) zich jegens Aventura (D) heeft gepresenteerd als vertegenwoordigingsbevoegde advocaat van P. En even verder vervolgt het hof: "De omstandigheid dat mr. Kloes [T] de hoedanigheid van advocaat bezat, geeft steun aan het oordeel dat Aventura [D] daar wel op mocht afgaan. Aventura behoefde naar (toen en nu) geldende verkeersopvattingen geen onderzoek te doen naar de vraag of [P] mr. Kloes daadwerkelijk had gemachtigd en/of naar de vraag of de volmacht aan [mr. Kloes de bevoegdheid gaf?] akkoord te gaan met de inhoud van beide akten en beide akten te ondertekenen."
De Hoge Raad maakt korte metten met dit oordeel. Zie r.o. 4.3. Het hof heeft geen feiten of omstandigheden vastgesteld die de onbevoegd vertegenwoordigde P betreffen en die rechtvaardigen dat P in zijn verhouding tot D het risico van de onbevoegde vertegenwoordiging draagt.
Het hof is van oordeel dat de wederpartij D die namens principaal P wordt benaderd door advocaat T – die zich als zodanig presenteert – mag afgaan op diens vertegenwoordigingsbevoegdheid. D hoeft volgens het hof naar de geldende verkeersopvattingen geen onderzoek te doen naar de vertegenwoordigingsbevoegdheid van T. Deze opvatting gaat te ver en is naar positief recht onjuist. Voor een advocaat die als – al dan niet bevoegd – vertegenwoordiger van de cliënt handelt, geldt het gemene recht. Vgl. *Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I* 2004/43. Zie ook HR 16 juni 1967, *NJ* 1967/340 *(Cornelissen/Wagemakers)* en HR 2 juni 1989, *NJ* 1989/654 *(Mandigers/Van Lit BV)*. Art. 80 lid 3 Rv doet hieraan niet af. Op grond van deze bepaling behoeft de advocaat *aan de kantonrechter* geen bewijs van zijn volmacht over te leggen – "hij wordt op zijn woord geloofd" –, maar deze bepaling ziet op de bevoegdheid om in rechte als advocaat op te treden en proceshandelingen te verrichten. Een (vermoeden van een) algemene (vermogensrechtelijke) vertegenwoordigingsbevoegdheid kan niet op deze bepaling worden gegrond. Overigens moet de betekenis van art. 80 lid 3 Rv worden gerelativeerd. Indien de bevoegdheid van de advocaat om namens de cliënt in rechte op te treden niet (zonder meer) aannemelijk is en door de wederpartij op redelijke gronden wordt betwist, zal de rechter wel bewijs van de volmacht mogen vragen.

6. Tot 1 januari 2002 bevatte art. 263 e.v. Rv (oud) de zgn. desaveuprocedure, een bijzondere voorziening voor de procureur die onbevoegdelijk als procesvertegenwoordiger optrad. Als de procureur onbevoegd was, slaagde het desaveu, ook indien de vertegenwoordigde de schijn van bevoegdheid had gewekt. De desaveuprocedure is bij herziening van het burgerlijk procesrecht afgeschaft. Uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid dat ook de minister ervan uitgaat dat de algemene regels van vertegenwoordiging gelden voor een procureur/advocaat die als procesvertegenwoordiger is aangesteld (*Kamerstukken* II 1999/2000, 26 855, nr. 5). In de in 2017 te verschijnen nieuwe druk van *Asser/Kortmann 2-I* zijn de beschouwingen van nr. 43 aangevuld.
De noot onder deze uitspraak heeft tevens betrekking op «JOR» 2017/149.

S.C.J.J. Kortmann

31

JOR 2018/31

Hoge Raad
6 oktober 2017, 16/02319,
ECLI:NL:HR:2017:2560
(mr. Streefkerk, mr. Heisterkamp,
mr. De Groot, mr. Tanja-van den Broek,
mr. Du Perron)
(Concl. A-G Wissink, niet opgenomen; red.)
Noot E. Loesberg

Antilliaanse zaak. Huurrecht. Gedeeltelijke overdracht van het gehuurde. Strekking art. 7:226 BW. Bescherming huurder door extensieve uitleg van art. 7:226 BW. Splitsing huurovereenkomst. Rechtsgevolgen van betalingsgedrag huurder. Overgangsrecht. Concordantiebeginsel.

[BW art. 7:226, 7:227; BWSM art. 6:34, 7:226; BWNA (oud) art. 7A:1593; BWSM (oud) art. 7A:1593; Landsverordening overgangsrecht nieuw BW art. 147; Statuut art. 39 lid 1]

Art. 7:226 BW strekt ertoe dat een huurder bij de overdracht van het huurobject zijn huurgenot niet verloren ziet gaan. Het recht van die huurder is immers in beginsel obligatoir en art. 7:226 BW heeft de functie om aan dat recht een zekere werking ten opzichte van rechtsopvolgers toe te kennen. De rechten en verplichtingen van de verhuurder gaan ingevolge die bepaling over op de verkrijger van de verhuurde zaak, die dan opvolgend verhuurder wordt. De regel van art. 7:226 BW, die aldus strekt ter bescherming van de huurder, wordt niet bezwaarlijk geacht voor de verkrijger, die immers het recht verkrijgt op de huurpenningen. Uit de parlementaire geschiedenis lijkt te volgen dat de wetgever art. 7:226 BW buiten toepassing heeft willen laten bij overdracht van een gedeelte van een verhuurde zaak. Dat zou betekenen dat die bepaling geen basis biedt voor bescherming van de huurder tegen de verkrijger van zo'n gedeelte. De wetgever heeft wel uitdrukkelijk voorzien in een wettelijke basis voor de bescherming van de huurder tegen de verkrijger van een recht van erfpacht, vruchtgebruik of opstal op een gedeelte van de verhuurde zaak. Dergelijke gevallen vallen onder de reikwijdte van art. 7:227 BW. Toepasselijkheid van die bepaling brengt mee dat de huurovereenkomst met de oorspronkelijke verhuurder in stand blijft, maar dat de beperkt gerechtigde zich dient te onthouden van een gebruik dat het recht van de huurder belemmert. Niet blijkt dat de wetgever de huurder bescherming tegen een opvolgende verkrijger van een gedeelte van het gehuurde heeft willen onthouden. Het onthouden daarvan zou in voorkomend geval ook onaanvaardbaar afbreuk (kunnen) doen aan de hiervoor genoemde strekking van art. 7:226 BW. Daarom moet, mede gelet op de parlementaire geschiedenis, worden aanvaard dat door middel van een extensieve uitleg van art. 7:226 BW (of, in voorkomend geval, toepassing van art. 7:227 BW bij analogie) kan worden voorzien in de bescherming van de huurder in geval van een gedeeltelijke overdracht van het verhuurde. Extensieve uitleg van art. 7:226 BW zal ertoe kunnen leiden dat de huurverhouding wordt gesplitst in twee (of meer) huurovereenkomsten. Van geval tot geval zal moeten worden beoordeeld of zodanige splitsing tot een zinnig resultaat leidt. De door Y gebouwde opstal bevindt zich op het door verzoeker verkregen gedeelte. In dit geval leent art. 7:226 BWSM zich voor toepassing. Niet valt immers in te zien dat deze toepassing in dat geval niet tot een zinnig resultaat leidt. Dit heeft tot gevolg dat de oorspronkelijke huurovereenkomst door de eigendomsovergang wordt gesplitst in twee huurovereenkomsten.
Ingeval toepassing van art. 7:226 BWSM bij overdracht van een gedeelte van de verhuurde zaak leidt tot een splitsing in twee huurovereenkomsten, zal voor de huurder niet zonder meer duidelijk zijn welk deel van de voorheen geldende huurprijs hij aan zijn oorspronkelijke verhuurder (voor het na vervreemding behouden gedeelte) en welk deel hij aan de nieuwe verhuurder (voor het door deze verkregen gedeelte) moet betalen. Zolang de huurder niet van de vervreemding heeft kennisgenomen, zal hij in beginsel de gehele huurprijs bevrijdend aan zijn oorspronkelijke verhuurder kunnen betalen (art. 6:34 BWSM). Na kennisneming van de vervreemding geldt dat laatste niet meer. Wel is dan uitgangspunt dat de huurder gerechtigd is iedere betaling van de huurprijs op te schorten totdat de verhuurders hem gezamenlijk, of ieder voor zich maar eensluidend, hebben meegedeeld hoe de oorspronkelij-

ke huurprijs moet worden gesplitst (dan wel op welke rekening de totale huursom ten behoeve van beide verhuurders moet worden gestort). Bij de aan art. 7:226 BWSM ten grondslag liggende beschermingsgedachte past niet dat de huurder verantwoordelijk is voor het aanbrengen van deze splitsing. Indien de verhuurders over de splitsing geen overeenstemming bereiken, kunnen zij zich tot de rechter wenden om die te laten vaststellen. De rechtsgevolgen van het betalingsgedrag van Y dienen na verwijzing met inachtneming van het voorgaande te worden beoordeeld.

X,
verzoeker tot cassatie,
advocaat: mr. H.J.W. Alt,
tegen,
de gezamenlijke erven van Y,
verweerders in cassatie,
advocaat: mr. M.A.J.G. Janssen.

(...; *red.*)

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]), die in april 2013 tijdens de loop van het geding in eerste aanleg is overleden en de erflater is van verweerders in cassatie, heeft op 1 april 1972 van [betrokkene 2] (hierna: [betrokkene 2]) een perceel grond gehuurd. Hij heeft daarop een opstal gebouwd.

In de huurovereenkomst is bepaald dat de opstal eigendom zal zijn van de verhuurder, alsmede dat de opstal na het eindigen van de huurovereenkomst op het perceel zal blijven als onderdeel van het perceel en dat de huurder daarvoor geen compensatie zal worden toegekend.

(ii) Op 5 december 1997 is een nieuwe huurovereenkomst met betrekking tot het perceel gesloten tussen [betrokkene 1] en de erven van (de inmiddels overleden) [betrokkene 2]. Hierin is onder meer bepaald dat aan het einde van de huurovereenkomst een vergoeding zal worden betaald voor de zich op het perceel bevindende opstal. De geldigheid van deze overeenkomst wordt door [verzoeker] betwist.

(iii) Door inschrijving van een notariële akte van 23 november 2007 is [verzoeker] eigenaar geworden van een deel van het door [betrokkene 1] gehuurde perceel; op dat deel staat ook de door [betrokkene 1] gebouwde opstal.

(iv) Bij brief van 7 mei 2009 heeft de toenmalige raadsman van [verzoeker] namens deze de huurovereenkomst met [betrokkene 1] opgezegd per 1 september 2009 en voor de looptijd van de huurovereenkomst aanspraak gemaakt op betaling van huurtermijnen.

3.2. In de onderhavige procedure heeft [betrokkene 1] na vermeerdering van eis, kort weergegeven, een verklaring voor recht gevorderd dat de huurverhouding tussen de erven [betrokkene 2] en [betrokkene 1] nog rechtsgeldig voortduurt en dat [betrokkene 1] uitsluitend aan de erven [betrokkene 2] huurtermijnen verschuldigd is, dan wel verdeling van de huurpenningen tussen de erven [betrokkene 2] en [verzoeker] naar evenredigheid, met bepaling van het tijdstip van de verdeling en, voor zover de reconventionele vordering van [verzoeker] zou worden toegewezen, veroordeling van [verzoeker] tot vergoeding van de waarde van de door [betrokkene 1] gebouwde opstal.

[verzoeker] heeft in reconventie een bevel tot ontruiming, betaling van achterstallige huurtermijnen en betaling van een gebruiksvergoeding gevorderd.

Het gerecht heeft de vorderingen van [betrokkene 1] afgewezen en die van [verzoeker] grotendeels toegewezen.

3.3. Het hof heeft het vonnis van het gerecht vernietigd en voor recht verklaard dat [betrokkene 1], zolang het gebruik van het deel van het perceel met opstal krachtens de huurovereenkomst met de erven [betrokkene 2] geschiedt, geen huur aan [verzoeker] verschuldigd is. Daartoe heeft het hof, samengevat weergegeven en voor zover in cassatie van belang, als volgt overwogen.

Nu niet de gehele zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft is overgedragen, is art. 7:226 lid 1 BW Sint Maarten (hierna: BWSM) niet van toepassing. Er is derhalve geen huurovereenkomst tussen [betrokkene 1] en [verzoeker] ontstaan. [verzoeker] kan daardoor niet de huurovereenkomst ontbinden en evenmin aanspraak maken op de betaling van huurtermijnen. Het ontbreken van afspraken over de splitsing van huurpenningen, die door [betrokkene 1] steeds aan de erven [betrokkene 2] als verhuurders zijn voldaan, kan niet aan [betrokkene 1] worden tegengeworpen. Het had op de weg van de erven [betrokkene 2] en [verzoeker] gelegen om daar-

over afspraken te maken bij de overdracht van het deel van het perceel. [verzoeker] dient zich tot de erven [betrokkene 2] te wenden. (rov. 3.4-3.5)
3.4.1. Onderdeel 1 van het middel bevat geen klachten. Onderdeel 2.1 klaagt onder meer dat het hof de vraag of sprake is van overgang van huurrechten heeft beoordeeld aan de hand van art. 7:226 BWSM, nu deze beoordeling krachtens overgangsrecht had moeten plaatsvinden aan de hand van het ten tijde van de overdracht van het perceelsgedeelte nog geldende art. 7A:1593 (oud) BW van de Nederlandse Antillen (hierna: BWNA).
3.4.2. Deze klacht is op zichzelf gegrond. Krachtens art. 147 van de Landsverordening overgangsrecht nieuw BW geldt voor procedures met betrekking tot huurovereenkomsten die zijn ingeleid voor de inwerkingtreding van titel 4 van Boek 7 BWSM dat zij worden beheerst door het recht dat voor dat tijdstip gold. De onderhavige procedure is ingeleid met een verzoekschrift van 20 juni 2012, en art. 7:226 BWSM is nadien ingevoerd bij Landsverordening van 9 januari 2014. Het hof heeft de zaak dus ten onrechte beoordeeld op basis van art. 7:226 BWSM.
De gegrondheid van de klacht kan evenwel niet tot cassatie leiden, nu geen sprake is van een voor de beoordeling van de zaak relevant verschil tussen art. 7A:1593 (oud) BWNA (of art. 7A:1593 (oud) BWSM, dat vanaf 10 oktober 2010 heeft gegolden) en het door het hof in de beoordeling betrokken art. 7:226 BWSM.
3.5.1. Onderdeel 2.1 klaagt voorts dat het hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot art. 7:226 BWSM door te oordelen dat deze bepaling in het onderhavige geval niet van toepassing is op de grond dat niet de gehele zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft is overgedragen, hetgeen volgens het hof meebrengt dat de rechten en plichten van de erven [betrokkene 2] als verhuurder niet (deels) zijn overgegaan op [verzoeker].
3.5.2. Partijen gaan – terecht – ervan uit dat, bij gebreke van een toelichting op art. 7:226 BWSM die in een andere richting wijst, voor de uitleg van die bepaling kan worden aangesloten bij de uitleg van art. 7:226 van het Nederlandse BW. Dit strookt met het in art. 39 lid 1 van het Statuut voor het Koninkrijk neergelegde concordantiebeginsel, dat ertoe strekt het burgerlijk recht binnen het Koninkrijk zoveel mogelijk op overeenkomstige wijze te regelen.
3.5.3. Art. 7:226 BW strekt ertoe dat een huurder bij de overdracht van het huurobject zijn huurgenot niet verloren ziet gaan. Het recht van die huurder is immers in beginsel obligatoir, en art. 7:226 BW heeft de functie om aan dat recht een zekere werking ten opzichte van rechtsopvolgers toe te kennen. De rechten en verplichtingen van de verhuurder gaan ingevolge die bepaling over op de verkrijger van de verhuurde zaak, die dan opvolgend verhuurder wordt. De regel van art. 7:226 BW, die aldus strekt ter bescherming van de huurder, wordt niet bezwaarlijk geacht voor de verkrijger, die immers het recht verkrijgt op de huurpenningen. Vgl. Kamerstukken II 1999-2000, 26 089, nr. 6, p. 28-29.
3.5.4. Met betrekking tot de overdracht van een gedeelte van een verhuurde zaak vermeldt de parlementaire geschiedenis het volgende (Kamerstukken II 1999-2000, 26 089, nr. 6, p. 32-33):
"Zoals ook in de redactie van artikel 226 lid 1 tot uiting komt, geldt het voorgaande slechts voor de situatie dat de gehele zaak wordt overgedragen of de gehele zaak met een recht van vruchtgebruik, erfpacht of opstal wordt bezwaard. (...) Bedacht moet echter worden dat de bepaling in zoverre niet uitputtend is, dat niet is geregeld wat heeft te gelden in geval de overdracht dan wel de vestiging van het beperkte recht slechts een – wellicht ondergeschikt – deel van de verhuurde zaak betreft. Asbreuk-Van Os heeft er terecht de aandacht op gevestigd dat toepassing van de regel van artikel 226 lid 1 op dergelijke gevallen niet tot zinnige resultaten leidt. Artikel 226 lid 1 moet dan ook overeenkomstig de letterlijke bewoordingen zo worden uitgelegd dat het niet mede dergelijke gevallen bestrijkt. Anderzijds ligt het voor de hand de regel wel te laten gelden, wanneer de overdracht vrijwel de hele zaak betreft en slechts een gering deel in handen van de vervreemder blijft. Waar hier precies de grens ligt, laat de bepaling evenals het huidige recht aan de praktijk over. Ons is niet gebleken dat dit ooit tot praktische moeilijkheden heeft geleid."
Verderop in de parlementaire behandeling komt de volgende passage voor (Kamerstukken I 2001-2002, 26 089, nr. 162, p. 33):
"Voorts is van belang dat het huidige recht (...) is gebaseerd op (...) artikel 7A:1612 BW. Het huidige recht komt (...) neer op een in rechtspraak en literatuur ontwikkelde, sterk extensieve uitleg van deze bepaling. (...) De artikelen 226 en 227 strekken ertoe deze extensieve uitleg, die bevredigend

werkt, verder vorm te geven. Het kan echter nodig zijn ook deze bepalingen, waar de bescherming van de huurder dit eist, extensief uit te leggen. Het is immers niet goed mogelijk voor alle gevallen die zich in de – toekomstige – praktijk nog zouden kunnen voordoen, een uitgewerkte regel op te nemen."

3.5.5. Uit de hiervoor in 3.5.4 als eerste geciteerde passage uit de parlementaire geschiedenis lijkt te volgen dat de wetgever art. 7:226 BW buiten toepassing heeft willen laten bij overdracht van een gedeelte van een verhuurde zaak. Dat zou betekenen dat die bepaling geen basis biedt voor bescherming van de huurder tegen de verkrijger van zo'n gedeelte. De wetgever heeft wel uitdrukkelijk voorzien in een wettelijke basis voor de bescherming van de huurder tegen de verkrijger van een recht van erfpacht, vruchtgebruik of opstal op een gedeelte van de verhuurde zaak. Volgens Kamerstukken II 1999-2000, 26 089, nr. 6, p. 34 (zie de passage die geciteerd is in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.9, slot) vallen dergelijke gevallen onder de reikwijdte van art. 7:227 BW. Toepasselijkheid van die bepaling brengt mee dat de huurovereenkomst met de oorspronkelijke verhuurder in stand blijft, maar dat de beperkt gerechtigde zich dient te onthouden van een gebruik dat het recht van de huurder belemmert.

Niet blijkt dat de wetgever de huurder bescherming tegen een opvolgende verkrijger van een gedeelte van het gehuurde heeft willen onthouden. Het onthouden daarvan zou in voorkomend geval ook onaanvaardbaar afbreuk (kunnen) doen aan de hiervoor in 3.5.3 genoemde strekking van art. 7:226 BW. Daarom moet, mede gelet op de hiervoor in 3.5.4 als laatste geciteerde passage uit de parlementaire geschiedenis, worden aanvaard dat door middel van een extensieve uitleg van art. 7:226 BW (of, in voorkomend geval, toepassing van art. 7:227 BW bij analogie) kan worden voorzien in de bescherming van de huurder in geval van een gedeeltelijke overdracht van het verhuurde. Extensieve uitleg van art. 7:226 BW zal ertoe kunnen leiden dat de huurverhouding wordt gesplitst in twee (of meer) huurovereenkomsten. Van geval tot geval zal moeten worden beoordeeld of zodanige splitsing tot een zinnig resultaat leidt (zie het eerste citaat hiervoor in 3.5.4).

3.5.6. Uit het in zoverre onbestreden vonnis van het gerecht van 25 maart 2014 (rov. 4.4 in verbinding met rov. 2 onder h) volgt dat [verzoeker] een gedeelte met een oppervlakte van 241 m² heeft verkregen van het door [betrokkene 1] van [betrokkene 2] gehuurde perceel met een oppervlakte van 792 m², en dat de door [betrokkene 1] gebouwde opstal zich bevindt op het door [verzoeker] verkregen gedeelte. In dit geval leent art. 7:226 BWSM zich voor toepassing. Niet valt immers in te zien dat deze toepassing in dat geval niet tot een zinnig resultaat leidt (zie hiervoor in 3.5.5 slot). Dit heeft tot gevolg dat de oorspronkelijke huurovereenkomst door de eigendomsovergang wordt gesplitst in twee huurovereenkomsten.

