

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 21, 2016

Nummer 21, 2016

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. H.J. de Kloe, mr. E. Ayerdem, mr. R.J.H. Berghuis, mr. J.O. Bijloo, mr. S.J. van den Boogert, mr. A.D. van Dalen, mr. J. van den Dolder, mr. N. Gamliël, mr. G.P. van Hooft, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.I.J. Overgoor, mr. B.S. Pronk, mr. dr. S. Renssen, mr. D.R.C. Smit, mr. W.T.N. Vlasveld, mr. J.H.M. van de Wiel en mr. S. Zonneveld.

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2016:2118](#) 16-09-2016

X/Daytona

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:4313](#) 29-09-2016

X c.s./MG Flex B.V. en mr. Roeffen q.q. en pro se

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:6984](#) 30-08-2016

Menzis/UWV

Rechtbank

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2016:4361](#) 28-09-2016

Curatoren/Gemeente Dantumadiel

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:5043](#) 21-09-2016

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2016:11215](#) 14-09-2016

Onderaannemer A/Hoogheemraadschap van Rijnland

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:6241](#) 10-08-2016

Antillen

[Gerecht in eerste aanleg van Curaçao, ECLI:NL:OGEAC:2016:97](#) 21-09-2016

[Gerecht in eerste aanleg van Curaçao, ECLI:NL:OGEAC:2016:98](#) 19-09-2016

Lion/Maria q.q.

RECHTSPRAAK

Faillissementsgijzeling wordt opgeheven; opposant zegt aan de verplichtingen die voortvloeien uit het Faillissementsbesluit te zullen voldoen.

Opposant is eerder failliet verklaard en hem is bij hetzelfde vonnis op grond van artikel 82 Faillissementsbesluit 1931 faillissementsgijzeling opgelegd (zie ECLI:NL:OGEAC:2016:98). Hij verzet zich tevergeefs tegen de faillietverklaring. Wel wordt het eerdere vonnis vernietigd voor wat betreft de verzekerde bewaring, op grond van het feit dat opposant heeft aangegeven mee te zullen werken wat betreft zijn verplichtingen die voortvloeien uit het Faillissementsbesluit. De vrees voor het niet nakomen van zijn verplichtingen is hierdoor vooralsnog in enige mate gerelativeerd, aldus het Gerecht.

T.M.M. Schaap, oktober 2016

Instantie: Gerecht in eerste aanleg van Curaçao

Datum uitspraak: 21-09-2016

ECLI: ECLI:NL:OGEAC:2016:97

Zaaknummer: E.J. no. F. 80347/2016

Rechters: S.E. Sijsma

Advocaten: O.A. Martina

Wetsartikelen: 82 Faillissementsbesluit

RECHTSPRAAK

Lion/Maria q.q.

In een strafzaak erkent de voormalig curator (i.c. verweerder) in een faillissement dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan het verduisteren van boedelgeld en valsheid in geschrifte. De nieuwe curator in eerdergenoemde faillissement doet een verzoek tot faillietverklaring van de oude curator. Dit verzoek wordt toegewezen. Hoewel verweerder in de strafzaak geschorst is gelast het Gerecht de faillissementsgijzeling van verweerder.

De heer Lion, voormalig curator in het faillissement van Banco Maracaibo N.V. (hierna: BM) heeft volgens de strafrechtelijke aangifte van verzoekster (huidig curator in het faillissement van BM) minimaal USD 11 miljoen aan boedelgeld verduisterd en valsheid in geschrifte gepleegd. Lion (verweerder in onderhavige zaak) heeft dit erkend en verzoekster heeft een verzoekschrift ingediend tot faillietverklaring van Lion. Er is sprake van een pluraliteit aan schuldeisers en niet weersproken is dat verweerder is opgehouden te betalen. Het faillissement van verweerder wordt uitgesproken. De vraag rest nog of verweerder in verzekerde bewaring moet worden gesteld.