3.5.7. Het onderdeel klaagt derhalve terecht dat het hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat art. 7:226 BWSM – dan wel de voorgangster van die bepaling – niet op het onderhavige geval van toepassing is.

3.6.1. Onderdeel 2.2 klaagt over het oordeel van het hof dat [verzoeker] [betrokkene 1] niet kan aanspreken voor het betalen van de huur, en evenmin enige huurovereenkomst kan ontbinden.

3.6.2. Het door het onderdeel bestreden oordeel van het hof bouwt voort op het door onderdeel 2.1 met succes bestreden oordeel dat art. 7:226 BWSM niet op het onderhavige geval van toepassing is. In zoverre is het onderdeel gegrond.

3.6.3. Voor zover het onderdeel betoogt dat [betrokkene 1] door niet-betaling van huurtermijnen aan [verzoeker] toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de huurovereenkomst, zodat [verzoeker] gerechtigd is om de huurovereenkomst te ontbinden en tot ontruiming over te gaan, heeft het volgende te gelden.

Ingeval toepassing van art. 7:226 BWSM bij overdracht van een gedeelte van de verhuurde zaak leidt tot een splitsing in twee huurovereenkomsten, zal voor de huurder niet zonder meer duidelijk zijn welk deel van de voorheen geldende huurprijs hij aan zijn oorspronkelijke verhuurder (voor het na vervreemding behouden gedeelte) en welk deel hij aan de nieuwe verhuurder (voor het door deze verkregen gedeelte) moet betalen. Zolang de huurder niet van de vervreemding heeft kennisgenomen, zal hij in beginsel de gehele huurprijs bevrijdend aan zijn oorspronkelijke verhuurder kunnen betalen (art. 6:34 BWSM). Na kennisneming van de vervreemding geldt dat laatste niet meer. Wel is dan uitgangspunt dat de huurder gerechtigd is iedere betaling van de huurprijs op te schorten totdat de verhuurders hem

gezamenlijk, of ieder voor zich maar eensluidend, hebben meegedeeld hoe de oorspronkelijke huurprijs moet worden gesplitst (dan wel op welke rekening de totale huursom ten behoeve van beide verhuurders moet worden gestort).
Bij de aan art. 7:226 BWSM ten grondslag liggende beschermingsgedachte past niet dat de huurder verantwoordelijk is voor het aanbrengen van deze splitsing. Indien de verhuurders over de splitsing geen overeenstemming bereiken, kunnen zij zich tot de rechter wenden om die te laten vaststellen.
De rechtsgevolgen van het betalingsgedrag van [betrokkene 1] dienen na verwijzing met inachtneming van het voorgaande te worden beoordeeld. Partijen mogen hun stellingen op dit punt aanpassen dan wel aanvullen.
3.6.4. Gelet op het voorgaande faalt het onderdeel voor zover het ervan uitgaat dat een toerekenbare tekortkoming van [betrokkene 1] vaststaat op de enkele grond dat deze na de eigendomsovergang, dan wel na mededeling aan hem door [verzoeker] daarvan, niet een gedeelte van de huur aan [verzoeker] heeft betaald, en dat [verzoeker] daarom zonder meer gerechtigd is de huurovereenkomst te ontbinden.
Voor het overige behoeft het onderdeel geen behandeling.
3.7. Onderdeel 2.3 berust op het uitgangspunt dat het hof in rov. 3.1.3 een oordeel heeft gegeven over de (door [verzoeker] betwiste) rechtsgeldigheid van de overeenkomst van 5 december 1997. Een zodanig oordeel valt in die overweging echter niet te lezen, zodat het onderdeel bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie kan leiden.
3.8. Onderdeel 2.4 bouwt voort op de eerdere onderdelen en behoeft geen afzonderlijke behandeling.

4. Beslissing
De Hoge Raad:
vernietigt het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van 29 januari 2016;
wijst het geding terug naar dat hof ter verdere behandeling en beslissing;
veroordeelt de erven [betrokkene 1] in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

NOOT

1. In het hiervoor afgedrukte arrest van de Hoge Raad speelt – kort gezegd – de navolgende casus. A verhuurt aan B een stuk grond. B plaatst op de grond een opstal. C heeft een deel van de grond, waarop de opstal staat, verkregen. Het andere deel van de grond is door D verkregen. De vraag rijst vervolgens wat de gevolgen zijn voor de huurovereenkomst van de "splitsing" van de verhuurde onroerende zaak. Bij de beantwoording van die vraag zoekt de Hoge Raad – zoals vaker het geval is – houvast in de parlementaire geschiedenis. Vgl. (bijvoorbeeld) HR 31 oktober 1997, «JOR» 1997/152, m.nt. Janssen *(Portacabin)* en HR 14 november 1997, «JOR» 1998/18, m.nt. Loesberg *(Uitslag/Wolterink)*. Omdat sprake is van "jonge" wetgeving is dat begrijpelijk. In het hiernavolgende bespreek ik niet alleen het arrest, maar ook enkele andere vervreemdings- en splitsingsvragen.
2. Vervreemdt de verhuurder de grond, dan gaat de huurovereenkomst op grond van art. 7:226 BW ("vervreemding breekt geen huur") mee over op de verkrijger en wordt deze van rechtswege de nieuwe verhuurder. In r.o. 3.5.3 overweegt de Hoge Raad: "Art. 7:226 BW strekt ertoe dat een huurder bij de overdracht van het huurobject zijn huurgenot niet verloren ziet gaan. Het recht van die huurder is immers in beginsel obligatoir, en art. 7:226 BW heeft de functie om aan dat recht een zekere werking ten opzichte van rechtsopvolgers toe te kennen. De rechten en verplichtingen van de verhuurder gaan ingevolge die bepaling over op de verkrijger van de verhuurde zaak, die dan opvolgend verhuurder wordt. De regel van art. 7:226 BW, die aldus strekt ter bescherming van de huurder, wordt niet bezwaarlijk geacht voor de verkrijger, die immers het recht verkrijgt op de huurpenningen. Vgl. Kamerstukken II 1999-2000, 26 089, nr. 6, p. 28-29." Omdat de Faillissementswet aan de curator van de failliet verklaarde verhuurder geen bijzondere opzeggingsbevoegdheid geeft, kan de curator van de verhuurder de huurovereenkomst niet opzeggen als de verhuurder dat zelf ook niet had gekund. Vgl. HR 11 juli 2014, «JOR» 2015/175, m.nt. NEDF en Vermunt *(ABN Amro/Berzona*). Vervreemdt de curator van de verhuurder de verhuurde zaak, dan gaat de huurovereenkomst van rechtswege mee over op de verkrijger en zet de

verkrijger de huurovereenkomst met de huurder voort. Dat de huurovereenkomst van rechtswege door de verkrijger van de curator wordt voortgezet, vloeit wat mij betreft (ook) voort uit art. 7:226 lid 2 BW. Dit lid bepaalt dat overdracht door een schuldeiser van de verhuurder wordt gelijkgesteld met overdracht door de verhuurder. Wat mij betreft maakt het niet uit of een individuele schuldeiser van de verhuurder de verhuurde zaak executeert of dat de curator van de verhuurder dat doet. Vgl. E. Loesberg, 'Gevolgen voor lopende huurcontracten van de faillietverklaring van de verhuurder: de huurder als "separatist" in het faillissement van de verhuurder', in: *Overeenkomsten en insolventie* (Serie Onderneming en Recht deel 72), Deventer 2012, p. 116. In zijn arrest van 3 november 2006, «JOR» 2007/76, m.nt. SCJJK en Bartels *(Nebula)* leert de Hoge Raad dat de huurder van de economisch eigenaar zijn huurrecht niet aan de curator van de juridisch eigenaar kan tegenwerpen. Dit lijkt mij juist omdat de huurder de huur aan de economisch eigenaar dient te betalen en niet aan de curator van de juridisch eigenaar. Zie ook HR 22 december 1989, *NJ* 1990/661 *(Tiethoff/NMB)*.

3. Omdat de verhuurde grond niet bij één, maar bij twee "aparte" verkrijgers terecht is gekomen, rijst de vraag wat de "splitsing" van de verhuurde grond voor gevolgen heeft voor de huurovereenkomst en de positie van de huurder. Deze vraag wordt niet rechtstreeks door art. 7:226 BW, maar ook niet (met zoveel woorden) door art. 7:227 BW beantwoord. Art. 7:227 BW betreft immers de vestiging of overdracht van een beperkt recht op een verhuurde zaak dat niet onder 7:226 lid 1 BW is begrepen. In r.o. 3.5.5 overweegt de Hoge Raad onder andere: "Niet blijkt dat de wetgever de huurder bescherming tegen een opvolgende verkrijger van een gedeelte van het gehuurde heeft willen onthouden. Het onthouden daarvan zou in voorkomend geval ook onaanvaardbaar afbreuk (kunnen) doen aan de hiervoor in 3.5.3 genoemde strekking van art. 7:226 BW. Daarom moet (...) worden aanvaard dat door middel van een extensieve uitleg van art. 7:226 BW (of, in voorkomend geval, toepassing van art. 7:227 BW bij analogie) kan worden voorzien in de bescherming van de huurder in geval van een gedeeltelijke overdracht van het verhuurde. Extensieve uitleg van art. 7:226 BW zal ertoe kunnen leiden dat de huurverhouding wordt gesplitst in twee (of meer) huurovereenkomsten. Van geval tot geval zal moeten worden beoordeeld of zodanige splitsing tot een zinnig resultaat leidt (...)." Deze regel leidt ertoe dat in de praktijk moet worden nagegaan of vervreemding van een deel van de verhuurde zaak ertoe leidt dat de huurovereenkomst (geheel of gedeeltelijk) mee overgaat naar de verkrijger van een deel van de verhuurde zaak. In r.o. 3.5.6 overweegt de Hoge Raad met betrekking tot de aan hem voorgelegde casus onder andere: "Dit heeft tot gevolg dat de oorspronkelijke huurovereenkomst door de eigendomsovergang wordt gesplitst in twee huurovereenkomsten." Wordt de huurovereenkomst "gesplitst" en zijn C en D de nieuwe verhuurders, dan rijst vervolgens de vraag welke bedragen B aan C en aan D dient te betalen. Die vraag beantwoordt de Hoge Raad in r.o. 3.6.3. Ingeval toepassing van art. 7:226 BW bij overdracht van een gedeelte van de verhuurde zaak leidt tot een splitsing in twee huurovereenkomsten, zal voor de huurder niet zonder meer duidelijk zijn welk deel van de voorheen geldende huurprijs hij aan zijn oorspronkelijke verhuurder (voor het na vervreemding behouden gedeelte) en welk deel hij aan de nieuwe verhuurder (voor het door deze verkregen gedeelte) moet betalen. Zolang de huurder niet van de vervreemding heeft kennisgenomen, zal hij in beginsel de gehele huurprijs bevrijdend aan zijn oorspronkelijke verhuurder kunnen betalen (art. 6:34 BW). Na kennisneming van de vervreemding geldt dat laatste niet meer. Wel is dan uitgangspunt dat de huurder gerechtigd is iedere betaling van de huurprijs op te schorten totdat de verhuurders hem gezamenlijk, of ieder voor zich maar eensluidend, hebben meegedeeld hoe de oorspronkelijke huurprijs moet worden gesplitst (dan wel op welke rekening de totale huursom ten behoeve van beide verhuurders moet worden gestort). Bij de aan art. 7:226 BW ten grondslag liggende beschermingsgedachte past niet dat de huurder verantwoordelijk is voor het aanbrengen van deze splitsing. Indien de verhuurders over de splitsing geen overeenstemming bereiken, kunnen zij zich tot de rechter wenden om die te laten vaststellen, aldus de Hoge Raad.

4. C en D doen er verstandig aan B zo snel mogelijk op de hoogte te stellen van de splitsing zodat hij niet langer bevrijdend de huur kan betalen aan A. Tevens dienen zij overeen te komen welk deel van de huurprijs B voortaan aan C en welk deel van de huurprijs hij in de toekomst aan D

dient te betalen. Zolang C en D het daarover niet eens zijn, kan B de huurbetalingen op grond van art. 6:37 BW opschorten. Vgl. HR 15 april 1994, *NJ* 1995/268 *(Roham/McGregor)*. Mochten C en D het niet snel eens worden over de "splitsing" van de huurprijs, dan doen zij er verstandig aan gezamenlijk B te verzoeken de totale huurprijs voorshands op een kwaliteitsrekening te betalen. Op die manier blijft B de huur betalen en dreigt niet het risico dat B, nadat C en D overeenstemming over de "splitsing" van de huurprijs hebben bereikt, niet (meer) in staat is de huur (over het verleden) te betalen. Ik begrijp het hiervoor afgedrukte arrest van de Hoge Raad zo dat in het geval van "splitsing" van de verhuurde onroerende zaak met het gevolg dat de afzonderlijke verkrijgers verhuurders worden, ook de huurovereenkomst in twee separate huurovereenkomsten wordt "gesplitst". Dit leidt ertoe dat als B jegens C wanprestatie pleegt, C voor ontbinding van de huurovereenkomst C-B en in het geval B jegens D wanprestatie pleegt, D voor ontbinding van de huurovereenkomst DB kan zorgen.

5. Naar aanleiding van deze casus vraag ik mij af hoe de Hoge Raad zal oordelen als een onroerende zaak waarop een hypotheek rust, wordt gesplitst. Verdedigd zou kunnen worden dat door de splitsing de oorspronkelijke onroerende zaak niet meer bestaat en de hypotheek is komen te vervallen. Dat lijkt mij een onwenselijke uitkomst. Splitsing van de onroerende zaak kan buiten de hypotheekhouder om tot stand komen en zou er dan toe leiden dat de hypotheekhouder zijn zekerheidsrecht kwijt is. Terzijde merk ik op dat de Hoge Raad dit resultaat in het geval van afstand door de rechthebbende van de verpande vordering met als gevolg dat het pandrecht van de bank teniet gaat, geen doorslaggevend bezwaar vindt. Zie HR 21 februari 2014, «JOR» 2014/119, m.nt. Schuijling *(Neo-River)*. In dit verband is van belang dat art. 5:114 BW bepaalt dat in het geval een onroerende zaak die bezwaard is met een hypotheekrecht, wordt gesplitst in appartementsrechten, de hypotheek op ieder appartementsrecht komt te rusten. Mijns inziens moet uit deze bepaling worden afgeleid dat in het geval van "splitsing" van een onroerende zaak die bezwaard is met een hypotheek, op de door "splitsing" ontstane onroerende zaken twee separate hypotheekrechten komen te rusten. Vgl. HR 30 januari 1959, *NJ* 1959/548 *(Quint/Te Poel)*.

6. Naar aanleiding van dit arrest heb ik nog tweetal korte slotopmerkingen. Wat mij betreft laat het hiervoor afgedrukte arrest zien dat een contract in meerdere separate contracten kan worden gesplitst. Wil (bijvoorbeeld) een bank die deel uitmaakt van een syndicaat van banken, zijn participatie geheel of gedeeltelijk overdoen aan een of meer andere banken, dan kan dat wat mij betreft. Op grond van art. 6:159 BW kan mijns inziens een kredietovereenkomst "in stukken worden geknipt". Stel dat bank A met kredietnemer K een kredietovereenkomst heeft voor een bedrag van € 100 miljoen. Hij kan dan op grond van art. 6:159 BW (bijvoorbeeld) van het krediet van € 100 miljoen een bedrag van € 50 miljoen "overdoen" aan bank B. Ook kan hij ervoor kiezen van het krediet een bedrag van € 50 miljoen aan bank B en een bedrag van € 50 miljoen aan bank C "over te doen". De zekerheden die het krediet van € 100 miljoen secureren, gaan wat mij betreft op grond van art. 6:159 jo. 6:157 BW ook over op de verkrijgende bank(en). Vgl. E. Loesberg, 'Enige beschouwingen over zekerheden in collectief verband', in: *Onderneming en effecten*, Serie Onderneming en Recht deel 13, Deventer 1998, p. 529-531.

7. Legt een schuldeiser van de verhuurder beslag ten laste van de verhuurder onder de huurder, dan treft het beslag op grond van art. 475 Rv niet alleen de bestaande, maar ook de toekomstige huurvorderingen. Vervreemdt de bank die een hypotheek heeft op de (daarna) verhuurde zaak deze, dan kleeft het beslag en dient de huurder (zolang de vordering van de schuldeiser van de verhuurder niet volledig is voldaan) aan de (deurwaarder van de) beslaglegger de huur te blijven betalen en niet aan de veilingkoper die krachtens art. 7:226 BW de nieuwe verhuurder is geworden. Zie HR 25 januari 1991, *NJ* 1992/172 *(Van Berkel/Tribosa)*.

E. Loesberg
senior rechter in de Rechtbank Oost-Brabant, werkzaam als voorzieningenrechter

87

JOR 2018/87

Hoge Raad
8 december 2017, 16/06072, 16/05741,
ECLI:NL:HR:2017:3104
(mr. Streefkerk, mr. Snijders, mr. Polak,
mr. Kroeze, mr. Sieburgh)
(Concl. A-G Vlas, niet opgenomen; red.)
Noot C.G. van der Plas

Arbitrage. Internationaal privaatrecht. Geen toestemming om Nederlands verlof tot tenuitvoerlegging van in Zwitserland gewezen arbitraal vonnis op Curaçao te gebruiken. Verlof tot tenuitvoerlegging van buitenlandse rechterlijke of arbitrale beslissing strekt zich slechts uit tot het land binnen het Koninkrijk van de rechter die het verlof heeft verleend. Verwijzing naar HR 14 januari 1994, NJ 1994/403. Samenhang met HR 1 mei 2015, «JOR» 2015/254, m.nt. Van der Plas (Çukurova/Sonera).

[Statuut art. 40]

Art. 40 Statuut voor het Koninkrijk (Statuut) bepaalt dat vonnissen, door de rechter in Nederland, Aruba, Curaçao of Sint Maarten gewezen, en bevelen door hem uitgevaardigd, in het gehele Koninkrijk ten uitvoer kunnen worden gelegd. Dit artikel berust op de gedachte dat het Koninkrijk wat betreft de vatbaarheid voor tenuitvoerlegging van binnen het Koninkrijk gegeven rechterlijke uitspraken, als één rechtsgebied moet worden beschouwd, en brengt naar zijn strekking mee dat de rechtskracht van deze uitspraken in alle delen van het Koninkrijk gelijk is, niet alleen wat betreft de vatbaarheid voor tenuitvoerlegging, maar ook wat betreft de bindende kracht en de bewijskracht (vgl. HR 14 januari 1994, NJ 1994/403).
De vraag of een beslissing van een buitenlandse rechter dan wel van een buitenlands scheidsgerecht in de landen van het Koninkrijk al dan niet in aanmerking komt voor erkenning en tenuitvoerlegging, wordt in het Statuut niet aangemerkt als een aangelegenheid van het Koninkrijk. In overeenstemming hiermee kunnen de (Caribische) landen in beginsel zelf beslissen of een door het Koninkrijk gesloten erkennings- en tenuitvoerleggingsverdrag ook voor hen zal gelden. Wanneer een erkennings- en tenuitvoerleggingsverdrag de grondslag vormt voor een verlof tot tenuitvoerlegging van een buitenlandse (rechterlijke of arbitrale) beslissing in een van de landen van het Koninkrijk, gaat het dan ook niet noodzakelijkerwijs om een verdrag dat voor alle landen van het Koninkrijk in werking is getreden.
Met dit stelsel is niet verenigbaar dat het land waarvoor een erkennings- en tenuitvoerleggingsverdrag niet in werking is getreden, krachtens art. 40 Statuut ertoe gehouden zou zijn de tenuitvoerlegging van de buitenlandse beslissing toe te staan op de grond dat daarvoor verlof is verleend in een ander land van het Koninkrijk waarvoor dat verdrag wel in werking is getreden. Tegen deze achtergrond moet worden aangenomen dat art. 40 Statuut niet ziet op het verlof tot tenuitvoerlegging van een buitenlandse rechterlijke of arbitrale beslissing, welk verlof door een rechter in een land van het Koninkrijk is verleend op de voet van een erkennings- en tenuitvoerleggingsverdrag. Dit geldt ongeacht of een zodanig verdrag tevens voor andere landen van het Koninkrijk in werking is getreden. Een zodanig verlof strekt zich slechts uit tot het desbetreffende land binnen het Koninkrijk, tenzij de wet van een ander land van het Koninkrijk anders bepaalt.

Sonera Holding BV te Rotterdam,
verzoekster tot cassatie,
advocaat: mr. M.W. Scheltema,
tegen
Çukurova Holding AS te Istanbul (Turkije),
verweerster in cassatie,
advocaat: mr. F.E. Vermeulen.

(... ; *red.*)

3. Beoordeling van het middel
3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.
(i) In maart 2005 zijn partijen een schriftelijke overeenkomst, de 'Letter Agreement' (hierna: LA), aangegaan die was gericht op de totstandkoming van een overeenkomst waarbij Çukurova haar aandelen in Turkcell Holding A.S. aan Sonera zou verkopen. De LA bevat een arbitraal beding, inhoudend, kort gezegd, dat geschillen naar

aanleiding van de LA worden onderworpen aan arbitrage.
(ii) In april 2005 heeft Sonera aan Çukurova een concept-koopovereenkomst, de 'Draft Share Purchase Agreement' (hierna: DSPA), gestuurd. Ook de DSPA bevat een arbitraal beding, inhoudend dat geschillen naar aanleiding van de DSPA worden onderworpen aan arbitrage.
(iii) Een definitieve koopovereenkomst is niet tot stand gekomen.
(iv) Sonera heeft op de grondslag van het arbitraal beding in de LA een arbitraal geding aangespannen in Zwitserland. Het scheidsgerecht (hierna: het LA-tribunaal) heeft in het arbitrale eindvonnis Çukurova veroordeeld om aan Sonera een schadevergoeding van USD 932 miljoen te betalen.
(v) Çukurova heeft vervolgens ook een arbitraal geding aanhangig gemaakt, en wel op de grondslag van het arbitraal beding in de DSPA. Het scheidsgerecht in deze zaak (hierna: het SPA-tribunaal) heeft – voor zover in cassatie van belang – geoordeeld dat het LA-tribunaal zijn bevoegdheid heeft overschreden door Çukurova te veroordelen tot betaling van schadevergoeding aan Sonera.
(vi) Sonera heeft in diverse landen verzoeken gedaan strekkend tot erkenning en verlening van verlof tot tenuitvoerlegging van het arbitrale eindvonnis van het LA-tribunaal.
(vii) De voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam heeft aan Sonera verlof verleend tot tenuitvoerlegging van het arbitrale eindvonnis van het LA-tribunaal.
Het gerechtshof Amsterdam heeft Çukurova niet-ontvankelijk verklaard in het door haar tegen dit verlof ingestelde hoger beroep. De Hoge Raad heeft het tegen de beschikking van het hof ingestelde cassatieberoep verworpen (HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1194, NJ 2015/454 («JOR» 2015/254, m.nt. Van der Plas; *red.*)).
3.2.1. Sonera heeft, op de voet van het Verdrag over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken (Trb. 1958, 145, en
1959, 58; hierna: Verdrag van New York), verzocht verlof te verlenen om het arbitrale eindvonnis van het LA-tribunaal ten uitvoer te leggen in Curaçao. Het gerecht heeft – voor zover in cassatie van belang – Sonera toestemming verleend om tot tenuitvoerlegging van het arbitrale eindvonnis over te gaan.
3.2.2. Het hof heeft de beschikking van het gerecht vernietigd en het verzoek van Sonera afgewezen. Het heeft daartoe, voor zover in cassatie van belang, als volgt overwogen.
Çukurova heeft tijdig hoger beroep ingesteld (r.o. 1.2).
De vraag of Sonera op grond van art. 40 Statuut voor het Koninkrijk (hierna: Statuut) het hiervoor in 3.1 onder (vii) genoemde verlof tot tenuitvoerlegging van de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam ook in Curaçao kan gebruiken, dient ontkennend te worden beantwoord (r.o. 3.1-3.7).
Het hof sluit zich aan bij de overwegingen van het SPA-tribunaal waarin dit tribunaal zijn oordeel dat het LA-tribunaal zijn bevoegdheid heeft overschreden, heeft gemotiveerd. Naar het oordeel van het hof had de SPA een dusdanig zelfstandig karakter ten opzichte van de LA, dat SPA-kwesties niet onder het arbitragebeding in de LA mochten worden gebracht. (r.o. 4.5-4.8)
3.3.1. Onderdeel 1 is gericht tegen het oordeel van het hof (in r.o. 1.2) dat Çukurova tijdig hoger beroep heeft ingesteld. Volgens het onderdeel bedraagt de beroepstermijn niet zes weken, maar, ingevolge art. 989 lid 2 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van Curaçao (hierna: RvC), één maand. Nu het hoger beroep was gericht tegen de beschikking van het gerecht van 19 mei 2016 en het hoger beroep op 29 juni 2016 bij het hof is ingekomen, had het hof Çukurova niet-ontvankelijk moeten verklaren in haar beroep wegens overschrijding van de termijn, aldus het onderdeel.
3.3.2. Ingevolge art. 429n lid 2 RvC geldt voor een (eind)beschikking een appeltermijn van zes weken. Anders dan het onderdeel betoogt, is art. 989 lid 2 RvC niet van toepassing verklaard op de in titel 14 van Boek 3 RvC voorziene procedure met betrekking tot de tenuitvoerlegging van arbitrale vonnissen. Art. 989 lid 2 RvC geldt louter voor de in titel 9 van Boek 3 RvC voorziene procedure met betrekking tot de tenuitvoerlegging van andere in het buitenland tot stand gekomen executoriale titels, zoals beslissingen van buitenlandse rechters. Het onderdeel faalt derhalve.
3.4.1. Onderdeel 3 is gericht tegen het oordeel van het hof (in r.o. 3.5-3.7) dat Sonera het hiervoor in 3.1 onder (vii) genoemde verlof tot tenuitvoerlegging van de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam niet ook in Curaçao kan gebruiken. Het onderdeel strekt ten betoge dat ingevolge art. 40 Statuut een buiten het Koninkrijk gewezen ar-

bitraal vonnis op grond van een door een rechter in een van de landen van het Koninkrijk verleend verlof in het gehele Koninkrijk ten uitvoer kan worden gelegd.
3.4.2. Art. 40 Statuut bepaalt, voor zover in cassatie van belang, dat vonnissen, door de rechter in Nederland, Aruba, Curaçao of Sint Maarten gewezen, en bevelen door hem uitgevaardigd, in het gehele Koninkrijk ten uitvoer kunnen worden gelegd. Dit artikel berust op de gedachte dat het Koninkrijk wat betreft de vatbaarheid voor tenuitvoerlegging van binnen het Koninkrijk gegeven rechterlijke uitspraken, als één rechtsgebied moet worden beschouwd, en brengt naar zijn strekking mee dat de rechtskracht van deze uitspraken in alle delen van het Koninkrijk gelijk is, niet alleen wat betreft de vatbaarheid voor tenuitvoerlegging, maar ook wat betreft de bindende kracht en de bewijskracht (vgl. HR 14 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1233, NJ 1994/403).
3.4.3. De vraag of een beslissing van een buitenlandse rechter dan wel van een buitenlands scheidsgerecht in de landen van het Koninkrijk al dan niet in aanmerking komt voor erkenning en tenuitvoerlegging, wordt in het Statuut niet aangemerkt als een aangelegenheid van het Koninkrijk.
In overeenstemming hiermee kunnen de (Caribische) landen in beginsel zelf beslissen of een door het Koninkrijk gesloten erkennings- en tenuitvoerleggingsverdrag ook voor hen zal gelden (vgl. art. 24-28 Statuut). Wanneer een erkennings- en tenuitvoerleggingsverdrag de grondslag vormt voor een verlof tot tenuitvoerlegging van een buitenlandse (rechterlijke of arbitrale) beslissing in een van de landen van het Koninkrijk, gaat het dan ook niet noodzakelijkerwijs om een verdrag dat voor alle landen van het Koninkrijk in werking is getreden.
Met dit stelsel is niet verenigbaar dat het land waarvoor een erkennings- en tenuitvoerleggingsverdrag niet in werking is getreden, krachtens art. 40 Statuut ertoe gehouden zou zijn de tenuitvoerlegging van de buitenlandse beslissing toe te staan op de grond dat daarvoor verlof is verleend in een ander land van het Koninkrijk waarvoor dat verdrag wel in werking is getreden.
Tegen deze achtergrond moet worden aangenomen dat art. 40 Statuut niet ziet op het verlof tot tenuitvoerlegging van een buitenlandse rechterlijke of arbitrale beslissing, welk verlof door een rechter in een land van het Koninkrijk is verleend op de voet van een erkennings- en tenuitvoerleggingsverdrag. Dit geldt ongeacht of een zodanig verdrag tevens voor andere landen van het Koninkrijk in werking is getreden. Een zodanig verlof strekt zich slechts uit tot het desbetreffende land binnen het Koninkrijk, tenzij de wet van een ander land van het Koninkrijk anders bepaalt.
3.4.4. Onderdeel 3 treft derhalve geen doel.
3.5. De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing
De Hoge Raad:
– verwerpt het beroep;
– veroordeelt Sonera in de kosten van het geding in cassatie, (...; *red.*)

NOOT

1. De strijd tussen Sonera Holding BV en het Turkse Çukurova Holding AS levert opnieuw interessante jurisprudentie op met betrekking tot het internationaal executierecht. In 2015 heeft de Hoge Raad zich in het kader van de erkenning en tenuitvoerlegging in Nederland van een Zwitsers arbitraal vonnis tussen partijen uitgelaten over het asymmetrisch rechtsmiddelenverbod in een arbitraal beding (HR 1 mei 2015, «JOR» 2015/254 m.nt. Van der Plas). Dit keer verduidelijkt de Hoge Raad de reikwijdte van art. 40 van het Statuut van het Koninkrijk der Nederlanden (het "Statuut") in een procedure over de tenuitvoerlegging in Curaçao van datzelfde Zwitserse arbitrale vonnis.
2. Sonera heeft het Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao (het "GEA") verzocht verlof te verlenen voor de tenuitvoerlegging van een Zwitsers arbitraal vonnis op grond waarvan Çukurova een schadevergoeding van – in hoofdsom – $ 932 miljoen verschuldigd is. Dat verlof is door het GEA ook verleend (ECLI:NL:OGEAC:2016:11). Çukurova heeft vervolgens met succes hoger beroep ingesteld tegen deze beschikking van het GEA bij het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba (het "GHJ"). Het GHJ vernietigt de beschikking van het GEA. Naar het

oordeel van het GHJ heeft het arbitraal tribunaal zijn bevoegdheid overschreden, reden waarom op grond van art. V lid 1 van het Verdrag van New York het verzoek tot tenuitvoerlegging moet worden geweigerd.

3. Sonera heeft op haar beurt tegen deze beschikking van het GHJ cassatie ingesteld. De onderdelen van het cassatiemiddel over de appeltermijn en over het oordeel van het GHJ dat het arbitraal tribunaal zijn bevoegdheid heeft overschreden, laat ik hier rusten. Een uitgebreide bespreking van deze onderdelen is te vinden in de conclusie van A-G Vlas. In deze noot wordt ingegaan op het onderdeel dat is gericht tegen het oordeel van het GHJ dat het Nederlandse verlof tot tenuitvoerlegging van het Zwitserse arbitrale vonnis niet ook in Curaçao kan worden gebruikt. Het GHJ is tot dit oordeel gekomen in antwoord op de vraag of Sonera wel voldoende belang heeft bij haar exequaturverzoek (ECLI:NL:OGHACMB:2016:11, r.o. 3.5). Kennelijk daardoor op een idee gebracht, neemt Sonera in cassatie het standpunt in dat uit art. 40 Statuut volgt dat een exequatur verstrekt door een rechter uit het Koninkrijk ("Koninkrijksrechter") ten aanzien van een buiten het Koninkrijk gewezen arbitraal vonnis voor het hele Koninkrijk geldt. Zo bezien was het dus helemaal niet nodig geweest om een verlof tot tenuitvoerlegging te vragen van het GEA; met het Nederlandse exequatur in de hand had Sonera ook in Curaçao kunnen executeren. Een kwestie van voortschrijdend inzicht van Sonera of vooral procestactiek?

4. Uit de uitspraak van de Hoge Raad volgt in ieder geval dat het niet het juiste inzicht is. Op grond van art. 40 Statuut kunnen beslissingen van Koninkrijksrechters in het gehele Koninkrijk ten uitvoer worden gelegd. Het Koninkrijk wordt wat dat betreft beschouwd als één rechtsgebied. Dat wil echter niet zeggen dat een buiten het Koninkrijk gewezen rechterlijke of arbitrale beslissing ook vrij kan circuleren binnen het Koninkrijk zodra één van de Koninkrijksrechters een exequatur heeft verleend ten aanzien van die buitenlandse beslissing. De Hoge Raad verduidelijkt dat de vraag of een buitenlandse rechterlijke of arbitrale beslissing in de landen van het Koninkrijk al dan niet in aanmerking komt voor erkenning en tenuitvoerlegging, in het Statuut niet wordt aangemerkt als een gelegenheid van het Koninkrijk. De landen Aruba, Curaçao en Sint Maarten kunnen derhalve zelf beslissen of een door het Koninkrijk gesloten executieverdrag ook voor hen zal gelden. Het zou dan niet logisch zijn dat een (Caribisch) land dat er bewust voor heeft gekozen dat een door het Koninkrijk gesloten executieverdrag niet voor hem geldt, vervolgens via art. 40 Statuut toch gebonden zou zijn aan een exequatur dat op basis van het betreffende verdrag is verleend door de rechter in een ander land van het Koninkrijk. De slotsom moet dan ook zijn dat art. 40 Statuut niet ziet op een door een Koninkrijksrechter krachtens een executieverdrag verleend verlof tot tenuitvoerlegging van een buiten het Koninkrijk gewezen rechterlijke of arbitrale beslissing. Daarbij is irrelevant of het betreffende verdrag ook voor andere landen van het Koninkrijk in werking is getreden. Een exequatur verleend door een Koninkrijksrechter strekt zich derhalve alleen uit tot het land van die Koninkrijksrechter, tenzij de wet van een ander land van het Koninkrijk anders bepaalt (r.o. 3.4.3).

5. De beslissing van de Hoge Raad ziet alleen op een exequatur dat is verleend krachtens een executieverdrag (art. 985-992 Rv). Hetzelfde zou mijns inziens moeten gelden voor de situatie dat er geen executieverdrag is, maar een zogenaamd verkapt exequatur wordt verleend nadat is vastgesteld dat de buitenlandse rechterlijke beslissing voldoet aan de voorwaarden voor erkenning (art. 431 Rv en HR 26 september 2014, «JOR» 2014/350 m.nt. Van der Plas *(Gazprombank/Bensadon)*). Zoals ook de A-G opmerkt (Conclusie, par. 24) speelt in het kader van Brussel I bis vergelijkbare problematiek. Een beslissing van een rechter van een EU-lidstaat is automatisch uitvoerbaar in de andere EU-lidstaten (art. 39 Brussel I bis). Een exequatur gegeven door een rechter van een EU-lidstaat naar aanleiding van een in een (andere lidstaat of een) derde Staat gegeven rechterlijke beslissing valt daar echter niet onder. In dit verband wordt wel gesproken van *exequatur sur exequatur ne vaut* (er kan geen exequatur op een exequatur worden verleend). Strikt genomen klopt deze Franse uitdrukking niet meer helemaal in het kader van de nieuwe executieregeling in Brussel I bis waaruit immers het vereiste van een exequatur is verdwenen, maar dat terzijde. De gedachte erachter is helder, namelijk dat een exequatur een executiemiddel is waarvan de werking zich niet verder uitstrekt dan tot de grenzen van het land van de exequaturrechter (in deze zin A-G Vlas in zijn Conclusie, par. 2.26). Aangenomen wordt dat hetzelfde geldt

voor beslissingen van EU-rechters waarin een beslissing van een niet-EU-rechter wordt overgenomen na een toetsing aan de erkenningsvoorwaarden van de betreffende EU-lidstaat (en een behandeling ten gronde dus achterwege blijft), zoals het geval kan zijn bij een beslissing ex art. 431 lid 2 Rv. (Zie Magnus/Mankowski/Merrett, *Brussel Ibis Regulation, 2016*, art. 2, rdnr. 12.) Ook die beslissingen worden geacht buiten de (automatische) executieregeling van Brussel I bis te vallen. Ik zie niet waarom dat in Koninkrijksverband onder het Statuut anders zou zijn bij een verkapt exequatur van een Koninkrijksrechter ten aanzien van een buiten het Koninkrijk gewezen rechterlijke beslissing. Ook dan geldt *exequatur sur (quasi-)exequatur ne vaut*.

C.G. van der Plas
universitair docent internationaal privaatrecht
aan de UvA en advocaat bij Florent te Amsterdam

177

JOR 2019/177

Hoge Raad
17 mei 2019, 18/01581, ECLI:NL:HR:2019:744
(mr. Streefkerk, mr. Heisterkamp, mr. Polak, mr. Du Perron, mr. Kroeze)
(Concl. A-G De Bock, niet opgenomen; red.)
Noot J.B.S. Hijink

Arubaanse zaak. Persoonsgericht accountantsonderzoek. Beginsel van hoor en wederhoor. Onrechtmatige daad. Voor accountant in maatschappelijk verkeer jegens derden vereiste zorgvuldigheid wordt mede bepaald door in Nederland geldende gedrags- en beroepsregels.

[Wet op het accountantsberoep art. 19 lid 2 onder a; Wet tuchtrechtspraak accountants art. 19 lid 2; Wet AA art. 24 lid 2; BW Boek 6 art. 162]

Het onderzoek van verzoekster (tot cassatie) had betrekking op mogelijke onregelmatigheden waarbij verweerder (in cassatie) direct betrokken was. Het moet voor verzoekster duidelijk zijn geweest dat haar onderzoek nadelige gevolgen voor verweerder zou kunnen hebben. Dit brengt mee dat verzoekster bij het uitvoeren van haar werkzaamheden jegens verweerder de in het maatschappelijk verkeer vereiste zorgvuldigheid in acht diende te nemen. Bij de invulling van die zorgvuldigheidsnorm komt het aan op een beoordeling van alle omstandigheden van het geval. Daarbij moet mede acht worden geslagen op de functie van de accountant in het maatschappelijk verkeer. In Nederland is aan de beroepsorganisatie van accountants de wettelijke verplichting opgelegd om gedrags- en beroepsregels vast te stellen ten behoeve van een goede uitoefening van de werkzaamheden van accountants (zie art. 19 lid 2 onder a Wet op het accountantsberoep en voorheen art. 19 lid 2 Wet op de Registeraccountants en art. 24 lid 2 van de Wet op de Accountants-Administratieconsulenten). Die gedrags- en beroepsregels geven niet alleen invulling aan de verantwoordelijkheden van de accountant jegens zijn opdrachtgever, maar ook aan de verantwoordelijkheid van de accountant om te handelen in het algemeen belang. De door een accountant in het maatschappelijk verkeer jegens een derde in acht te nemen zorgvuldigheid wordt dan ook mede bepaald door hetgeen de zojuist bedoelde gedrags- en beroepsregels meebrengen. Het hof heeft bij beantwoording van de vraag of verzoekster onrechtmatig jegens verweerder heeft gehandeld, derhalve terecht van belang geacht wat die gedrags- en beroepsregels (destijds vastgelegd in de Gedragsrichtlijn) inhielden met betrekking tot de toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor bij persoonsgerichte onderzoeken. Daarbij is niet van belang dat de Gedragsrichtlijn en de wettelijke regeling waarop die richtlijn is gebaseerd, formeel niet in Aruba gelden; het gaat immers om algemeen aanvaarde zorgvuldigheidsnormen voor het handelen van accountants jegens derden (in dit geval in verband met een persoonsgericht onderzoek), die invulling geven aan hetgeen – ook in Aruba – volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (art. 6:162 lid 2 BWA). Het hof heeft zijn beoordeling verricht met inachtneming van het hiervoor omschreven beoordelingskader.

Ernst & Young te Oranjestad (Aruba),
verzoekster tot cassatie,
advocaten: mr. R.J. van Galen en mr. J.M.B. Cramwinckel,

tegen
X,
verweerder in cassatie,
advocaat: mr. R.A.A. Duk.