Artikel 82 van het Faillissementsbesluit 1931 (hierna: Fb) komt grotendeels overeen met artikel 87 Fw. Ook in het geval van artikel 82 Fb moet het gaan om een gegronde vrees voor het niet nakomen van de verplichtingen die de wet aan de gefailleerde oplegt. Het Gerecht in eerste aanleg van Curacao acht de kans aanwezig dat Lion zich zal onthouden van beschikkingshandelingen en beheershandelingen met betrekking tot het tot zijn faillissement behorend vermogen (art. 19 Fb), dat hij gedurende het faillissement zijn woonplaats zal verlaten zonder toestemming van de rechter-commissaris (art. 86 Fb) en dat hij zijn 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) niet zal nakomen. Als curator heeft hij de belangen van schuldeisers van BM immers jarenlang geschonden. Ook heeft verweerder geen gevolg gegeven aan zijn toezegging de boedel uiterlijk op 15 augustus 2016 terug te betalen. Daarnaast heeft Lion dus veel boedelgeld laten verdwijnen, stukken

vervalst en verblijft hij vaak in Venezuela en de Verenigde Staten, waardoor het Gerecht vreest dat hij zijn verplichtingen niet zal nakomen. Op grond van artikel 82 lid 1 wordt daarom de faillissementsgijzeling gelast.

De schorsing in de strafzaak van verweerder (parketnummer: 500.00.339/16) is meegenomen in de overweging en staat volgens het Gerecht niet in de weg aan faillissementsgijzeling. De belangenafweging die in een strafzaak gemaakt behoort te worden is een andere dan die in onderhavige. Dat het paspoort van verweerder is ingenomen ondervangt volgens het Gerecht onvoldoende het risico op vluchtgevaar als omschreven in artikel 86 Fb.

T.M.M. Schaap, oktober 2016

Instantie: Gerecht in eerste aanleg van Curaçao

Datum uitspraak: 19-09-2016

ECLI: ECLI:NL:OGEAC:2016:98

Zaaknummer: E.J. no. F. 80291/2016

Rechters: S.E. Sijsma

Wetsartikelen: 82 Faillissementsbesluit

RECHTSPRAAK

Erkenning van de gevolgen van een bevel gegeven in een Indiase insolventieprocedure (II).

Deze uitspraak is een vervolg op een eerdere uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland (INS 2016-0233). In deze procedure dagvaardt de curator van een Nederlandse financiële holding de Indiase moedervernootschap vanwege gesteld paulianeus handelen in verband met een aandelentransactie met betrekking tot een andere niet-failliete Nederlandse dochtervennootschap. De Indiase moeder bevindt zich in een Indiase insolventieprocedure. De Indiase moeder verzoekt de rechtbank de Nederlandse procedure te schorsen, omdat een Indiase insolventierechter (de BIFR) de curator bij uitspraak van 15 oktober 2014 heeft verboden tot een volgende hoorzitting enige dwangmaatregel te nemen tegen de investering in de Indiase moeder, te weten de verkregen aandelen in de Nederlandse dochtervennootschap.

In het eerdere tussenvonnis heeft de rechtbank de Indiase moeder bevolen inzicht te geven in het belang van een schorsing in het kader van de toepassing van het BIFR-regime. De rechtbank stelt vast dat niet duidelijk is wanneer de volgende hoorzitting zal plaatsvinden, terwijl inmiddels twee jaren zijn verstreken sinds het door de BIFR gegeven bevel. Voor de curator bestaat geen processuele mogelijkheid invloed uit te oefenen op het BIFR-bevel. De rechtbank stelt voorop dat een schorsing van de procedure in de hoofdzaak mogelijk is wanneer het belang van de reorganisatie van de Indiase moeder moet prevaleren boven de rechten van individuele schuldeisers, zoals de curator van de Nederlandse financiële holding. Het BIFR heeft zich ondanks een verzoek van de rechtbank niet uitgelaten over de belangen die spelen in de BIFR-procedure. De Indiase moeder heeft haar eigen belangen onvoldoende onderbouwd. De rechtbank wijst daarom de incidentele vordering tot schorsing af.

M.S. Breeman, oktober 2016

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 21-09-2016

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2016:5043

Zaaknummer: C/16/387281 / HA ZA 15-201

Rechters: P.J. Neijt

Advocaten: C.M. Tjoa en M.F.H. van Delft

Wetsartikelen: 3 lid 1 EIV

RECHTSPRAAK

X/Daytona

Welk recht is van toepassing op de goederenrechtelijke gevolgen van de verkrijging door middellijke vertegenwoordiging van enkele klassieke auto's?