(...; *red.*)

3. Beoordeling van het middel
3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.
(i) Met ingang van 1 april 2009 is [verweerder] als Algemeen Directeur in dienst getreden van de Stichting "[A]" (hierna: [A]). In de daaraan voorafgaande jaren was hij achtereenvolgens vicevoorzitter en voorzitter van het bestuur van [A].
(ii) Op 4 januari 2010 heeft het bestuur van [A] [verweerder] met directe ingang op non-actief gesteld, omdat er aanwijzingen waren van onregelmatigheden in de financiële administratie van [A].
(iii) Het bestuur van [A] heeft aan Ernst & Young opdracht gegeven om naar de onregelmatigheden onderzoek te doen. De opdrachtbevestiging van 20 januari 2010 vermeldt onder meer:
"2. Doel van het onderzoek
Het onderzoek heeft tot doel:
Het in kaart brengen van de feiten met betrekking tot de vermeende onregelmatigheden alsmede mogelijke aanwijzingen voor (andere) onregelmatigheden in relatie tot mogelijke misbruik van de (financiële) middelen van [[A]], teneinde het bestuur van [[A]] inzicht te geven in de mogelijke betrokkenheid van de voormalige directieleden (en mogelijk overige medewerkers) en in de gelegenheid te stellen om correctieve maatregelen te nemen, waaronder juridische vervolgacties – zo mogelijk – begrepen kunnen zijn. (...)
3. Te verrichten werkzaamheden
Wij verwachten de volgende werkzaamheden te zullen verrichten:
– (...)
– Interview(s) met geïndiceerde betrokkenen.
– (...)
– Wederhoren van de conceptbevindingen aan de hand van (delen van) het concept rapport.
– Verwerken van de wederhoorreactie(s) in een aangepast conceptrapport.
– Finale afstemming van het aangepaste conceptrapport.
– Samenstellen van het definitieve rapport.
– (...)
Onze werkzaamheden zullen worden uitgevoerd in overeenstemming met de Gedragsrichtlijn inzake Persoonsgerichte Accountantsonderzoeken van het Koninklijk NIVRA (hierna: Gedragsrichtlijn). (...)
Indien onze werkzaamheden leiden tot een (impliciet) oordeel over de gedragingen, werkzaamheden of de uitkomsten van die werkzaamheden van een andere deskundige, van personen of organisaties, zullen wij de relevante feitelijkheden in ons conceptrapport in het kader van wederhoor voorleggen aan betrokkene(n) alvorens dat aan u te verstrekken of daarover aan u mededelingen te doen."
(iv) Op 10 en 11 juni 2010 heeft Ernst & Young aan [verweerder] delen van het conceptrapport ter inzage verstrekt, volgens [verweerder] in totaal 70 pagina's. [verweerder] heeft toen geweigerd mondeling commentaar te geven. Bij fax van 21 juni 2010 heeft hij schriftelijk commentaar gegeven.
(v) Ernst & Young heeft een definitief rapport opgesteld waarin een reactie is opgenomen op het commentaar van [verweerder]. Het complete definitieve rapport is op 9 juli 2010 aan [verweerder] toegestuurd of verstrekt. Dat rapport telt 86 pagina's en heeft honderd bijlagen. De eerste bijlage is het schriftelijk commentaar van [verweerder] van 21 juni 2010.
(vi) [A] heeft het gerecht in eerste aanleg van Aruba verzocht de arbeidsovereenkomst met [verweerder] te ontbinden. Bij beschikking van 14 september 2010 heeft het gerecht dit verzoek toegewezen zonder toekenning van een ontbindingsvergoeding aan [verweerder]. Het gerecht is daarbij uitgegaan van de juistheid van de door Ernst & Young geconstateerde onregelmatigheden bij de vergoeding van reis- en representatiekosten. Het gerecht achtte die bevindingen van Ernst & Young onvoldoende weersproken door [verweerder]. Het gerecht heeft een verzoek van [verweerder] om herroeping van deze beschikking afgewezen.
3.2. In dit geding vordert [verweerder] een verklaring voor recht dat Ernst & Young zich schuldig heeft gemaakt aan een onrechtmatige daad jegens hem. Daartoe heeft [verweerder], kort gezegd, aangevoerd dat het door Ernst & Young uitgevoerde onderzoek ernstige gebreken vertoont, dat niet is voldaan aan de eisen van hoor en wederhoor en dat [verweerder] als gevolg van het rapport van Ernst & Young zijn baan is kwijtgeraakt

en er niet in is geslaagd elders een functie te verwerven.
Het gerecht heeft de vordering van [verweerder] afgewezen.
3.3. Het hof heeft het vonnis van het gerecht vernietigd en voor recht verklaard dat Ernst & Young zich schuldig heeft gemaakt aan een onrechtmatige daad jegens [verweerder]. Voor zover in cassatie van belang heeft het hof daartoe het volgende overwogen.
De maatstaf of een accountant als beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid heeft betracht die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht, dient niet alleen te worden aangelegd bij de beoordeling van de vraag of de accountant bij de uitoefening van zijn beroep toerekenbaar is tekortgeschoten jegens zijn opdrachtgever, maar is ook mede bepalend bij de beoordeling van de vraag of een accountant bij de uitoefening van zijn beroep onrechtmatig heeft gehandeld jegens een derde. De functie van de accountant in het rechtsverkeer verplicht hem onder bijzondere omstandigheden ook tot een zekere zorg voor de belangen van derden. Indien een accountant in strijd heeft gehandeld met de voor accountants geldende beroepsnormen en -regels, kan daaraan niet zonder meer de gevolgtrekking worden verbonden dat de accountant jegens eenieder die daardoor schade lijdt, civielrechtelijk aansprakelijk is wegens schending van een zorgvuldigheidsnorm. Niettemin zijn de voor accountants geldende beroepsnormen en -regels in de praktijk vaak (en ook in deze zaak) van groot belang voor de beantwoording van de vraag of de accountant de zorgvuldigheid heeft betracht die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. (rov. 2.5)
In de opdrachtbevestiging is vermeld dat de werkzaamheden van Ernst & Young zullen worden uitgevoerd in overeenstemming met de Gedragsrichtlijn inzake Persoonsgerichte Accountantsonderzoeken van het Koninklijke NIVRA (hierna: de Gedragsrichtlijn). Deze Gedragsrichtlijn is afkomstig uit Nederland en dateert uit 2004. In Nederland heeft van 2007 tot 2013 de Verordening gedragscode gegolden (Stcrt. 2006, 252, zoals gewijzigd) en geldt sindsdien de Verordening gedrags- en beroepsregels accountants (Stcrt. 2014, 163). Aruba kent geen eigen geschreven, hiermee corresponderende gedragsnormen voor accountants. Het concordantiebeginsel brengt mee dat de in Nederland ontwikkelde normen van overeenkomstige toepassing zijn op gedragingen van accountants in Aruba, met dien verstande dat de kleinschaligheid en andere bijzonderheden van de Arubaanse samenleving bijzondere feitelijkheden kunnen meebrengen die van belang kunnen zijn bij de invulling van die normen. (rov. 2.6)
Volgens de Gedragsrichtlijn is daarmee mede beoogd op adequate wijze rekening te houden met de positie van degenen die onderwerp van het persoonsgericht accountantsonderzoek zijn. In dit geval was (onder meer) [verweerder] onderwerp van het persoonsgericht accountantsonderzoek. Daarom mocht [verweerder] van Ernst & Young verwachten dat zij de regels van de Gedragsrichtlijn in acht zou nemen, voor zover deze regels (mede) strekken tot bescherming tegen schade zoals [verweerder] stelt te hebben geleden. (rov. 2.7)
De Gedragsrichtlijn houdt onder meer in dat de rapportage niet eenzijdig mag zijn (art. 3.1). De rapportage moet dus een evenwichtig beeld geven. De uitgebreide regeling in de Gedragsrichtlijn over de voorgeschreven inrichting van het wederhoor moet worden bezien in het licht van het hiervoor omschreven doel dat de eindrapportage een evenwichtig beeld zal geven. Het bieden van adequaat wederhoor is immers een bij uitstek geschikt middel om dat doel na te streven. Uit art. 13.2 van de Gedragsrichtlijn blijkt dat bij de keuze tussen terinzageverstrekking of toezending van de conceptrapportage, slechts voor terinzageverstrekking gekozen kan worden indien het belang bij geheimhouding in een redelijke verhouding staat tot het belang dat de betrokkene heeft bij toezending. Dat laatste belang bestaat naar zijn aard in het algemeen erin dat de betrokkene voldoende gelegenheid wordt geboden de conceptrapportage te bestuderen, desgewenst ter inzage te geven aan door hem in te schakelen deskundigen en aldus een reactie erop voor te bereiden en vast te stellen. Dat belang is zwaarwegender naarmate de omvang van de rapportage groter is en naarmate de strekking van de rapportage belastender is voor de betrokkene. Daarom dienen in geval van een omvangrijke conceptrapportage en/of een belastende strekking ervan zwaardere eisen gesteld te worden aan het belang van geheimhouding om dat laatste belang te kunnen laten prevaleren. Dit alles komt tot uitdrukking in de in art. 13.2 van de Gedragsrichtlijn geformuleerde norm. (rov. 2.8)

Ernst & Young heeft in haar betoog geen aandacht besteed aan het belang van [verweerder] bij toezending van het conceptrapport in het licht van de omvang van het conceptrapport en de strekking daarvan. Het betrof hier een omvangrijk deel van een conceptrapport over uiteenlopende aspecten van het jarenlang functioneren van [verweerder] als (vice)voorzitter van het bestuur en als Algemeen Directeur, met een voor [verweerder] belastende strekking, die, naar voorzienbaar was, de baan van [verweerder] op het spel zette en die voorzien was van een groot aantal bijlagen. Indien [verweerder] de relevante delen van het conceptrapport niet zou mogen meenemen om nader te bestuderen en met een advocaat of accountant of andere deskundige te bespreken, zou hem dat, naar voorzienbaar was, in niet geringe mate beperken in zijn mogelijkheden om een adequate reactie te geven. Gelet op dit alles acht het hof de keuze van Ernst & Young om te weigeren de delen van het conceptrapport toe te zenden of mee te geven aan [verweerder], niet gerechtvaardigd in het licht van het voorschrift van art. 3.1 van de Gedragsrichtlijn. (rov. 2.14)

Ook indien [verweerder] in de gelegenheid is gesteld om terug te komen om het conceptrapport en de bijlagen opnieuw in te zien, doet dat aan voornoemd oordeel niet af. Weliswaar biedt dat een en ander aan [verweerder] een ruimere gelegenheid om commentaar op het conceptrapport voor te bereiden, maar het blijft zo dat [verweerder] het conceptrapport niet toegezonden kreeg en niet mocht meenemen en dat de keuze van Ernst & Young niet gerechtvaardigd is in het licht van het voorschrift van art. 3.1 van de Gedragsrichtlijn. De bewijsaanbiedingen die Ernst & Young in dit verband heeft gedaan, worden daarom bij gebrek aan belang gepasseerd. (rov. 2.15)

Al met al is sprake van een combinatie van een onvolkomen wijze van het toepassen van wederhoor, enige onjuistheden in het eindrapport en enige onduidelijkheden in het eindrapport. Deze combinatie van factoren leidt ertoe dat uit het eindrapport een negatiever totaalbeeld van [verweerder] kan ontstaan dan gerechtvaardigd wordt door de feiten. Ernst & Young heeft onvoldoende zorg betracht om die ongewenste situatie te vermijden. Daarom komt het hof tot de slotsom dat Ernst & Young zich schuldig heeft gemaakt aan een onrechtmatige daad jegens [verweerder] doordat zij een rapport heeft uitgebracht dat niet voldoet aan hetgeen [verweerder] van haar als redelijk handelend en redelijk bekwaam accountantsbureau mocht verwachten in het kader van een zorgvuldige uitoefening van de taak om een persoonsgericht rapport uit te brengen aan het bestuur van [A]. (rov. 2.69)

Thans staat niet ter beoordeling of voornoemde onrechtmatige daad schade voor [verweerder] heeft veroorzaakt. Voor toewijzing van de vordering is voldoende dat de mogelijkheid van schade aannemelijk is. Dat is het geval, want voorgaande oordelen van het hof werpen een ander licht op de overwegingen van de ontbindingsbeschikking van 14 september 2010 die dragend zijn voor de beslissing om de arbeidsovereenkomst te ontbinden zonder toekenning van een ontbindingsvergoeding. (rov. 2.70)

3.4.1. Onderdeel 1 van het middel is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 2.5 dat de maatstaf of een accountant als beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid heeft betracht die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht, niet alleen dient te worden aangelegd bij de beoordeling van de vraag of de accountant bij de uitoefening van zijn beroep toerekenbaar is tekortgeschoten jegens zijn opdrachtgever, maar ook bepalend is bij de beoordeling van de vraag of een accountant bij de uitoefening van zijn beroep onrechtmatig heeft gehandeld jegens een derde. Het onderdeel betoogt onder meer dat het hof is uitgegaan van een onjuiste maatstaf.

3.4.2. Onderdeel 2 richt een reeks van klachten tegen de uitleg en toepassing door het hof van de Gedragsrichtlijn en het daaruit voortvloeiende oordeel in de rov. 2.14 en 2.15 dat de keuze van Ernst & Young om te weigeren de delen van het conceptrapport toe te zenden of mee te geven aan [verweerder], niet gerechtvaardigd was in het licht van art. 3.1 van de Gedragsrichtlijn. Het onderdeel betoogt onder meer dat het oordeel van het hof dat het concordantiebeginsel meebrengt dat de Gedragsrichtlijn van overeenkomstige toepassing is op accountants in Aruba, onjuist dan wel onbegrijpelijk is.

3.4.3. Deze klachten zullen hierna gezamenlijk worden behandeld.

3.4.4. Het onderzoek van Ernst & Young had betrekking op mogelijke onregelmatigheden waarbij [verweerder] direct betrokken was (zie hiervoor in 3.1 onder (ii) en (iii)). Het moet voor Ernst & Young duidelijk zijn geweest dat haar onderzoek nadelige gevolgen voor [verweerder] zou kunnen

hebben. Dit brengt mee dat Ernst & Young bij het uitvoeren van haar werkzaamheden jegens [verweerder] de in het maatschappelijk verkeer vereiste zorgvuldigheid in acht diende te nemen.
Bij de invulling van die zorgvuldigheidsnorm komt het aan op een beoordeling van alle omstandigheden van het geval. Daarbij moet mede acht worden geslagen op de functie van de accountant in het maatschappelijk verkeer. In Nederland is aan de beroepsorganisatie van accountants de wettelijke verplichting opgelegd om gedrags- en beroepsregels vast te stellen ten behoeve van een goede uitoefening van de werkzaamheden van accountants (zie art. 19 lid 2, onder a, Wet op het accountantsberoep, en voorheen art. 19 lid 2 Wet op de Registeraccountants en art. 24 lid 2 van de Wet op de Accountants-Administratieconsulenten). Die gedrags- en beroepsregels geven niet alleen invulling aan de verantwoordelijkheden van de accountant jegens zijn opdrachtgever, maar ook aan de verantwoordelijkheid van de accountant om te handelen in het algemeen belang (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.7-3.10). De door een accountant in het maatschappelijk verkeer jegens een derde in acht te nemen zorgvuldigheid wordt dan ook mede bepaald door hetgeen de zojuist bedoelde gedrags- en beroepsregels meebrengen.
Het hof heeft bij beantwoording van de vraag of Ernst & Young onrechtmatig jegens [verweerder] heeft gehandeld, derhalve terecht van belang geacht wat die gedrags- en beroepsregels (destijds vastgelegd in de Gedragsrichtlijn) inhielden met betrekking tot de toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor bij persoonsgerichte onderzoeken. Daarbij is niet van belang dat de Gedragsrichtlijn en de wettelijke regeling waarop die richtlijn is gebaseerd, formeel niet in Aruba gelden; het gaat immers om algemeen aanvaarde zorgvuldigheidsnormen voor het handelen van accountants jegens derden (in dit geval in verband met een persoonsgericht onderzoek), die invulling geven aan hetgeen – ook in Aruba – volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (art. 6:162 lid 2 BWA).
3.4.5. Blijkens hetgeen hiervoor in 3.4.4 is overwogen, klaagt onderdeel 1 op zichzelf terecht over de algemene regel die het hof in rov. 2.5 heeft vooropgesteld, inhoudende dat voor de beoordeling van de vraag of een accountant onrechtmatig heeft gehandeld jegens een derde, de maatstaf moet worden aangelegd die geldt in de contractuele verhouding van de accountant tot haar opdrachtgever. Dit kan echter niet tot cassatie leiden, aangezien het hof zijn beoordeling in wezen heeft verricht met inachtneming van het hiervoor in 3.4.4 omschreven beoordelingskader. Het oordeel van het hof dat Ernst & Young bij de uitvoering van het persoonsgerichte onderzoek onrechtmatig jegens [verweerder] heeft gehandeld door onder meer een onvolkomen wijze van toepassen van wederhoor zoals voorgeschreven in art. 3.1 en 13.2 van de Gedragsrichtlijn, geeft daarom geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.
3.4.6. De hiervoor in 3.4.1 en 3.4.2 weergeven klachten van de onderdelen 1 en 2 stuiten op het bovenstaande af.
3.5. De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing
De Hoge Raad:
verwerpt het beroep;
veroordeelt Ernst & Young in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

NOOT

1. Het hierboven opgenomen arrest van de Hoge Raad is tamelijk kort. De annotatie kan ook kort zijn. De kernoverweging van de Hoge Raad (r.o. 3.4.4) houdt in dat voor beoordeling van de vraag of een accountant jegens een derde onrechtmatig heeft gehandeld, bepalend is of de accountant bij het uitvoeren van zijn werkzaamheden de in het maatschappelijk verkeer vereiste zorgvuldigheid in acht heeft genomen. Bij de invulling van die zorgvuldigheidsnorm komt het aan op een beoordeling van alle omstandigheden van het geval, waarbij mede acht moet worden geslagen op de functie van de accountant in het maatschappelijk verkeer. Mede bepalend voor de – ook jegens een derde – in acht te nemen zorgvuldigheid is hetgeen voortvloeit uit de voor accountants geldende gedrags- en beroepsregels. Tot zover bevat het arrest van de Hoge Raad weinig nieuws. De formulering van de zorgvuldigheidsnorm voor werkzaamheden van accountants, en invulling daarvan, is vaste jurispru-

dentie sinds het Vie d' Or-arrest (HR 13 oktober 2006, «JOR» 2006/296, m.nt. Beckman).
2. In het onderhavige arrest laat de Hoge Raad het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba (hierna: "het hof") in stand. Weliswaar wordt door Ernst & Young Aruba ("EY") terecht geklaagd dat het hof de verkeerde maatstaf vooropstelde – het hof stelde in r.o 2.5 van het vonnis voorop dat voor beoordeling van de vraag of een accountant jegens een derde onrechtmatig heeft gehandeld de maatstaf zou moeten worden aangelegd die geldt in de contractuele verhouding tussen accountant en opdrachtgever – maar daar schiet EY weinig mee op. Het hof heeft, aldus de Hoge Raad (r.o. 3.4.5) "in wezen" zijn beoordeling verricht met inachtneming van het – hierboven in onderdeel 1 van deze annotatie omschreven – beoordelingskader, waardoor geen blijk is gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het hof.
3. Het arrest bevat een tweetal aspecten waaraan de Hoge Raad weinig – tot geen – woorden vuil maakt, maar die wel nadere bespreking behoeven. Deze aspecten komen meer uitvoerig terug in de conclusie van de A-G vóór het onderhavige arrest (ECLI:NL:PHR:2019:339). Het gaat om de status en inhoud van de voor accountants geldende gedags- en beroepsregels, in het bijzonder die van de Gedragsrichtlijn inzake persoonsgerichte accountantsonderzoeken van het NIVRA (hierna: "Gedragsrichtlijn").
4. Allereerst de status van de voor accountants geldende gedrags- en beroepsregels. Onderscheid moet daarbij worden gemaakt tussen enerzijds (gedrag- en beroeps-)*regels* – dat wil zeggen: voorschriften die zijn uitgevaardigd door (thans) (het bestuur van) de Nederlandse beroepsorganisatie van accountants ("NBA") op basis van een publiekrechtelijke grondslag – en anderzijds andere uitingen (onder meer onder de noemer "handreiking", "alert" of "leidraad") van (het bestuur van) de NBA. Laatstgenoemde uitingen beogen accountants aanwijzingen te geven bij de uitoefening van (specifieke onderdelen) van hun beroep, maar hebben niet de status van beroepsregelgeving. Zie bijvoorbeeld ook uitdrukkelijk het voorbehoud dat is opgenomen op p. 4 van de sinds 6 oktober 2010 geldende (thans NBA-)handreiking 1112 Persoonsgerichte onderzoeken ("Praktijkhandreiking 1112"): "Een NBA-handreiking heeft, anders dan de ingetrokken gedragsrichtlijn, niet de status van beroepsreglementering."
5. Beroepsregelgeving voor accountants rust sinds de inwerkingtreding op 1 januari 2013 van de Wet op het accountantsberoep ("Wab") op art. 19 Wab. Daarin is bepaald dat de ledenvergadering van de NBA verordeningen kan vaststellen met het oog op, kort gezegd, de beroepsuitoefening door accountants en dat de bevoegdheid tot het stellen van nadere voorschriften kan worden gedelegeerd aan het bestuur van de NBA (art. 19 lid 3 Wab). Op basis van deze bevoegdheidsverdeling zijn thans door (het bestuur van) de NBA dwingende beroepsvoorschriften uitgevaardigd, zoals onder meer opgenomen in de Verordening gedrags- en beroepsregels accountants ("VGBA") en de Nadere voorschriften controle- en overige standaarden. Hierover ook J.E. Brink-van der Meer, *Accountantsaansprakelijkheid* (diss. VU), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 101 e.v. en J.B.S. Hijink, 'Aansprakelijkheid van controlerend accountants', in: *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2013, p. 838 e.v.
6. Het onderscheid tussen beroepsreglementering enerzijds en "aanwijzingen" anderzijds was in het verleden minder duidelijk. Zo was de voorloper van de VGBA – de Verordening Gedragscode ("VGC"), welke gold van 1 januari 2007 tot 1 januari 2014 – (voor registeraccountants) gebaseerd op art. 19 van de Wet op de Registeraccountants. De in deze verordening opgenomen voorschriften waren derhalve eveneens te beschouwen als beroepsregels. Dat gold ook voor de voorganger van de VGC, de Verordening Gedrags- en Beroepsregels Registeraccountants 1994 ("GBR 1994"). De GBR 1994 gold tussen 22 januari 2004 en 31 december 2006.
7. Voor zover te achterhalen is, is door het bestuur van de rechtsvoorganger van de NBA (het NIVRA) de in de onderhavige procedure relevante Gedragsrichtlijn op 1 maart 2004 uitgevaardigd. Of de in de Gedragsrichtlijn opgenomen voorschriften als beroepsregelgeving moe(s)ten worden beschouwd of (slechts) als "aanwijzingen", is niet helemaal duidelijk. Voor aanduiding als beroepsregelgeving pleit dat blijkens verschillende publicaties in de accountancyliteratuur de Gedragsrichtlijn de status heeft (gehad) van door het bestuur van de NIVRA op de grondslag van de GBR 1994 uitgevaardigde voorschriften. Beroepsregelgeving derhalve. Van belang is echter

ook dat de GBR 1994 op 31 december 2006 is ingetrokken en – daardoor – de juridische grondslag voor de Gedragsrichtlijn vanaf dat moment is verdwenen. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven ("CBb") heeft hieromtrent uitgemaakt (ECLI:NL:CBB:2013:BZ8145, r.o. 3.4) dat nu "[d]e GBR-1994 (...) met ingang van 1 januari 2007 (inwerkingtreding van de VGC) is komen te vervallen (...) de status van de gedragslijn voor de periode tussen 1 januari 2007 en 16 oktober 2010 (inwerkingtreding van de Praktijkhandreiking persoonsgerichte onderzoeken) onduidelijk [is] geworden. (...) [H]et niet of niet correct toepassen van een bepaling uit de gedragsrichtlijn [kan] slechts een tuchtrechtelijk verwijt (...) opleveren indien en voor zover daarmee schending van het bij of krachtens de VGC bepaalde aan de orde is."