De achtergrond van dit arrest is de vraag wie eigenaar is van een groot aantal waardevolle klassieke auto's waaronder enkele Ferrari's en Masserati's. De auto's staan in een speciaal daartoe gebouwd pand in Nederland dat door Texag wordt gehuurd. Eiser in cassatie is DGA van Texag en heeft de auto's feitelijk in zijn macht. Eiser en zijn vader hebben de collectie auto's grotendeels in de loop der jaren opgebouwd. De vader van eiser was tot zijn onverwachte overlijden op 1 januari 2006 enig begunstigde van Daytona, een in trust gehouden vennootschap naar het recht van Luxemburg. Na overlijden van de vader zijn de partner van de vader en de moeder van zijn jongste dochters enig begunstigde van Daytona. Eiser en Daytona twisten in deze zaak over de eigendom van de auto's. De kernvraag is in welke hoedanigheid eiser de auto's in zijn macht heeft gekregen; voor zichzelf of als houder voor Daytona krachtens een daartoe strekkende overeenkomst?

De Hoge Raad oordeelt dat bovengenoemde vraag ingevolge artikel 10:127 lid 5 jo. 4 BW voor elke auto afzonderlijk moet worden beoordeeld naar het recht van de staat op welks grondgebied de desbetreffende auto zich bevond op het moment van de op eigendomsoverdracht gerichte rechtshandeling. Niet van belang is door welk recht de koopovereenkomst met betrekking tot elk van die auto's wordt beheerst of welk recht van toepassing is op verbintenissen tussen eiser en Daytona.

De Hoge Raad overweegt ten overvloede dat na verwijzing per auto moet worden onderzocht of naar het recht van de staat op welks grondgebied de desbetreffende auto zich bevond op het tijdstip van de op eigendomsoverdracht gerichte rechtshandeling een soortgelijke regel als artikel 3:310 BW bestaat. Ingevolge artikel 3:310 BW geldt dat indien tussen twee personen een rechtsverhouding bestaat die de strekking heeft dat hetgeen de ene op bepaalde wijze zal verkrijgen, door hem voor de ander zal worden gehouden, de ene het ter uitvoering van die rechtsverhouding verkregene voor de ander houdt. Indien vast komt te staan dat de eigendom

wel is overgegaan op eiser, dient het verwijzingshof vervolgens te oordelen of op enig moment daarna Daytona de eigendom heeft verkregen. De overeenkomst tussen Daytona en eiser bepaalde namelijk dat eiser gehouden was de auto's aan Daytona over te dragen.

M.S. Breeman, oktober 2016

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 16-09-2016

ECLI: ECLI:NL:HR:2016:2118

Zaaknummer: 15/03346

Rechters: E.J. Numann, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, M.V. Polak en T.H. den Tanja-van Broek

Advocaten: D. Rijpma, M.S. van der Keur en M.W. Scheltema

Wetsartikelen: 10:127 BW en 3:110 BW

RECHTSPRAAK

Menzis/UWV

Geen vermeerdering van eis in een renvooiprocedure, omdat de vordering voortvloeit uit de wet en de totale vordering niet is verhoogd. Het UWV dient voldoende te onderbouwen dat zijn vordering ziet op de loonovernameperiode ingevolge de loongarantieregeling.

Het UWV heeft ingevolge de loongarantieregeling van artikel 64 lid 1 sub c WW de achterstallige pensioenpremies ten behoeve van voormalig werknemers van Stichting Thuiszorg Groningen (TZG) aan PGGM voldaan. Ingevolge artikel 66 lid 1 WW gaan de vorderingen van werknemers en derden op de werkgever, als bedoeld in artikel 64 lid 1 sub c WW, op het UWV over voor zover het UWV deze voldoet. Het UWV heeft in het faillissement van TZG zijn vordering uit hoofde van de betaalde achterstallige pensioenpremies ingediend ter verificatie. Menzis heeft de hoogte van de vordering betwist. De rechter-commissaris heeft Menzis en het UWV ingevolge artikel 122 Fw verwezen naar de rechtbank voor het voeren van een renvooiprocedure over de verificatie van de vordering. In hoger beroep staan nog twee geschilpunten open tussen UWV en Menzis.