8. Kortom: volgens het CBb kon sinds 1 januari 2007 de Gedragsrichtlijn niet als – zelfstandig – te overtreden beroepsregelgeving worden beschouwd. De Gedragsrichtlijn moe(s)t sinds die datum worden beschouwd als niet meer dan een "aanwijzing" voor een accountant bij de uitoefening van zijn werkzaamheden. De relevantie van die aanwijzingen kan overigens nog steeds groot zijn: niet-naleven van dergelijke aanwijzingen kan een (tuchtrechtelijk verwijtbare) overtreding van de beroepsregelgeving opleveren, maar een dergelijke overtreding dient dan wel uit een zelfstandige overtreding van de beroepsvoorschriften te bestaan (hetgeen ook zelfstandige beoordeling van die beroepsvoorschriften vergt). Dat lijkt mij een juiste aanpak. Het is ook de aanpak die thans wordt gehanteerd bij de tuchtrechtelijke beoordeling (beweerdelijke overtreding) van Praktijkhandreiking 1112 (als opvolger van de Gedragsrichtlijn). In dergelijke procedures beoordeelt de tuchtrechter steeds of het niet naleven van die handreiking leidt tot tuchtrechtelijk verwijtbare schending van (één van de beginselen uit) de VGBA.

9. De Hoge Raad ontloopt in onderhavige procedure deze discussie. Door te overwegen (r.o 3.4.4, laatste alinea) dat de in de Gedragsrichtlijn opgenomen normen bestaan uit "algemeen aanvaarde zorgvuldigheidsnormen voor het handelen van accountants jegens derden (in dit geval in verband met een persoonsgericht onderzoek)" die invulling geven aan hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, kan volgens de Hoge Raad het antwoord op de vraag of de voorschriften opgenomen in de Gedragsrichtlijn moeten worden beschouwd als – in Aruba – geldend recht, in het midden blijven. Hoewel die uitkomst niet onredelijk voorkomt, zou naar mijn mening wenselijk zijn geweest als de Hoge Raad aan de rechtsstatus van de Gedragsrichtlijn enige overwegingen zou hebben gewijd.

10. Ten slotte nog een enkele opmerking over de inhoud van de Gedragsrichtlijn en Praktijkhandreiking 1112. In zijn conclusie citeert de A-G (par. 3.6 en 3.10) enige literatuur waarin wordt geschreven over de omvang van de zorgplicht van accountants jegens derden. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen de zorgplicht jegens derden bij het door een accountant verrichten van werkzaamheden ter uitvoering van een wettelijke taak – zoals de (verplichte) controle van een jaarrekening – en bij de uitoefening van andere werkzaamheden. Het in opdracht uitvoeren van een persoonsgericht onderzoek is een voorbeeld van een niet-wettelijke taak. Zoals de A-G schrijft, is hieraan in de literatuur enige aandacht besteed. Opmerkelijk is dat in de conclusie – par. 3.6, met verwijzing naar E.J.A.M. van den Akker, *Beroepsaansprakelijkheid ten opzichte van derden* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom 2001, p. 21 – wordt opgemerkt dat "Van den Akker bepleit (...) een zorgplicht van de accountant jegens de derde te aanvaarden, indien de accountant zich bij het opstellen van een rapportage laat leiden door een partijbelang én dit *niet* vooraf kenbaar maakt." (cursivering J.B.S.H.). Een dergelijke opvatting is inderdaad bij Van den Akker te vinden, zij het dat zij – terecht – als uitgangspuntpunt hanteert (p. 74) dat "[b]ij alle niet wettelijk opgedragen werkzaamheden (...) de accountant (...) in beginsel alleen ten opzichte van de opdrachtgever zorgplichten [heeft]." En dat dit volgens Van den Akker slechts anders is (p. 83) "[i]ndien hij zich – zonder dit aan te geven – door een partijbelang laat leiden (...)."

11. Deze – genuanceerde – opvatting van Van den Akker speekt mij aan. De in de VGBA opgenomen fundamentele beginselen en voorschriften, die ook gelden voor accountants indien zij niet-wettelijke werkzaamheden – zoals persoonsgerichte onderzoeken – uitvoeren, dragen eraan bij dat accountants bij hun werkzaamheden onder meer deskundig, zorgvuldig en professioneel (dienen te) handelen. Uit die voorschriften vloeien derhalve verschillende waarborgen voort, zowel

voor opdrachtgevers van accountants als derden. Dat leidt er naar mijn mening echter niet toe dat indien een accountant bij de uitvoering van een niet-wettelijke taak een partijbelang vertegenwoordigt én dit voor een derde duidelijk kenbaar is, jegens die derde een zorgplicht zou ontstaan. Zo verstrekkend zijn de beroepsvoorschriften – terecht – niet.
12. De zienswijze van de A-G in par. 3.11 (en samengevat in 3.17) inhoudende dat "de accountant bij het uitvoeren van een persoonsgericht onderzoek een zorgplicht jegens derden heeft, [hetgeen] volgt uit de omstandigheid dat te verwachten is dat in het maatschappelijk verkeer veel waarde aan het door de accountant uitgevoegde onderzoek zal worden toegekend (...) én dat voorzienbaar is dat degene naar wie het onderzoek wordt uitgevoerd schade zal leiden indien de rapportage onjuistheden bevat" is naar mijn mening dan ook onjuist. Dergelijke omstandigheden (de gepercipieerde waarde van het onderzoek en de voorzienbaarheid van schade bij derden) kunnen inkleuring geven aan de mate waarin een accountant de beroepsnormen heeft nageleefd – waaronder de mate van deskundigheid, zorgvuldigheid en professionaliteit – maar leiden op zichzelf niet reeds tot het ontstaan van een zorgplicht jegens derden. Concreet toegepast op de – thans – door Praktijkhandreiking 1112 gegeven aanwijzingen voor het toepassen van hoor en wederhoor bij de uitvoering van persoonsgerichte onderzoeken door accountants, houdt dit in dat een accountant – om aan de beroepsnormen (zoals thans opgenomen in de VGBA) te voldoen – *doorgaans* hoor en wederhoor zal toepassen. Praktijkhandreiking 1112 (p. 9) benoemt op dit punt echter ook uitdrukkelijk dat "indien de accountant ook zonder het toepassen van wederhoor op een adequate wijze aan genoemde eisen [van thans de VGBA] kan voldoen, het niet noodzakelijk is wederhoor toe te passen. Wederhoor is dus geen doel of verplichting op zich, maar een dikwijls belangrijke waarborg voor (...) het naleven van de fundamentele beginselen."

J.B.S. Hijink
advocaat bij Stibbe en hoogleraar Jaarrekeningenrecht, Radboud Universiteit Nijmegen

261

JOR 2019/261

Hoge Raad
24 mei 2019, nr. 18/03643,
ECLI:NL:HR:2019:792
(mr. Streefkerk, mr. Heisterkamp, mr. Snijders, mr. Du Perron, mr. Wattendorff)
(Concl. A-G Wesseling-van Gent, niet opgenomen; red.)
Noot E. Loesberg

Arubaanse zaak. Overgang van onderneming. Voor de vraag of sprake is van een overgang van het bedrijf is beslissend of de identiteit van het bedrijf behouden blijft. Weging van alle omstandigheden van het geval. Verwijzing naar HvJ EG 18 maart 1986, ECLI:EU:C:1986:127 (Spijkers); HvJ EU 9 september 2015, ECLI:EU:C:2015:565 (Air Atlantis) en HvJ EU 7 augustus 2018, ECLI:EU:C:2018:646 (Colino).

[BWA art. 7A:1615db, 7A:1615dc; BW art. 7:662, 7:663]

Art. 7A:1615db BWA verstaat onder overgang van een onderneming: de overgang ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt. Een economische eenheid is gedefinieerd als een geheel van georganiseerde middelen, bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit. Art. 7A:1615dc BWA bepaalt dat door de overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer, van rechtswege overgaan op de verkrijger. Art. 7A:1615db BWA en 7A:1615dc BWA komen overeen met de art. 7:662 en 7:663 van het Nederlandse BW. Deze bepalingen zijn terug te voeren op Europese richtlijnen. Voor de vraag of sprake is van een overgang van het bedrijf is beslissend of de identiteit van het bedrijf behouden blijft, wat met name blijkt uit de daadwerkelijke voortzetting of de hervatting van de exploitatie

ervan. Bij deze beoordeling moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, waaronder met name de aard van de betrokken onderneming of vestiging, het al dan niet overdragen van de materiele activa zoals gebouwen en roerende zaken, de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van de overdracht, het al dan niet overnemen van vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer, het al dan niet overdragen van de klantenkring, de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen, en de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten. Die factoren zijn evenwel slechts deelaspecten van het te verrichten volledige onderzoek en mogen daarom niet elk afzonderlijk worden beoordeeld. Het onderlinge gewicht van de in aanmerking te nemen factoren verschilt naargelang van de uitgeoefende activiteit en zelfs van de productiewijze of de bedrijfsvoering in de betrokken onderneming, vestiging of onderdeel daarvan. In dat verband kan van belang zijn of de activiteit van de betrokken onderneming zich kenmerkt door de inzet van arbeid dan wel door de inzet van kapitaal. Zie voor het voorgaande onder meer HvJ EG 18 maart 1986, ECLI:EU:C:1986:127 (Spijkers); HvJ EU 9 september 2015, ECLI:EU:C:2015:565 (Air Atlantis) en HvJ EU 7 augustus 2018, ECLI:EU:C:2018:646 (Colino).

Het onderdeel stelt op zichzelf terecht dat voor de beantwoording van de vraag of sprake is van identiteitsbehoud in de zin van art. 7A:1615db BWA, steeds moet worden uitgegaan van de identiteit die de oude onderneming feitelijk had. Uitgaande van die identiteit dient aan de hand van een weging van alle omstandigheden van het geval zoals hiervoor omschreven, te worden beoordeeld of deze in de nieuwe situatie is behouden. Het hof heeft dit echter niet miskend. Het noemt immers een aantal factoren die erop wijzen dat de identiteit die het oude casino had, in de nieuwe situatie niet is behouden. Gewezen wordt op (a) de periode van veertien maanden waarin ter plekke geen casinoactiviteiten zijn verricht, (b) de wijziging van de namen van het hotel en het casino, (c) de verkleining van het casino ten opzichte van het oude casino in oppervlakte en in het aantal speelmachines en slotmachines, de wijziging in kleurstelling en de overige wijzigingen, en (d) het niet overnemen van het klantenbestand. In dit verband getuigt het niet van een onjuiste rechtsopvatting dat het hof in zijn beoordeling heeft betrokken dat het oude casino onder meer wat betreft de aangeboden faciliteiten sterke overeenkomsten vertoonde met de meeste andere in Aruba in hotels geëxploiteerde casino's. Die omstandigheid brengt naar het kennelijke oordeel van het hof mee dat wanneer dergelijke overeenkomsten ook tussen het oude en het nieuwe casino bestaan, dit als zodanig geen aanwijzing vormt voor identiteitsbehoud.

Federacion di Trahadornan di Aruba te Aruba,
verzoekster tot cassatie,
advocaat: mr. J.P. Heering,
tegen
Exi-Gaming Executive Island Gaming Management NV te Aruba,
verweerster in cassatie,
niet verschenen.

(...; *red.*)

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

i) The Millennium Resource Group N.V. (hierna: TMRG) heeft in het Occidental Hotel (thans Barcelo Hotel) in Aruba een casino geëxploiteerd onder de naam Aura Casino. De ruimte werd gehuurd van Allegro Palm Beach VBA (hierna: Allegro), tevens de exploitant van het hotel en de houder van de exploitatievergunning voor het casino. Bij vonnis van het gerecht in eerste aanleg van Aruba van 2 december 2015 is TMRG veroordeeld om het gehuurde te ontruimen wegens, kort gezegd, een aanzienlijke huurachterstand. TMRG heeft het gehuurde op 15 december 2015 verlaten.

ii) Bij TMRG waren 44 werknemers in dienst, onder wie leden van FTA. Deze zaten na het vertrek van TMRG zonder werk.

iii) In het voorjaar van 2016 zijn gesprekken gevoerd over de toekomst van het casino. In mei 2016 is Island Gaming als mogelijke exploitant in beeld gekomen.

iv) De Sociale Verzekeringsbank heeft in april 2016 aan de werknemers van TMRG een cessantia-uitkering gedaan op grond van art. 4 lid 2 Cessantiaverordening, waarbij als "fictief einde dienstbetrekking" 15 december 2015 is opgenomen.

v) In dezelfde periode heeft Allegro de lobby van het hotel, waarin het casino was gevestigd, ver-

bouwd. Het vloeroppervlak van het casino is daardoor aanzienlijk verkleind. In de vrijgekomen ruimtes heeft Allegro andere horeca-activiteiten gehuisvest.
vi) Island Gaming en Allegro hebben op 7 juli 2016 een overeenkomst gesloten met betrekking tot de huur van de bedrijfsruimte en de exploitatie van het casino. Deze overeenkomst is ontbonden doordat de daarin gestelde voorwaarden niet zijn vervuld.
vii) Op aanvraag van Allegro is TMRG bij beschikking van het gerecht van 23 september 2016 in staat van faillissement verklaard.
(viii) In november 2016 is verder onderhandeld tussen (de rechtsopvolger van) Allegro en Island Gaming. Uiteindelijk is een nieuwe overeenkomst gesloten op basis waarvan Island Gaming het casino onder de naam LIV Casino is gaan exploiteren. Op 15 februari 2017 heeft het door Island Gaming geëxploiteerde casino zijn deuren geopend. De inrichting van het casino behoort in hoofdzaak toe aan Allegro en wordt eveneens gehuurd door Island Gaming.
(ix) Island Gaming heeft 26 van de (oud) werknemers van TMRG in dienst genomen, en tot november 2017 geen nieuw personeel in dienst genomen ter exploitatie van het casino. Met 11 (oud) werknemers van TMRG heeft Island Gaming overeenstemming bereikt die ertoe strekt dat zij tegen betaling van een bedrag ineens hun aanspraken jegens Island Gaming prijsgeven.
3.2. De onderhavige procedure betreft diverse verzoeken van FTA die, voor zover in cassatie van belang, ertoe strekken dat Island Gaming aan de voormalige werknemers van TMRG (achterstallig) salaris betaalt vanaf de laatste salarisuitbetaling op 15 december 2015 tot en met het tijdstip van de overname van de bedrijfsvoering door Island Gaming, alsmede vanaf de datum van overname totdat de arbeidsovereenkomst op rechtsgeldige wijze zal zijn beëindigd, met wettelijke verhogingen.
Het gerecht heeft de verzoeken van FTA afgewezen.
3.3. Het hof heeft de beschikking van het gerecht bevestigd. Voor zover in cassatie van belang heeft het hof daartoe het volgende overwogen:
"3.11. In dit verband zijn onder meer de volgende omstandigheden van belang:
– na het vertrek van TMRG heeft de ruimte waarin het oude casino werd gedreven een jaar en twee maanden leeg gestaan;
– in die periode heeft Allegro de ruimte waarin het oude casino was gevestigd verbouwd, wat heeft geleid tot een aanzienlijke verkleining van het oppervlak van het casino; volgens de – onweersproken – verklaring van de managing director van Island Gaming, is het aantal speeltafels terug gebracht van 12 naar 3 en het aantal slot machines van rond de 200-210 naar 119;
– de ruimte van het nieuwe casino is geschilderd in andere kleuren en het nieuwe casino heeft een andere naam gekregen;
– Island Gaming heeft nieuwe leidingen aangelegd, een online accounting systeem geïnstalleerd evenals een beveiligingssysteem, de bar heringericht en de computers gefaseerd vernieuwd;
– de exploitatievergunning voor het casino is in handen van Allegro, Island Gaming is voorgedragen als nieuwe exploitant en door het Land goedgekeurd;
– de operator van het hotel is in de loop van 2016 gewijzigd, gevolg daarvan was dat er nu meer 'gewone' hotelgasten zijn en minder time share gasten;
– alle 26 werknemers die in het nieuwe casino van start zijn gegaan, waren aanvankelijk werknemers van TMRG; zij zijn in het nieuwe casino dezelfde of vergelijkbare werkzaamheden gaan uitvoeren als zij deden in het oude casino.
3.12. Over de identiteit van het oude casino is door partijen weinig naar voren gebracht. Het Hof neemt aan dat dit samenhangt met het feit dat er op Aruba vele casino's zijn, dat de meeste grotere hotels over een of meerdere casino's beschikken en dat de aangeboden faciliteiten in die casino's sterke overeenkomsten vertonen. Een en ander doet af aan de mate waarin de casino's van elkaar verschillen en dus ook van de mate waarin zij als onderneming een eigen identiteit hebben. Dat en waarom het oude casino een uitzondering zou vormen op deze regel, in die zin dat het oude casino een bijzondere plek innam in het Arubaanse aanbod van casino's en dus een sterkere eigen identiteit had, is door FTA niet gesteld.
3.13. Doordat na het sluiten van het oude casino gedurende 14 maanden geen casinoactiviteiten zijn verricht op de plaats van vestiging is de identiteit van het oude casino vervaagd. Daar komt bij dat zowel de naam van het hotel als de naam van het casino in de tussentijd zijn gewijzigd, wat verder afdoet aan de gedachte dat het nieuwe casino de voortzetting is van het oude casino. Hetzelfde geldt voor de verkleining van het nieuwe casino

ten opzichte van het oude, zowel in oppervlakte als in het aantal speeltafels en slotmachines, en voor de gewijzigde kleurstelling en de overige wijzigingen. Ter zitting heeft Island Gaming onweersproken aangevoerd dat de nieuwe operator van het hotel, Barcelo, het hotel anders exploiteert dan de vorige operator, namelijk meer als hotel en minder als time share en dat dit ook verandering van hotelgasten tot gevolg heeft. Dat van continuiteit van het klantenbestand in enige betekenisvolle vorm sprake is, is mede daardoor onvoldoende gebleken. Dit vindt bevestiging in het feit dat Island Gaming geen vergoeding voor goodwill heeft betaald.

3.14. Voor het aannemen van overgang van een onderneming pleit onder meer dat de werknemers van het nieuwe casino afkomstig zijn uit het oude casino, dat het casino gebruik maakt van gedeeltelijk dezelfde inventaris (waaronder speeltafels en slotmachines) en dat het nieuwe casino in dezelfde ruimte is gevestigd als het oude casino.