Menzis stelt ten eerste dat het UWV zijn eis in de renvooiprocedure heeft vermeerderd, hetgeen in renvooiprocedures niet is toegestaan. Het UWV heeft namelijk een van de facturen die het ter onderbouwing van zijn vordering heeft ingediend verhoogd als gevolg van een correctie van het aantal deelnemers. Het gerechtshof oordeelt dat de vordering van het UWV haar grondslag vindt in de wet. De vordering ziet op overname van pensioenverplichtingen en wordt slechts nader onderbouwd door de overgelegde facturen. Aangezien de verschuivingen in de facturen als gevolg van een correctie van het aantal deelnemers niet leidt tot een verhoging van de totale vordering is geen sprake van een niet toegestane eisvermeerdering.

Menzis stelt daarnaast dat het UWV onvoldoende heeft onderbouwd dat de ingediende facturen inderdaad zien op de loonovernameperiode conform de loongarantieregeling. Het gerechtshof oordeelt dat vanwege de gemotiveerde betwisting van Menzis het UWV niet kan volstaan met een verwijzing naar een verklaring van PGGM dat de facturen zien op de loonovernameperiode. Het gerechtshof draagt het UWV op nader te bewijzen dat de

ingediende facturen inderdaad zien op de loonovernameperiode.

M.S. Breeman, oktober 2016

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 30-08-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:6984

Zaaknummer: 2001.179.148/01

Rechters: I. Tubben, L. Janse en G. van Rijssen

Advocaten: E.S. Ebels en B.A. de Ruijter

Wetsartikelen: 122 Fw

RECHTSPRAAK

Aansprakelijkheid bestuurder vanwege te late deponering jaarrekening. Vernietiging rechtshandelingen die tot betalingen hebben geleid op grond van artikel 47 Fw.

De curator stelt de enig bestuurder van een assurantietussenpersoon aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW. Tussen partijen is niet in geschil dat één jaarrekening twee maanden te laat is gedeponeed. De rechtbank oordeelt dat er geen sprake is van een onbelangrijk verzuim. De omstandigheid dat de assurantietussenpersoon geen of weinig activiteiten uitoefende en dat de assurantietussenpersoon ruim voor het einde van de deponeringstermijn is gewisseld van accountant, maakt niet dat sprake is van een onbelangrijk verzuim. Daarmee staat vast dat de bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Aangezien de bestuurder niets heeft aangevoerd dat dit vermoeden zou kunnen weerleggen veroordeelt de rechtbank hem tot betaling van het faillissementstekort. De curator stelt dat rechtshandelingen die tot een betaling van 9.000 euro aan een gelieerde partij hebben geleid vernietigbaar zijn op grond van primair artikel 42 Fw en subsidiair artikel 47 Fw. De betaling zou onverplicht zijn geweest in de zin van artikel 42 Fw, omdat de vordering nog niet opeisbaar was. De rechtbank oordeelt dat de assurantietussenpersoon en de gelieerde partij geen tijdstip voor nakoming hebben bepaald. Ingevolge artikel 6:38 BW is de vordering daarom terstond opeisbaar. Er is derhalve geen sprake van een onverplichte rechtshandeling. Artikel 42 Fw is daarom niet van toepassing. Ten aanzien van artikel 47 Fw stelt de curator dat de assurantietussenpersoon en de gelieerde partij hebben samengespannen. De rechtbank oordeelt dat inderdaad sprake is van samenspanning. De assurantietussenpersoon voldeed niet aan een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis om een derde partij te voldoen. Ondanks dringende verzoeken van de derde partij om te voldoen aan het vonnis onder dreiging van een faillissementsverzoek, voldeed de assurantietussenpersoon wel de gelieerde partij. De rechtbank oordeelt dat de assurantietussenpersoon de gelieerde partij bewust heeft bevoordeeld boven de andere schuldeisers. De rechtbank acht samenspanning aanwezig, omdat de bestuurder zowel bestuurder van de assurantietussenpersoon als de gelieerde partij is.

M.S. Breeman, oktober 2016

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 10-08-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:6241

Zaaknummer: C/10/492827 / HA ZA 16-51

Rechters: C. Bouwman

Advocaten: D.L.A. van Voskuilen en M.G. van den Boogerd

Wetsartikelen: 2:248 lid 2 BW, 42 Fw en 47 Fw

RECHTSPRAAK

Onderaannemer A/Hoogheemraadschap van Rijnland

Onderaannemer vordert van opdrachtgever betaling op grond van retentierecht op onroerende zaak. De rechtbank oordeelt dat de onderaannemer na opschorting van haar werkzaamheden niet doorlopend de feitelijke macht heeft uitgeoefend over het werkterrein, benodigd voor het kunnen uitoefenen van het retentierecht. De onderaannemer kan ook geen voorrecht doen laten gelden op de zaak in de zin van artikel 3:285 BW. Een redelijke vergoeding op basis van een bepaling in de UAV komt evenmin voor toewijzing in aanmerking omdat deze bepaling geen derdenbeding omvat.

Op 2 oktober 2012 hebben Hoogheemraadschap van Rijnland (HHR) en [B] een overeenkomst tot aanneming van werk gesloten voor het werk Kadeverbetering Zoeterwoude Dorp voor een aanneemsom van 923.000 euro exclusief btw. Op 4 februari 2013 heeft [B] een overeenkomst tot (onder)aanneming gesloten met [A] (Onderaannemer A) ten aanzien van voormeld werk voor een aanneemsom van 429.000 euro exclusief btw. Onderaannemer A heeft werkzaamheden verricht, maar ontvangt daarvoor geen betaling van [B]. Op 10 juni 2013 schorst Onderaannemer A haar werkzaamheden jegens [B] op en roept haar retentierecht in op het ter beschikking gestelde werk- en bouwterrein. Daags daarna schort HHR haar betalingsverplichting jegens [B] op. Op 18 juni 2013 wordt [B] in staat van faillissement verklaard. Onderaannemer A heeft een totaalbedrag van 359.298,67 euro (OB verlegd) niet betaald gekregen.

In onderhavige procedure vordert Onderaannemer A jegens opdrachtgever HHR – kort gezegd – primair een verklaring voor recht dat zij het retentierecht sinds 10 juni 2013 bevoegd uitoefent althans heeft uitgeoefend en dat zij voorts een bevoorrechte vordering wegens bearbeiding van de zaak heeft uit hoofde van artikel 3:285 BW jo. artikel 3:276 BW. HHR zou dientengevolge veroordeeld moeten worden om aan Onderaannemer A een bedrag te betalen van 359.298,67 euro. Subsidiair vordert Onderaannemer A dat HHR zal worden veroordeeld tot uitkering van een billijke vergoeding aan haar voor de werkzaamheden waarvoor

Onderaannemer A geen betaling heeft genoten, een en ander op basis van paragraaf 40 lid 13 Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken 1989 (UAV).

De rechtbank oordeelt in r.o. 5.4 van haar vonnis dat Onderaannemer A onvoldoende concrete feiten heeft gesteld op grond waarvan vastgesteld kan worden dat zij na opschorting van haar werkzaamheden doorlopend de feitelijke macht heeft uitgeoefend over het werkterrein, benodigd voor het kunnen uitoefenen van het retentierecht. Daartoe acht de rechtbank van doorslaggevend belang dat een deel van de kades van het werk Zoeterwoude waaraan Onderaannemer A werkzaamheden verrichtte, openbaar gebied is waarover openbaar toegankelijke wandelpaden lopen, die weer toegankelijk werden toen Onderaannemer A op 18 juni 2013 het werkterrein had verlaten. De aanwezigheid van de retentierechtborden acht de rechtbank niet toereikend voor de conclusie dat Onderaannemer A – na het weghalen van het materieel – doorlopend houder is gebleven van het werkterrein.