3.15. Alle omstandigheden van het geval afwegend is het Hof van oordeel dat van overgang van een onderneming in dit geval geen sprake is. Weliswaar zijn enkele kenmerkende elementen (locatie, personeel en inventaris) van het oude casino in het nieuwe casino gedeeltelijk teruggekeerd, maar van behoud van identiteit is om de in 3.12 genoemde redenen onvoldoende gebleken."

3.4.1. Het middel richt diverse klachten tegen de rov. 3.12-3.15. Bij de beoordeling van deze klachten wordt het volgende vooropgesteld.

3.4.2. Art. 7A:1615db BWA verstaat onder overgang van een onderneming: de overgang ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt. Een economische eenheid is gedefinieerd als een geheel van georganiseerde middelen, bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit. Art. 7A:1615dc BWA bepaalt, voor zover in cassatie van belang, dat door de overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer, van rechtswege overgaan op de verkrijger.

3.4.3. De art. 7A:1615db BWA en 7A:1615dc BWA komen overeen met de art. 7:662 en 7:663 van het Nederlandse BW. Deze bepalingen zijn terug te voeren op Europese richtlijnen. Voor de uitleg van de in de art. 7A:1615db BWA en art. 7A:1615dc BWA gebruikte begrippen dient te worden uitgegaan van de rechtspraak van het HvJEU ten aanzien van die begrippen (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.4-2.9).

3.4.4. Voor de vraag of sprake is van een overgang van het bedrijf is beslissend of de identiteit van het bedrijf behouden blijft, wat met name blijkt uit de daadwerkelijke voortzetting of de hervatting van de exploitatie ervan. Bij deze beoordeling moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, waaronder met name de aard van de betrokken onderneming of vestiging, het al dan niet overdragen van de materiele activa zoals gebouwen en roerende zaken, de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van de overdracht, het al dan niet overnemen van vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer, het al dan niet overdragen van de klantenkring, de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen, en de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten. Die factoren zijn evenwel slechts deelaspecten van het te verrichten volledige onderzoek en mogen daarom niet elk afzonderlijk worden beoordeeld. Het onderlinge gewicht van de in aanmerking te nemen factoren verschilt naargelang van de uitgeoefende activiteit en zelfs van de productiewijze of de bedrijfsvoering in de betrokken onderneming, vestiging of onderdeel daarvan. In dat verband kan van belang zijn of de activiteit van de betrokken onderneming zich kenmerkt door de inzet van arbeid dan wel door de inzet van kapitaal.

Zie voor het voorgaande onder meer HvJEU 18 maart 1986, zaak C-24/85, ECLI:EU:C:1986:127 (Spijkers), punten 11-13, HvJEU 9 september 2015, zaak C-160/14, ECLI:EU:C:2015:565 (Air Atlantis), punten 25-27 en HvJEU 7 augustus 2018, zaak C-472/16, ECLI:EU:C:2018:646 (Colino), punten 29-33.

3.5.1. Onderdeel 1 van het middel klaagt, samengevat weergegeven, dat het hof in rov. 3.12 heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot het begrip "identiteitsbehoud" in de zin van art. 7A:1615db BWA, omdat daarbij niet relevant is in welke mate de identiteit van een onderneming verschilt van die van andere gelijksoortige ondernemingen. Volgens het onderdeel gaat het om de vraag of en in welke mate de identiteit van de onderneming na de (mogelijke) over-

gang bewaard is gebleven. Of dat het geval is, had het hof moeten beoordelen door aan de hand van alle omstandigheden van het geval na te gaan of Island Gaming de exploitatie van het casino heeft hervat met dezelfde of gelijksoortige bedrijfsactiviteiten.

3.5.2. Het onderdeel stelt op zichzelf terecht dat voor de beantwoording van de vraag of sprake is van identiteitsbehoud in de zin van art. 7A:1615db BWA, steeds moet worden uitgegaan van de identiteit die de oude onderneming feitelijk had. Uitgaande van die identiteit dient aan de hand van een weging van alle omstandigheden van het geval zoals hiervoor in 3.4.4 omschreven, te worden beoordeeld of deze in de nieuwe situatie is behouden. Het hof heeft dit echter niet miskend. In rov. 3.13 noemt het immers een aantal factoren die erop wijzen dat de identiteit die het oude casino had, in de nieuwe situatie niet is behouden (zoals het hof zegt: "is vervaagd"). Gewezen wordt op (a) de periode van 14 maanden waarin ter plekke geen casinoactiviteiten zijn verricht, (b) de wijziging van de namen van het hotel en het casino, (c) de verkleining van het casino ten opzichte van het oude casino in oppervlakte en in het aantal speelmachines en slotmachines, de wijziging in kleurstelling en de overige wijzigingen, en (d) het niet overnemen van het klantenbestand. Ook uit de rov. 3.14 en 3.15 blijkt dat het hof heeft beoordeeld of de identiteit van de oude onderneming in de nieuwe situatie bewaard is gebleven.

In dit verband getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting dat het hof in zijn beoordeling heeft betrokken dat het oude casino onder meer wat betreft de aangeboden faciliteiten sterke overeenkomsten vertoonde met de meeste andere in Aruba in hotels geëxploiteerde casino's. Die omstandigheid brengt naar het kennelijke oordeel van het hof mee dat wanneer dergelijke overeenkomsten ook tussen het oude en het nieuwe casino bestaan, dit als zodanig geen aanwijzing vormt voor identiteitsbehoud.

Het onderdeel kan derhalve niet tot cassatie leiden.

3.6.1. Onderdeel 2 klaagt dat het hof bij zijn oordeel in rov. 3.13 dat van continuïteit van het klantenbestand in enige betekenisvolle vorm onvoldoende is gebleken, ten onrechte niet (kenbaar) in zijn oordeelsvorming heeft betrokken de stelling van FTA dat de aard van het bedrijf meebrengt dat sprake is van behoud van de klantenkring, aangezien deze voor en na de overgang volledig bestond uit hotelgasten. Volgens de klacht valt niet in te zien dat de basis waarop de gasten in het hotel verblijven (timeshare of niet), meebrengt dat sprake is van een wijziging in de klantenkring.

3.6.2. Het onderdeel faalt. Het hof heeft in rov. 3.13 kennelijk slechts tot uitdrukking willen brengen dat in dit geval, gelet op het tijdsverloop, de gewijzigde exploitatie van het hotel en de overige in zijn beschikking vermelde omstandigheden, geen sprake is geweest van continuïteit van een vast klantenbestand, hetgeen een factor zou zijn geweest ten gunste van het standpunt van FTA (zie hiervoor in 3.4.4). Niet onbegrijpelijk is dat het hof daarbij ook de omstandigheid heeft betrokken dat in de nieuwe situatie ten dele sprake is van een verandering in het soort hotelgasten (minder time share, dus nog meer wisselend).

3.7. Onderdeel 3 klaagt over het oordeel van het hof dat de identiteit van het oude casino is vervaagd doordat na het sluiten ervan gedurende 14 maanden geen casinoactiviteiten op de plaats van vestiging zijn verricht.

Deze klacht faalt, nu de duur van onderbreking van de bedrijfsactiviteiten een factor is die in aanmerking kan worden genomen bij de beoordeling of sprake is geweest van identiteitsbehoud (zie hiervoor in 3.4.4).

3.8. Onderdeel 4 klaagt dat het hof onvoldoende kenbaar in zijn oordeelsvorming heeft betrokken de stelling van FTA dat een casino een arbeidsintensieve onderneming is, zodat aan de overgang van 26 werknemers van TMRG naar Island Gaming een bijzonder belang toekomt.

Ook deze klacht faalt. Het hof heeft in zijn afweging betrokken dat de 26 werknemers van het nieuwe casino afkomstig zijn uit het oude casino (rov. 3.14 en 3.15). Het was niet gehouden om daarbij expliciet in te gaan op de stelling van FTA dat een casino een arbeidsintensieve onderneming is, nu FTA die stelling, die zij alleen bij pleitnota in eerste aanleg heeft opgeworpen, in het geheel niet heeft onderbouwd, laat staan dat zij die stelling heeft uitgewerkt voor het onderhavige casino.

3.9.1. Onderdeel 5 klaagt dat, mede in het licht van onderdeel 4, de conclusie van het hof dat van behoud van identiteit niet is gebleken, onbegrijpelijk is tegen de achtergrond van de door het hof vastgestelde omstandigheden met betrekking tot de continuïteit van werknemers in het nieuwe en het oude casino, hun werkzaamheden, de locatie en bedrijfsactiviteiten van het casino en het ge-

deeltelijk gebruik maken van dezelfde inventaris in beide casino's.
3.9.2. Het hof heeft in rov. 3.15 de in rov. 3.13 genoemde factoren die tegen identiteitsbehoud pleiten tezamen met alle andere omstandigheden van het geval afgewogen tegen de door hem in rov. 3.14 genoemde omstandigheden die wijzen op identiteitsbehoud. De uitkomst van deze afweging – dat geen sprake is van overgang van een onderneming in de zin van art. 7A:1615db BWA – geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Voor het overige is een dergelijke afweging in hoge mate feitelijk. Niet kan worden gezegd dat de door het hof gemaakte afweging onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd is. Ook dit onderdeel faalt.

4. Beslissing
De Hoge Raad:
verwerpt het beroep;
veroordeelt FTA in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

NOOT

1. TMRG exploiteerde in het toenmalige Occidental Hotel in Aruba een casino onder de naam Aura Casino. De ruimte waarin het casino werd geëxploiteerd, werd door TMRG gehuurd van Allegro. Nadat TMRG door de rechter tot ontruiming was veroordeeld, heeft zij het gehuurde op 15 december 2015 verlaten. TMRG is op verzoek van Allegro op 23 september 2016 failliet verklaard. Tussen de rechtsopvolger van Allegro en Island Gaming is een nieuwe huurovereenkomst tot stand gekomen en het door Island Gaming geëxploiteerde casino is op 15 februari 2017 geopend. Island Gaming heeft ook een groot deel van de inventaris van de rechtsopvolger van Allegro gehuurd. De vakbond van de werknemers van TMRG (hierna: de vakbond) vordert ten behoeve van de (voormalige) werknemers van TMRG die geen regeling met Island Gaming hebben getroffen, van Island Gaming door TMRG niet betaald (achterstallig) salaris omdat sprake zou zijn van overgang van onderneming en Island Gaming van rechtswege de nieuwe werkgever van de werknemers zou zijn. De vorderingen worden in de feitelijke instanties afgewezen omdat geen sprake zou zijn van overgang van onderneming in de zin van art. 7A:1615db BWA (Burgerlijk Wetboek van Aruba).
2. De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.4.3 dat art. 7A:1615db BWA en 7A:1615dc BWA overeenkomen met art. 7:662 en 7:663 BW. Daaraan voegt hij toe: "Deze bepalingen zijn terug te voeren op Europese richtlijnen. Voor de uitleg van de in de art. 7A:1615db BWA en art. 7A:1615dc BWA gebruikte begrippen dient te worden uitgegaan van de rechtspraak van het HvJEU ten aanzien van die begrippen (...)". Deze overweging lijkt mij juist. De Europese richtlijnen zijn weliswaar alleen verbindend in het Europese deel van het Koninkrijk, maar op grond van het zogenaamde *concordantiebeginsel* moeten bepalingen uit het BWA op dezelfde wijze als de vergelijkbare bepalingen uit het BW worden verstaan. Omdat art. 7:662 en 7:663 BW in het licht van (thans) Richtlijn 2001/23/EG van 12 maart 2001 moeten worden uitgelegd, geldt hetzelfde voor art. 7A:1615db en art. 7A:1615dc BWA. Daar komt bij dat de Arubaanse wetgever, zoals blijkt uit de conclusie van de A-G in 2.4, heeft beoogd (vrijwillig) uitvoering te geven aan de richtlijn.
3. De Hoge Raad verwerpt het beroep in cassatie. Voordat ik het arrest van de Hoge Raad bespreek, vraag ik mij af of de vordering van de vakbond, in het geval de bepalingen uit het Nederlandse Burgerlijk Wetboek van toepassing zouden zijn geweest, niet al bij voorbaat kansloos was omdat TMRG failliet is verklaard. Op dat moment behoorde het casino, omdat het casino (nog) niet door een andere exploitant was voortgezet, de boedel toe. Vooralsnog geldt dat art. 7:663 BW niet van toepassing is in het geval de werkgever failliet is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Zie: art. 7:666 onder a BW. Ik meen dat niet relevant is dat Island Gaming de onderneming van TMRG niet van de curator van TMRG heeft gekocht, maar op grond van een huurovereenkomst met de rechtsopvolger van Allegro met een aantal voormalige werknemers van TMRG na de faillietverklaring van TMRG "opnieuw" is begonnen. Tussen partijen staat vast dat de werknemers in dienst waren van het later failliet verklaarde TMRG. Zou, anders dan in de procedure tussen de vakbond en Island Gaming is komen vast te staan, wel sprake zijn van overgang van onderneming van TMRG naar Island Gaming, dan moet wat mij betreft ervan worden uitgegaan dat de onderneming tot de boedel van TMRG behoorde en is art. 7:663 BW derhalve niet

van toepassing en had de vordering van de vakbond om die reden moeten worden afgewezen. Vgl. mijn noot onder Hof 's-Gravenhage 9 juli 2002, «JOR» 2002/171A *(Plaid Nederland/FNV)*.
4. De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.4.4 hoe getoetst moet worden of al dan niet sprake is van overgang van onderneming. Beslissend is of de identiteit van de onderneming behouden blijft. Daaraan voegt hij onder andere toe: "Bij deze beoordeling moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, waaronder met name de aard van de betrokken onderneming of vestiging, het al dan niet overdragen van de materiële activa zoals de gebouwen en roerende zaken, de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van de overdracht, het al dan niet overnemen van vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer, het al dan niet overdragen van de klantenkring, de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen, en de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten. Die factoren zijn evenwel slechts deelaspecten van het te verrichten volledige onderzoek en mogen daarom niet elk afzonderlijk worden beoordeeld". In deze overweging geeft de Hoge Raad een samenvatting van de relevante jurisprudentie van het Hof van Justitie EU, waarnaar hij ook verwijst. Vgl. Bouwens, Duk & Bij de Vaate, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, 2018/19.2; *Asser/Heerma van Voss 7-V* 2015/294. Zie ook: HvJ EU 8 mei 2019, ECLI:EU:C:2019:385 *(Dodič/Banka Koper c.s.)*.
5. In de op r.o. 3.4.4 volgende overwegingen toetst de Hoge Raad de beschikking van het Gemeenschappelijke Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba aan hetgeen hij in r.o. 3.4.4 heeft overwogen. Hij kan het oordeel van het hof billijken dat geen sprake is van overgang van onderneming op grond van allerlei feitelijke veranderingen in de periode tussen het staken van de exploitatie van het casino door TMRG en het starten van de exploitatie van een casino door Island Gaming veertien maanden later.
6. Zie ik het goed, dan heeft het HvJ EU een casino nog niet gekarakteriseerd en heeft hij (nog) niet uitgemaakt of een casino (vooral) wordt gekenmerkt door haar werknemers dan wel door haar (im)materiële activa. Vgl. Bouwens, Duk & Bij de Vaate, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, 2018/19.2 en *Asser/Heerma van Voss 7-V* 2015/296. Ik zou denken dat een casino vooral wordt gekenmerkt door materiële activa, zoals speeltafels. Zonder speeltafels e.d. kan immers geen casino worden geëxploiteerd. Zouden de voormalige werknemers van TMRG niet in dienst zijn getreden van Island Gaming, dan lijkt mij dat geen (doorslaggevend) argument voor de stelling dat de identiteit van het casino niet behouden is. Nu Island Gaming het casino (in eerste instantie alleen) met voormalige werknemers van TMRG is gaan exploiteren, is dat naar mijn mening wel een argument voor de stelling dat de identiteit van het casino behouden is. Daarnaast lijkt mij dat naarmate de exploitatie van de onderneming langer is gestaakt, minder snel moet worden aangenomen dat de onderneming zijn identiteit behouden heeft. In het geval dat korte tijd nadat de vorige ondernemer de exploitatie heeft gestaakt een andere ondernemer op dezelfde plaats een gelijksoortige onderneming is begonnen, zal eerder sprake zijn van behoud van identiteit van de onderneming dan in het geval langere tijd geen onderneming is geëxploiteerd. In het laatste geval kan, als de onderneming (vooral) wordt gekenmerkt door haar materiële activa, van identiteitsbehoud sprake zijn als de nieuwe ondernemer de exploitatie "voortzet" met de materiële activa die door de vorige ondernemer werden gebruikt.
7. Het hiervoor afgedrukte arrest is door M.L.G. Otto geannoteerd in «JAR» 2019/168 en door M.D. Ruizeveld in *TRA* 2019/71.

E. Loesberg
senior rechter in de Rechtbank Oost-Brabant, werkzaam als voorzieningenrechter

301

JOR 2020/301

Hoge Raad
25 september 2020, nr. 19/01351,
ECLI:NL:HR:2020:1499
(mr. Numann, mr. Polak, mr. Du Perron, mr. Sieburgh, mr. Lock)
(Concl. A-G Vlas, niet opgenomen; red.)
Noot S.J.L.M. van Bergen

Antilliaanse zaak. Huurrecht. Overdracht van het gehuurde. De rechten en verplichtingen van de verhuurder uit de huurovereenkomst gaan niet op grond van art. 7:226 BW over op de verkrijger, wanneer het niet de (schuldeiser van de) verhuurder is die de (zelfstandige rechten op de) verhuurde zaak overdraagt. Verhuurdersverplichtingen gaan ook niet over op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid. Geen anticipatie op Ontwerp Timeshare Ordinance. Verkrijger kan gehouden zijn de gebruiksrechten van de huurder van de zaak te eerbiedigen. Concordantiebeginsel. Verwijzing naar HR 5 maart 2004, «JOR» 2004/186 (Vagobel/Geldnet).

[BWSM art. 6:2, 6:162, 7:226; BW art. 7:226; Statuut voor het Koninkrijk art. 39 lid 1]

Art. 7:226 lid 1 BWSM bepaalt dat de overdracht door de verhuurder van de zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft of van een zelfstandig recht van vruchtgebruik, erfpacht of opstal op de zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft, de rechten en verplichtingen van de verhuurder uit de huurovereenkomst die daarna opeisbaar worden, doet overgaan op de verkrijger. Daarbij wordt ingevolge art. 7:226 lid 2 BWSM overdracht door een schuldeiser van de verhuurder gelijkgesteld met overdracht door de verhuurder. Art. 7:226 leden 1 en 2 BWSM zijn gelijkluidend aan art. 7:226 leden 1 en 2 BW. Bij gebreke van een toelichting op art. 7:226 BWSM die in een andere richting wijst, kan voor de uitleg van die bepaling worden aangesloten bij de uitleg van art. 7:226 BW. Dit strookt met het in art. 39 lid 1 van het Statuut voor het Koninkrijk neergelegde concordantiebeginsel, dat ertoe strekt het burgerlijk recht binnen het Koninkrijk zoveel mogelijk op overeenkomstige wijze te regelen. Uit de tekst van art. 7:226 BW volgt dat deze bepaling alleen ziet op gevallen waarin de verhuurder (of diens schuldeiser) de verhuurde zaak of een zelfstandig recht van vruchtgebruik, erfpacht of opstal op de verhuurde zaak overdraagt. In de wetsgeschiedenis bij art. 7:226 BW is onder ogen gezien dat de bepaling niet van toepassing is op gevallen waarin de verhuurder een ander is dan de zakelijk gerechtigde en de (schuldeiser van de) zakelijk gerechtigde degene is die de (zelfstandige rechten op de) verhuurde zaak overdraagt. Dit heeft niet geleid tot aanpassing van de wettekst. Daarom bestaat op dit punt geen ruimte voor een extensieve uitleg van art. 7:226 BW. De rechten en verplichtingen van de verhuurder uit de huurovereenkomst gaan dus niet op grond van art. 7:226 BW over op de verkrijger wanneer het niet de (schuldeiser van de) verhuurder is die de (zelfstandige rechten op de) verhuurde zaak overdraagt (vgl. HR 5 maart 2004, «JOR» 2004/186 (Vagobel/Geldnet)). Dit geldt, gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, ook voor art. 7:226 BWSM. Hetgeen hiervoor is overwogen, brengt mee dat de rechten en verplichtingen van de verhuurder uit de huurovereenkomsten tussen Endless Vacation en de timeshare-nemers niet op grond van art. 7:226 lid 2 BWSM zijn overgegaan op verzoekster (tot cassatie). Het is immers de bank als schuldeiser van de zakelijk gerechtigde Kildare – en dus niet Endless Vacation als verhuurder (of de bank als haar schuldeiser) – geweest die de zakelijke rechten op het gehuurde aan verzoekster heeft overgedragen. Ook bestaat onvoldoende grond om te anticiperen op inwerkingtreding van het Ontwerp Timeshare Ordinance. Waar in het Ontwerp Timeshare Ordinance is voorzien in een regel die de timeshare-nemer beschermt ongeacht of de verkopende of overdragende partij de contractspartij van de timeshare-nemer is, wijkt deze te sterk af van het geldende recht, terwijl bovendien onduidelijk is of en, zo ja wanneer, de Timeshare Ordinance zal worden vastgesteld en in werking zal treden.

De verkrijger van (de zelfstandige rechten op) een verhuurde zaak kan ook op een andere grond dan art. 7:226 BWSM – zoals art. 6:162 BWSM of art. 6:2 BWSM – gehouden zijn om de verhuurdersverplichtingen uit de huurovereenkomst na te ko-

men. Daarvoor is echter vereist dat sprake is van bijzondere omstandigheden. De omstandigheden dat verzoekster op het moment van de overdracht ervan op de hoogte was dat de zaak verhuurd is, dat zij bij de bepaling van haar bod op de veiling met de risico's van die omstandigheid rekening heeft kunnen houden en dat de huurders aanmerkelijk nadeel lijden indien hun na de overdracht niet langer het huurgenot van de zaak wordt verschaft, zijn onvoldoende voor het oordeel dat verzoekster op grond van art. 6:162 BWSM of art. 6:2 BWSM gehouden is de verhuurdersverplichtingen uit de huurovereenkomst na te komen.
Opmerking verdient nog dat niet kan worden uitgesloten dat Kildare en de bank gehouden waren de huurovereenkomsten te eerbiedigen, bijvoorbeeld omdat zij met de verhuur hadden ingestemd, en dat zij om die reden de timeshare-nemers dus niet tot ontruiming hadden kunnen dwingen op de grond dat zijzelf niet aan de huurovereenkomsten waren gebonden. De aan art. 7:226 BW ten grondslag liggende beschermingsgedachte kan meebrengen dat voor een dergelijk geval uit art. 7:226 BW voortvloeit dat op de verkrijger overgaan de plichten in verband met het gebruik van de zaak die de eigenaar die niet de verhuurder is, jegens de huurder heeft. Dit zou betekenen dat ook verzoekster gehouden is de huurovereenkomsten tussen Endless Vacation en de timeshare-nemers te eerbiedigen, in die zin dat verzoekster zich zal moeten onthouden van een uitoefening van haar recht waardoor het door Kildare toegestane, contractuele gebruik door de timeshare-nemers zou worden belemmerd.

Alegria Real Estate BV te Sint Maarten,
verzoekster tot cassatie,
verweerster in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,
advocaten: mr. J.W.H. van Wijk en mr. J.B.B. Heinen,
tegen
1. Timeshare Owners at Caravanserai Association te Sint Maarten,
2. X,
3. Y,
verweerders in cassatie,
verzoekers in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,
advocaten: mr. B.T.M. van der Wiel en mr. T. van Tatenhove.

(...; *red.*)

2. Uitgangspunten en feiten
2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.
(i) In 1996 heeft Kildare Properties Limited (hierna: Kildare) rechten van erfpacht verworven op drie percelen op Sint Maarten. Op die percelen is vervolgens het Caravanserai Beach Resort (hierna: het resort) ontwikkeld.
(ii) In verband met de ontwikkeling en exploitatie van het resort zijn in 1996 twee vennootschappen opgericht:
– Island Hotel Corporation N.V. (hierna: Island Hotel), die de hotel- en andere horeca-activiteiten zou beheren, en
– Endless Vacation N.V. (hierna: Endless Vacation), die blijkens haar statuten onder meer was belast met het bemiddelen en adviseren bij de verhuur en verkoop van timeshares.
(iii) The Bank of Nova Scotia (hierna: de bank) heeft financiering verstrekt voor het project. Ten behoeve van de bank heeft Kildare een recht van hypotheek doen vestigen op de drie percelen. Daarnaast hebben Kildare, Island Hotel en Endless Vacation al hun inkomsten en vorderingen met betrekking tot het resort tot zekerheid overgedragen aan de bank.
(iv) In de periode 1996-2013 zijn met betrekking tot het resort meer dan tweeduizend timeshares verkocht aan timeshare-nemers.
(v) De bank heeft in 2013 de kredieten opgeëist, waarna het tot een executoriale verkoop van de erfpacht- en appartementsrechten is gekomen.
(vi) In de daartoe opgemaakte veilingakte staat onder meer het volgende:
"Buyer is herewith informed about the following:
II. Lease agreements
The property is burdened with lease agreements, which comprise in Timeshare agreements and Commercial agreements.
Timeshare:
For an overview of sold timeshare weeks reference is made to the Appraisal report (...), of which a copy is made available through the website of Notary Office SXM. Please note that the creditor cannot guarantee that this overview is complete and/or accurate, as the appraiser relied on information that was provided by Kildare."
(vii) Alegria heeft op de op 13 augustus 2014 gehouden veiling als hoogste bieder de erfpacht- en appartementsrechten gekocht. De erfpachtrech-

ten zijn op 15 september 2014 aan Alegria geleverd.
(viii) Bij brief van 30 september 2014 heeft Alegria de timeshare-nemers aangeschreven met de mededeling dat Kildare, Island Hotel, Endless Vacation en hun belanghebbenden vanaf 15 september 2014 niet langer betrokken zijn bij het resort. In die brief staat verder vermeld:
"5. If you have entered into any type of timeshare agreement with Kildare for a timeshare unit at the Caravenserai Beach Resort, such agreement qualifies as a lease agreement for which no approval was granted by the Bank of Nova Scotia. In accordance with article 3:264 of the Civil Code of Sint Maarten, Alegria Real Estate N.V. hereby invokes the annulment of your timeshare/lease agreement, including any related timeshare exchange programs.6. If you have entered into any type of timeshare agreement with Endless Vacation N.V. for a timeshare unit at the Caravenserai Beach Resort, please note that Alegria Real Estate N.V. is not bound by such agreement, and you are no longer entitled to make use of the timeshare unit or any related timeshare exchange programs. (...)"
(ix) Een deel van de timeshare-nemers heeft zich verenigd in TOCA. [verweerders] zijn timeshare-nemer en lid van TOCA.
2.2. In deze procedure vorderen TOCA c.s., voor zover in cassatie van belang, een verklaring voor recht dat Alegria jegens de leden van TOCA onrechtmatig handelt door hen niet toe te laten tot het door hen gehuurde, en dat Alegria wordt verplicht de leden van TOCA het door hen gehuurde te laten gebruiken.
TOCA c.s. leggen hieraan ten grondslag – kort gezegd – dat de leden van TOCA een huurovereenkomst hebben op grond waarvan zij als timeshare-nemer gedurende een bepaalde periode gebruik kunnen maken van een appartement op het resort, en dat de rechten en verplichtingen uit deze huurovereenkomsten, met de overdracht van de zakelijke rechten op het gehuurde, zijn overgegaan op Alegria.
2.3. Het gerecht heeft, voor zover in cassatie van belang, de verklaring voor recht, in iets andere bewoordingen dan gevorderd, toegewezen en Alegria veroordeeld om (de leden van) TOCA c.s. het huurgenot te verschaffen van de appartementen, zodra zij de maintenance fees, direct bij aankomst in het appartement, aan Alegria hebben betaald.[1]
2.4. Het hof heeft het vonnis van het gerecht bevestigd, met dien verstande dat de verklaring voor recht zo moet worden gelezen dat Alegria jegens (de leden van) TOCA c.s. gehouden is de met hen gesloten timeshare-overeenkomsten na te komen, voor zover deze betrekking hebben op reeds voltooide gebouwen en er op 13 augustus 2014 al sprake was van gebruik door de desbetreffende timeshare-nemer, op voorwaarde dat de leden de "maintance fees" voor het lopende jaar hebben voldaan. Hiertoe heeft het hof, voor zover in cassatie van belang, als volgt overwogen.
De vraag is of, nu de timeshare-nemers een huurovereenkomst hadden met Endless Vacation en niet met Kildare, toepassing kan worden gegeven aan de regel "koop breekt geen huur". (rov. 2.17)
Bij die beoordeling moet worden uitgegaan van art. 7:226 BW Sint Maarten (hierna: BWSM). Dit artikel behelst, evenals het Nederlandse art. 7:226 BW, een bepaling ter bescherming van de huurder voor de situatie dat de verhuurder de zaak aan een ander overdraagt. Om te voorkomen dat de huurder het genot van de gehuurde zaak kwijtraakt doordat de verhuurder dit niet meer aan hem kan verschaffen, houdt deze bepaling in dat in zodanig geval de huurovereenkomst overgaat op de nieuwe eigenaar. Deze bepaling is niet van toepassing wanneer weliswaar sprake is van eigendomsoverdracht, maar niet van eigendomsoverdracht door de verhuurder. Dat wordt niet anders wanneer de verhuurder wel de economische eigenaar van het verhuurde was (zie HR 5 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9687 («JOR» 2004/186; *red.*), hierna ook: het Vagobel-arrest). (rov. 2.18)
Uit de wetsgeschiedenis van art. 7:226 BW blijkt dat door de wetgever onder ogen is gezien (en dus is aanvaard) dat de bepaling in beginsel slechts gelding heeft wanneer de verhuurder ook eigenaar van het verhuurde is, met het gevolg dat de huurder tegenover de eigenaar en diens rechtsopvolger geen eigen positie heeft. (rov. 2.19)
Uit de wetsgeschiedenis blijkt volgens de Hoge Raad (zie HR 6 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2560 («JOR» 2018/31, m.nt. Loesberg; *red.*)) voorts dat de regel van art. 7:226 BW niet bezwaarlijk wordt geacht voor de verkrij-

1 Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 23 augustus 2016, ECLI:NL:OGEAM:2016:51.

ger die immers het recht verkrijgt op de huurpenningen. (rov. 2.20)Elders in de parlementaire stukken wordt opgemerkt dat het nodig kan zijn art. 7:226 BW extensief uit te leggen, waar de bescherming van de huurder dit eist. Ook wordt erop gewezen dat onder meer art. 6:248 lid 2 BW en art. 6:162 BW uitkomst kunnen bieden, bijvoorbeeld bij constructies die zijn bedoeld de bescherming te omzeilen die art. 7:226 BW de huurder beoogt te bieden. (rov. 2.21)Voorts is in het Ontwerp van de Landsverordening tot herziening van de burgerrechtelijke regels betreffende timeshare (hierna: Ontwerp Timeshare Ordinance), zoals door de Staten is aangenomen, maar dat nog niet is bekrachtigd en ingevoerd, een beschermingsbepaling opgenomen die de timeshare-nemer beschermt, ongeacht of de verkopende of overdragende partij de directe contractspartner van de timeshare-nemer is. (rov. 2.22)
De huurovereenkomsten in deze zaak hebben betrekking op timeshares in een op Sint Maarten gelegen resort. Een bijzonderheid is verder dat de rechthebbende op de verhuurde accommodaties en de verhuurder behoorden tot hetzelfde concern en dat de splitsing van de rechtspersoon die het zakelijke recht (de erfpacht) heeft en de rechtspersoon die de accommodaties verhuurt, uitsluitend door de concernbelangen (en mogelijk die van de bank) zijn ingegeven. De timeshare-nemers stonden daar volledig buiten en zij zullen daarvan in veel gevallen niet op de hoogte zijn geweest. Die samenhang leidde ertoe dat met de executie van Kildare ook Endless Vacation van het toneel is verdwenen en dat Endless Vacation niet in staat is om het overeengekomen huurgenot te verschaffen en evenmin verhaal biedt voor de claims van de timeshare-nemers. Alegria wist bij de aankoop van de erfpachtrechten van de timeshare-overeenkomsten. Dat zij meende dat deze overeenkomsten met een ander dan Kildare waren gesloten en dat dit gegeven bij de bieding van belang is geweest, is gesteld noch gebleken. Van belang is verder nog dat Alegria bij het overgaan van de huur aanspraak krijgt op betaling van de jaarlijkse "maintenance fees". (rov. 2.23)
Gelet op de ratio van art. 7:226 BWSM en op het Ontwerp Timeshare Ordinance en de daaruit blijkende gedachte dat het in Sint Maarten maatschappelijk gezien wenselijk is om timeshare-nemers in dergelijke omstandigheden tegen vervreemding te beschermen, moet onder de omstandigheden van dit geval worden aangenomen dat de executoriale verkoop aan Alegria van de aan Kildare toekomende rechten wordt gelijkgesteld aan het in art. 7:226 lid 2 BWSM beschreven geval van verkoop door een schuldeiser van de eigenaar van de verhuurde zaak. Alegria is daarom gebonden aan de met de timeshare-nemers gesloten overeenkomsten. (rov. 2.24)
Wanneer voornoemde (anticiperende) uitleg niet zou kunnen worden gevolgd, geldt het voorgaande ook op grond van art. 6:162 BWSM en art. 6:2 BWSM. Alegria wist toen zij een bod op de erfpachtrechten uitbracht dat er huur- en timeshare-overeenkomsten waren gesloten met betrekking tot het te veilen vastgoed, en zij was dus ervan op de hoogte dat er een grote groep personen was die een aanzienlijk bedrag vooruit hadden betaald in de verwachting dat zij nog vele jaren van de faciliteiten gebruik zouden kunnen maken. De (zorgvuldigheids)norm van voornoemde artikelen, zoals die blijkens onder meer het hiervoor in rov. 2.22 vermelde naar de hier te lande levende inzichten moet worden ingevuld, verplicht Alegria ertoe de belangen en de verworven rechten van de timeshare-houders te respecteren. Het door Alegria gedane voorstel is daartoe niet voldoende. Alegria wordt door deze verplichting niet onredelijk benadeeld. Zij heeft bij de bepaling van haar bieding haar prijs kunnen afstemmen op de mogelijkheid dat zij (een deel van) de overeenkomsten diende te eerbiedigen. Dit is bovendien een consequentie die in Sint Maarten, gelet op het Ontwerp Timeshare Ordinance, aanvaardbaar wordt geacht. (rov. 2.25)

3. Beoordeling van het middel in het principale beroep

3.1. Onderdeel 1 van het middel richt zich tegen het oordeel van het hof (in rov. 2.23-2.24) dat de executoriale verkoop aan Alegria van de aan Kildare toekomende rechten moet worden gelijkgesteld met het in art. 7:226 lid 2 BWSM omschreven geval van overdracht door een schuldeiser van de eigenaar van de verhuurde zaak.
De onderdelen 1.1 en 1.5 klagen dat het hof heeft miskend dat art. 7:226 BWSM alleen van toepassing is wanneer de verhuurder tevens de zakelijk gerechtigde met betrekking tot de gehuurde zaak is. Art. 7:226 BWSM is dus niet van toepassing indien, zoals in dit geval, de zakelijke rechten op de gehuurde zaak toekomen aan een andere rechtspersoon dan de verhuurder. De door het

hof in rov. 2.23 vermelde omstandigheden van dit geval doen daaraan niet af, aldus de onderdelen.
Onderdeel 1.2 klaagt dat het hof heeft miskend dat dit ook geldt als wordt gelet op de ratio van art. 7:226 BW. Dat blijkt volgens het onderdeel onder meer uit het Vagobel-arrest en uit de wetsgeschiedenis van art. 7:226 BW.
Onderdeel 1.3 klaagt onder meer dat de extensieve uitleg van art. 7:226 BW door het hof in rov. 2.24 berust op een ongeoorloofde anticipatie op het Ontwerp Timeshare Ordinance.
3.2.1. Art. 7:226 lid 1 BWSM bepaalt, voor zover in deze zaak van belang, dat de overdracht door de verhuurder van de zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft of van een zelfstandig recht van vruchtgebruik, erfpacht of opstal op de zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft, de rechten en verplichtingen van de verhuurder uit de huurovereenkomst die daarna opeisbaar worden, doet overgaan op de verkrijger. Daarbij wordt ingevolge art. 7:226 lid 2 BWSM overdracht door een schuldeiser van de verhuurder gelijkgesteld met overdracht door de verhuurder.
3.2.2. Art. 7:226 leden 1 en 2 BWSM zijn gelijkluidend aan art. 7:226 leden 1 en 2 BW. Bij gebreke van een toelichting op art. 7:226 BWSM die in een andere richting wijst, kan voor de uitleg van die bepaling worden aangesloten bij de uitleg van art. 7:226 BW. Dit strookt met het in art. 39 lid 1 van het Statuut voor het Koninkrijk neergelegde concordantiebeginsel, dat ertoe strekt het burgerlijk recht binnen het Koninkrijk zoveel mogelijk op overeenkomstige wijze te regelen.[2]
3.2.3. Uit de tekst van art. 7:226 BW volgt dat deze bepaling alleen ziet op gevallen waarin de verhuurder (of diens schuldeiser) de verhuurde zaak of een zelfstandig recht van vruchtgebruik, erfpacht of opstal op de verhuurde zaak overdraagt. In de wetsgeschiedenis bij art. 7:226 BW is onder ogen gezien dat de bepaling niet van toepassing is op gevallen waarin de verhuurder een ander is dan de zakelijk gerechtigde en de (schuldeiser van de) zakelijk gerechtigde degene is die de (zelfstandige rechten op de) verhuurde zaak overdraagt. Dit heeft niet geleid tot aanpassing van de wettekst.[3] Daarom bestaat op dit punt geen ruimte voor een extensieve uitleg van art. 7:226 BW. De rechten en verplichtingen van de verhuurder uit de huurovereenkomst gaan dus niet op grond van art. 7:226 BW over op de verkrijger wanneer het niet de (schuldeiser van de) verhuurder is die de (zelfstandige rechten op de) verhuurde zaak overdraagt.[4]
Dit geldt, gelet op hetgeen hiervoor in 3.2.2 is overwogen, ook voor art. 7:226 BWSM.
3.3. Hetgeen hiervoor in 3.2.1-3.2.3 is overwogen brengt mee dat de rechten en verplichtingen van de verhuurder uit de huurovereenkomsten tussen Endless Vacation en de timeshare-nemers niet op grond van art. 7:226 lid 2 BWSM zijn overgegaan op Alegria. Het is immers de bank als schuldeiser van de zakelijk gerechtigde Kildare – en dus niet Endless Vacation als verhuurder (of de bank als haar schuldeiser) – geweest die de zakelijke rechten op het gehuurde aan Alegria heeft overgedragen.
De door het hof in rov. 2.23 van het bestreden vonnis (zie hiervoor in 2.4) genoemde bijzondere omstandigheden van dit geval kunnen hieraan niet afdoen. Ook bestaat onvoldoende grond om te anticiperen op inwerkingtreding van het Ontwerp Timeshare Ordinance. Waar in het Ontwerp Timeshare Ordinance is voorzien in een regel die de timeshare-nemer beschermt ongeacht of de verkopende of overdragende partij de contractspartij van de timeshare-nemer is, wijkt deze te sterk af van het geldende recht, terwijl bovendien onduidelijk is of en, zo ja wanneer, de Timeshare Ordinance zal worden vastgesteld en in werking zal treden.
3.4. Het voorgaande betekent dat de hiervoor in 3.1 weergegeven klachten slagen. De overige klachten van onderdeel 1 behoeven geen behandeling.
3.5. Onderdeel 2 richt zich tegen het oordeel van het hof (in rov. 2.25) dat, ook wanneer art. 7:226 BWSM niet van toepassing zou zijn, Alegria op grond van art. 6:162 BWSM en art. 6:2 BWSM gebonden is aan de met de timeshare-nemers gesloten huurovereenkomsten.

2 HR 6 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2560 («JOR» 2018/31, m.nt. Loesberg; *red.*), rov. 3.5.2.

3 Kamerstukken I 2001/02, 26089, 26090 en 26932, nr. 162, p. 33-34.

4 Vgl. HR 5 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9687 («JOR» 2004/186; *red.*) (*Vagobel/Geldnet*), rov. 3.3.1.

De onderdelen 2.2 en 2.4 klagen dat het hof daarmee heeft miskend dat de enkele omstandigheid dat Alegria, toen zij een bod uitbracht, wist van de timeshare-overeenkomsten en dat zij dus wist dat er een grote groep personen was die een aanzienlijk bedrag hadden vooruit betaald in de verwachting dat zij nog jaren van de faciliteiten gebruik zouden kunnen maken, niet meebrengt dat art. 6:162 BWSM en art. 6:2 BWSM ertoe verplichten de belangen en verworven rechten van timeshare-nemers te eerbiedigen, nu voor een dergelijk oordeel bijzondere omstandigheden zijn vereist.
3.6.1. Het oordeel van het hof in rov. 2.25 dat Alegria gehouden is om de belangen en rechten van de timeshare-nemers te respecteren moet gelet op de samenhang met rov. 2.24 van het bestreden vonnis en op de in het dictum gegeven verklaring voor recht, kennelijk zo worden begrepen dat indien art. 7:226 BWSM niet van toepassing is, Alegria op grond van art. 6:162 BWSM en art. 6:2 BWSM gebonden is aan de huurovereenkomsten, in die zin dat zij op grond van die bepalingen gehouden is om de verplichtingen van de verhuurder uit de huurovereenkomsten met de timeshare-nemers na te komen. Dat dit oordeel aldus moet worden begrepen, is in cassatie niet bestreden.
3.6.2. De verkrijger van (de zelfstandige rechten op) een verhuurde zaak kan ook op een andere grond dan art. 7:226 BWSM – zoals art. 6:162 BWSM of art. 6:2 BWSM – gehouden zijn om de verhuurdersverplichtingen uit de huurovereenkomst na te komen. Daarvoor is echter vereist dat sprake is van bijzondere omstandigheden.[5]
Het oordeel van het hof dat Alegria op grond van art. 6:162 BWSM of art. 6:2 BWSM gehouden is de verhuurdersverplichtingen uit de huurovereenkomst na te komen, is gebaseerd op de omstandigheden dat Alegria op het moment van de overdracht ervan op de hoogte was dat de zaak verhuurd is, dat zij bij de bepaling van haar bod op de veiling met de risico's van die omstandigheid rekening heeft kunnen houden en dat de huurders aanmerkelijk nadeel lijden indien hun na de overdracht niet langer het huurgenot van de zaak wordt verschaft. Die omstandigheden zijn voor dat oordeel onvoldoende.
3.7. Dit betekent dat de hiervoor in 3.5 weergegeven klachten slagen. De overige klachten van onderdeel 2 behoeven geen behandeling.
3.8. Opmerking verdient nog dat niet kan worden uitgesloten dat Kildare en de bank gehouden waren de huurovereenkomsten te eerbiedigen, bijvoorbeeld omdat zij met de verhuur hadden ingestemd, en dat zij om die reden de timeshare-nemers dus niet tot ontruiming hadden kunnen dwingen op de grond dat zijzelf niet aan de huurovereenkomsten waren gebonden. De aan art. 7:226 BW ten grondslag liggende beschermingsgedachte[6] kan meebrengen dat voor een dergelijk geval uit art. 7:226 BW voortvloeit dat op de verkrijger overgaan de plichten in verband met het gebruik van de zaak die de eigenaar die niet de verhuurder is, jegens de huurder heeft. Dit zou betekenen dat ook Alegria gehouden is de huurovereenkomsten tussen Endless Vacation en de timeshare-nemers te eerbiedigen, in die zin dat Alegria zich zal moeten onthouden van een uitoefening van haar recht waardoor het door Kildare toegestane, contractuele gebruik door de timeshare-nemers zou worden belemmerd.
In dat geval zou dat het verdergaande oordeel van het hof dat Alegria op grond van art. 7:226 BWSM gehouden is de huurovereenkomsten na te komen, niet kunnen dragen, maar mogelijk wel de minder verstrekkende vorderingen zoals die door TOCA c.s. zijn ingesteld (zie hiervoor in 2.2), voor zover die erop neerkomen dat Alegria gehouden is de uit de huurovereenkomsten voortvloeiende gebruiksrechten te eerbiedigen.

4. Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

4.1. Hiervoor is gebleken dat het middel in het principale beroep doel treft. Daarmee is de voorwaarde vervuld waaronder het incidentele beroep is ingesteld.
4.2. Het incidentele middel richt klachten tegen het oordeel van het hof (in rov. 2.18) dat uit het Vagobel-arrest volgt dat art. 7:226 BW niet van toepassing is als weliswaar sprake is van eigendomsoverdracht, maar niet van eigendomsoverdracht door de verhuurder, en dat daarbij niet van belang is of art. 7:226 BW tegen de huurder of tegen de verhuurder wordt ingeroepen. Volgens het

5 Vgl. Kamerstukken I 2001/02, 26089, 26090 en 26932, nr. 162, p. 34 en Kamerstukken I 2001/02, 28064, nr. 325b, p. 5.

6 Vgl. HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9632, rov. 4.2.

middel heeft het hof hiermee een onjuiste uitleg aan genoemd arrest gegeven, omdat wel degelijk van belang is of art. 7:226 BW wordt ingeroepen door de verhuurder of door de huurder, en heeft het hof bovendien dit oordeel niet kunnen baseren op stellingen van partijen.
4.3. Bij de behandeling van deze klachten bestaat geen belang, gelet op hetgeen hiervoor in 3.2.3 en 3.3 is overwogen.

5. Beslissing
De Hoge Raad:
in het principale beroep:
– vernietigt het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van 13 december 2018, zoals hersteld bij vonnis van 20 december 2018;
– wijst het geding terug naar dat hof ter verdere behandeling en beslissing;
– veroordeelt TOCA c.s. in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*);
in het incidentele beroep:
– verwerpt het beroep;
– veroordeelt TOCA c.s. in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

NOOT

1. Deze overzeese casus illustreert dat huur zich op het grensvlak tussen het verbintenissenrecht en het goederenrecht bevindt en daar voor een spagaat kan zorgen. Het goederenrechtelijke karakter van het verbintenisrechtelijke huurrecht komt vooral tot uitdrukking in art. 7:226 BW. Dit wetsartikel geeft het huurrecht een vorm van "zaaksgevolg" bij overdracht van de verhuurde zaak door de verhuurder of diens schuldeiser: de nieuwe eigenaar wordt van rechtswege partij bij de huurovereenkomst. In dit arrest geeft de Hoge Raad aan het gebruiksrecht van de huurder nog een extra goederenrechtelijk tintje, met als basis de beschermingsgedachte achter genoemd wetsartikel. In het kort gaven de volgende feiten daartoe aanleiding.
2. Kildare is erfpachter van drie percelen grond. De erfpachtrechten van Kildare zijn verhypothekeerd aan de bank. Op de bewuste percelen wordt een vakantiepark geëxploiteerd, onder meer via de uitgifte van timeshares. De timeshareovereenkomsten worden niet door Kildare zelf gesloten, maar door de aan haar gelieerde vennootschap Endless Vacation, die aldus als verhuurder optreedt. In 2013 eist de bank de hypothecaire kredieten op en gaat over tot executie van de erfpachtrechten. Na de executie doet de koper, Alegria, een beroep op een huurbeding en ontzegt de huurders toegang tot het park. De huurders zien hun toekomstige vakanties in rook op gaan en verenigen zich in TOCA. TOCA c.s. vorderen een verklaring voor recht dat dit handelen van de koper jegens hen onrechtmatig is.
3. Teruggebracht naar de essentie gaat het ten eerste om de vraag of art. 7:226 BW van toepassing is in een geval waarin een verhuurde zaak wordt overgedragen door de eigenaar-*niet*-verhuurder (of diens schuldeiser). Wanneer dit artikel in zo'n geval buiten toepassing blijft, zouden de huurovereenkomsten in deze casus niet op die grond op Alegria zijn overgegaan en zou zij in beginsel de vakantievierders de toegang tot het vakantiepark mogen weigeren. Dat leidt tot de vervolgvraag of Alegria wellicht op andere gronden gehouden is de gebruiksrechten van de huurders te respecteren. TOCA c.s. hebben hiervoor de art. 6:162 en 6:2 BW in stelling gebracht.
4. De eerste vraag is al in 2004 door de Hoge Raad beantwoord in het arrest Vagobel/Geldnet (HR 5 maart 2004, «JOR» 2004/186). In die casus ging het om een zaak die werd overgedragen door de juridisch eigenaar, terwijl deze was verhuurd door de economisch eigenaar. De verkrijger (Vagobel) meende na de overdracht recht te hebben op de huurpenningen en deed daartoe een beroep op art. 7:226 BW. Dit beroep wordt echter door de Hoge Raad verworpen, waarbij hij kort en krachtig overweegt: "Deze bepaling [is] niet van toepassing op een geval als het onderhavige, waarin weliswaar sprake is van eigendomsoverdracht, maar niet van eigendomsoverdracht *door de verhuurder*" (cursivering SvB). In de onderhavige procedure wil de Hoge Raad van een extensieve uitleg van art. 7:226 BW evenmin iets weten (r.o. 3.2), waarmee het geschil tussen Alegria en TOCA c.s. in het voordeel van Alegria lijkt te zijn beslist.
5. De Hoge Raad laat het hier echter niet bij. In r.o. 3.8 werpt de Hoge Raad een blokkade op voor het ondermijnen van art. 7:226 BW door het "doen verhuren" van zaken. De huurdersbescherming zou immers worden uitgehold als het tussenschuiven van een derde-verhuurder voldoende zou zijn om art. 7:226 BW buiten werking te stellen. De Hoge Raad schetst de mogelijkheid dat een eigenaar-vervreemder niet de verhuurder

is, maar hij (of diens schuldeiser) wel anderszins de huurrechten van de huurders moet respecteren. De beschermingsgedachte achter 7:226 BW kan in zo'n geval meebrengen dat díe verplichting bij de overdracht op de verkrijger overgaat.
6. De Hoge Raad creëert hiermee een soort *light*-versie van art. 7:226 BW. Anders dan bij een "gewone" toepassing van art. 7:226 BW, waarbij de gehele huurovereenkomst op de verkrijger overgaat, is in de beschreven situatie alleen het gebruiksrecht van de huurder tegen de verkrijger in te roepen. Overige (verhuurders)rechten en verplichtingen uit de huurovereenkomst blijven bij de oorspronkelijke verhuurder. Nu dit bijvoorbeeld ook geldt voor het recht op de huurpenningen, is dit een aspect waarmee (executie)kopers van verhuurde zaken rekening moeten houden bij het bepalen van hun bod (vgl. r.o. 3.6.2).
7. Verbintenisrechtelijk is dit oordeel wellicht wat lastig te verteren. De verkrijger is immers geen partij bij de huurovereenkomst en evenmin bij de overeenkomst tussen de eigenaar en de verhuurder. Enige vorm van gebondenheid aan die overeenkomsten ligt daarom niet direct voor de hand. Maar de door de Hoge Raad gevolgde gedachtegang laat zien dat de goederenrechtelijke kant van het huurrecht om een goederenrechtelijke aanpak vraagt (en deze ook krijgt).
8. Om een zaak te vervreemden of haar met een goederenrechtelijk recht te bezwaren, is beschikkingsbevoegdheid vereist (art. 3:84 BW). In principe is het de rechthebbende zelf die bevoegd is om over zijn zaken te beschikken, maar hij kan ook een ander toestemming geven om een aan hem toebehorende zaak te vervreemden of te bezwaren. Hierdoor wordt die ander (eveneens) beschikkingsbevoegd (HR 14 januari 2011, «JOR» 2012/34, m.nt. Schuijling *(Mesdag II)*). Vgl. L. Groefsema, *Bevoegd beschikken over andermans recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1993). Op deze manier kan een goederenrechtelijk recht worden gecreëerd dat tegen derden is in te roepen (derdenbescherming buiten beschouwing gelaten).
9. Een vergelijkbare redenering lijkt aan r.o 3.8 ten grondslag te liggen. Wanneer de eigenaar van een zaak deze zelf, als rechthebbende, verhuurt, gaat de gehele huurovereenkomst bij overdracht mee over ("gewone" toepassing van art. 7:226 BW). De eigenaar "belast" als het ware zijn zaak met de volledige huurovereenkomst en daarom krijgt die hele huurovereenkomst zaaksgevolg (vgl. N.C. van Oostrom-Streep, *De kwalitatieve verplichting* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom 2006, p. 95). Als de eigenaar daarentegen gebruikmaakt van een tussenpersoon, wordt een Mesdag-II-achtige constructie gecreëerd. De beheerder wordt bevoegd gemaakt om (in eigen naam) huurovereenkomsten aan te gaan. Hij neemt de daarmee corresponderende verhuurdersverplichtingen jegens de huurder op zich. Om uiteindelijk het gehuurde in gebruik te kunnen nemen, zal echter ook de eigenaar van het gehuurde het gebruik van de zaak door de huurder moeten dulden. De beheerder belast *de zaak* in zo'n geval dus met een verplichting tot het gedogen of dulden van het gebruik door de huurders die hij bij de eigenaar heeft aangebracht. Draagt de eigenaar vervolgens de zaak over, dan gaat ook alleen die verplichting op de verkrijger over. Het huurrecht van de huurder krijgt dan slechts zaaksgevolg *voor zover* de zaak daarmee (bevoegd) is belast. In dit licht is het oordeel van de Hoge Raad goed te begrijpen.
10. Tot slot wil ik nog ingaan op de positie van de hypotheekhouder. Als art. 7:226 BW bij "doen verhuren" in afgeslankte vorm toepassing kan vinden, zoals uit dit arrest voortvloeit, moet mijns inziens worden aangenomen dat de hypotheekhouder (of de executiekoper) in zo'n geval óók een beroep op het huurbeding ex art. 3:264 BW kan doen. Zou dit niet worden aanvaard, dan is de hypotheekhouder niet bij machte om zich te wapenen tegen waardeverlies door verhuur van het aan hem verhypothekeerde vastgoed. Dit zou afbreuk doen aan de zekerheid die het hypotheekrecht beoogt te bieden en de balans verstoren die in dat verband tussen de art. 7:226 BW en 3:264 BW is aangebracht.
11. Een bijzondere situatie die in dit verband nog aandacht verdient, is die waarin de hypotheekhouder in het kader van de uitoefening van een beheerbeding de onroerende zaak verhuurt (art. 3:267 BW; zie over deze bevoegdheid uitgebreider S.J.L.M. van Bergen, *Zekerheid voor de vastgoedfinancier* (diss. Tilburg), Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 8.6). De beherend hypotheekhouder sluit huurovereenkomsten in beginsel in eigen naam, waardoor hij in zijn relatie tot de huurder als verhuurder moet worden aangemerkt. Net als bij uitbesteed vastgoedbeheer is de verhuurder in dat geval niet de eigenaar en ligt het voor de hand te denken dat de regel van art. 7:226 BW niet opgaat. Ik ben echter van me-

ning dat hoewel het niet het "normaaltype" is, deze situatie juist wél onder art. 7:226 lid 1 BW valt. Het gaat volgens de wettekst immers om een overdracht door de verhuurder en dat is precies wat er in dat geval gebeurt. Zou de hypotheekhouder een derde inschakelen om het verhypothekeerde vastgoed te beheren, dan gaat de regel uit dit arrest wel op en is contractsovername nodig om de huurovereenkomsten op de executiekoper te doen overgaan.

S.J.L.M. van Bergen
universitair docent burgerlijk recht Radboud Universiteit



Tijdens de bijeenkomsten van «JOR» Actueel behandelen gerenommeerde sprekers de meest relevante uitspraken die zijn gepubliceerd in de «JOR» in de voorgaande zes maanden.

Belangwekkende jurisprudentie worden tegen het licht van wet- en regelgeving gehouden waardoor de consequenties, voordelen en valkuilen duidelijk worden. Door voortdurend de praktijk centraal te stellen, bieden deze studiedagen u handvatten en suggesties die u behulpzaam kunnen zijn in uw praktijk.

Bekijk het aanbod op sdujuridischecongressen.nl/joractueel

Sdu

In samenwerking met:

CPO
Centrum voor Postacademisch Juridisch Onderwijs

NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN


Heb je meer zoekresultaten nodig?
Of snel het juiste antwoord?
Sdu OpMaat.
Snelle, complete en actuele juridische hulpbronnen.
Het enige wat je écht nodig hebt.
Meer weten? Ga naar sdu.nl/opmaat
Sdu

JOR wil graag zoveel mogelijk interessante uitspraken op de diverse rechtsgebieden die in dit tijdschrift aan de orde komen, publiceren. Indien u beschikt over uitspraken die naar uw oordeel (mogelijk) geschikt zijn voor publicatie in JOR, verzoekt de redactie u deze aan het redactiesecretariaat toe te sturen. De digitale versie van JOR kan afwijkingen vertonen ten opzichte van de gedrukte versie als gevolg van latere correcties.

Abonnementen en administratie
«JOR» verschijnt elfmaal per jaar op papier en online via opmaat.sdu.nl. «JOR» is ook beschikbaar via contentintegratie. Toegang tot «JOR» via de Sdu Tijdschriften App (Stapp, te downloaden in de App Store en via Google Play) maakt ook onderdeel uit van het abonnement. Stapp is geschikt voor zowel iOS (Apple) als Android (Google).
Voor actuele prijzen, abonnementsvormen en onze leveringsvoorwaarden verwijzen wij u naar sdu.nl of kunt u contact opnemen met onze klantenservice. Abonnementen kunt u afsluiten via sdu.nl of via Sdu Klantenservice. Postbus 20025, 2500 EA Den Haag; tel: (070) 378 98 80; e-mail: sdu@sdu.nl.
Vanwege de aard van de uitgave gaat Sdu uit van een zakelijke overeenkomst; deze overeenkomst valt onder het algemene verbintenissenrecht. Uw persoonlijke gegevens worden door ons zorgvuldig behandeld en beveiligd. Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst en om u op uw vakgebied van informatie te voorzien over gelijksoortige producten en diensten van Sdu bv. Voor het toesturen van informatie over (nieuwe) producten en diensten gebruiken wij uw e-mailadres alleen als u daarvoor toestemming heeft gegeven. Uw toestemming kunt u altijd intrekken door gebruik te maken van de afmeldlink in het toegezonden e-mailbericht. Als u in het geheel geen informatie wenst te ontvangen over producten en/of diensten, dan kunt u dit laten weten aan Sdu Klantenservice: informatie@sdu.nl. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar en hebben een opzegtermijn van twee maanden. Onze uitgaven zijn ook verkrijgbaar in de boekhandel. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op www.sdu.nl.

©Sdu B.V. 2022
Alle rechten voorbehouden.

Behoudens de door de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De bij toepassing van art. 16b en 17 Auteurswet wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopiëren, dienen te worden voldaan aan de Stichting Pro, Postbus 3060, 2130 KB te Hoofddorp (www.stichting-pro.nl). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van art. 16 Auteurswet dient men zich tevoren tot de uitgever te wenden. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgevers geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden.

Het al dan niet op verzoek van de redactie aanbieden van uitspraken of artikelen aan «JOR» impliceert toestemming voor openbaarmaking en verveelvoudiging t.b.v. de elektronische ontsluiting van (delen van) «JOR» in enige vorm.

Jurisprudentie
Onderneming & Recht

Redactie
Prof. mr. B.A. Schuijling, directeur Onderzoekcentrum Onderneming & Recht en hoogleraar burgerlijk recht, Radboud Universiteit Nijmegen
Mr. dr. K. Frielink, advocaat, partner, BZSE Advocaten te Curaçao
Prof. mr. C.W.M. Lieverse, advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam, hoogleraar financieel toezichtrecht Radboud Universiteit Nijmegen
Mr. A. Steneker, universitair hoofddocent burgerlijk recht Radboud Universiteit Nijmegen
Mr. dr. A.J. Tekstra, advocaat en fiscalist bij Blauw Tekstra Uding NV te Amsterdam
Mr. T. Salemink, universitair hoofddocent Van der Heijden Instituut, Radboud Universiteit Nijmegen, advocaat bij Clifford Chance LLP te Amsterdam
Prof. mr. G.J.C. Rensen, hoogleraar Ondernemingsrecht Universiteit Utrecht, kandidaat-notaris/PSL bij Allen & Overy LLP te Amsterdam
Mr. drs. S.M.C. Nuijten, advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam

Redactieraad
Prof. mr. C.D.J. Bulten, hoogleraar Ondernemingsrecht, Van der Heijden Instituut, Radboud Universiteit Nijmegen
Prof. mr. N.E.D. Faber, hoogleraar burgerlijk recht Radboud Universiteit Nijmegen
Prof. mr. J.J. van Hees, advocaat, partner Resor NV te Amsterdam, hoogleraar financiering, zekerheden en insolventie Radboud Universiteit Nijmegen
Prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, hoogleraar burgerlijk recht Radboud Universiteit Nijmegen
Mr. A.F.J.A. Leijten, advocaat, partner Stibbe NV te Amsterdam

Selecteurs
Mr. S.M. de Bruijn, Hoge Raad / Mr. J.M.J. Chorus, hof Amsterdam / Mr. J.K.J. van den Boom, rechtbank Midden-Nederland (Utrecht) / Mw. mr. R.A. Dudok van Heel, rechtbank Amsterdam / Mw. mr. M.E.L. Fikkers, hof Arnhem-Leeuwarden (Leeuwarden) / Mw. mr. A. Graefe, College van Beroep voor het bedrijfsleven / Mr. J.F. de Heer, rechtbank Rotterdam / Mr. J.M. van der Klooster, hof Den Haag / mw. mr. M.A. Sterk, hof Amsterdam (Ondernemingskamer) / Mw. mr. J.A.M. Strens-Meulemeester, rechtbank Oost-Nederland (Zutphen)

Redactiesecretariaat
Mw. mr. M.H. van Saane-Reijnen
Mw. mr. M. Zandbergen
jor@jur.ru.nl

Uitgever
Mr. A.M. Verweij, a.verweij@sdu.nl

ISSN: 1384-2137
opmaat.sdu.nl

Advertentieacquisitie
Cross Media Nederland
Tim Lansbergen
010-7607324
tim@crossmedianederland.com

mvw
media voor vak
& wetenschap

Stapp
Sdu