Ook volgt de rechtbank onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis Onderaannemer A niet in haar betoog dat zij een vordering jegens HHR geldend kan maken op basis van het voorrecht wegens bearbeiding van de zaak ex artikel 3:285 BW jo. artikel 3:276 BW. Er is in onderhavige constellatie van (onder)aanemingsovereenkomsten geen sprake van dat [B] als bevoegd vertegenwoordiger namens HHR zou zijn opgetreden (waarmee Onderaannemer A schuldeiser zou zijn geworden van HHR), maar [B] geldt als zelfstandig opdrachtgever van Onderaannemer A. Voorts geldt Onderaannemer A niet als kleine zelfstandige zoals uitgelegd in de parlementaire geschiedenis. Artikel 3:285 BW kan om deze redenen niet ingeroepen worden door Onderaannemer A.

Ten slotte oordeelt de rechtbank dat ook de subsidiaire vordering afgewezen dient te worden. Paragraaf 40 lid 13 UAV verleent weliswaar de opdrachtgever de bevoegdheid (en dus niet de verplichting) onderaannemers rechtstreeks te betalen om stagnatie van werk te voorkomen, maar behelst geen derdenbeding waarmee Onderaannemer A rechtstreekse betaling van HHR kan vorderen.

mr. V. Terlouw, oktober 2016

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 14-09-2016

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2016:11215

Zaaknummer: C-09-453535-HA ZA 13-1217

Rechters: D. mr Nobel, H.W. Vogels en I.A.M. mr Kroft

Advocaten: D. mr Knottenbelt en H.N.T. mr Hoogwout

Wetsartikelen: 3:291 lid 2 BW, 3:285 BW jo. 3:276 BW en 40 lid 13 UAV

RECHTSPRAAK

X c.s./MG Flex B.V. en mr. Roeffen q.q. en pro se

Schuldeiser niet-ontvankelijk in hoger beroep na toewijzing van zijn verzoek. Faillietverklaring met terugwerkende kracht in strijd met wettelijk systeem. Curator niet ontvankelijk in incidenteel appèl omdat hij verzet had moeten instellen.

Het faillissement van Flex is aangevraagd door de werknemers. Nadat de rechtbank had geoordeeld dat Flex niet op gedegen wijze was opgeroepen te verschijnen ter zitting van 12 januari 2016, hebben de werknemers de gelegenheid gekregen om Flex alsnog op te roepen voor de zitting van 10 mei 2016. Een betekening in Polen bleek echter niet mogelijk vóór de zitting van 10 mei 2016. Daarop hebben de werknemers van de rechtbank de gelegenheid gekregen om nadere informatie te verstrekken tijdens de zitting van 28 juni 2016. Op 28 juni 2016 heeft de rechtbank voorts het faillissement uitgesproken.

De werknemers gaan in hoger beroep en stellen zich op het standpunt dat, nu het verzoek in eerste aanleg meerdere malen is aangehouden, zij niet langer het UWV kunnen verzoeken om de loonverplichtingen over te nemen.

Daarnaast stelt de curator incidenteel appèl in en stelt zich op het standpunt dat voor het door de werknemers in principaal appèl verzochte geen wettelijke grondslag bestaat. Een rechtspersoon kan niet met terugwerkende kracht failliet worden verklaard. De curator is van mening dat hij incidenteel appèl kan instellen van het faillissementsvonnis onder verwijzing naar het arrest HR 18 december 2015 (JOR 2016/145; ECLI:NL:HR:2015:3636), artikel 10 lid 1 Fw, analogische toepassing van artikel 335 lid 1 Rv en artikel 1.1.3.1. van het Procesreglement verzoekschriftprocedures handels- en insolventiezaken gerechtshoven.

Allereerst oordeelt het hof dat de werknemers niet-ontvankelijk zijn in hun hoger beroep. Artikel 9 Fw kent aan de schuldeiser die het faillissement heeft aangevraagd slechts de mogelijkheid van hoger beroep toe in geval van afwijzing van zijn verzoek. Het gesloten systeem van rechtsmiddelen staat aan toewijzing van het verzoek in de weg.

Ten overvloede oordelend acht het hof overigens het door de werknemers in principaal

verzochte ook niet toewijsbaar (uitgaande van een wel ontvankelijk hoger beroep). Naar het oordeel van het hof is een faillietverklaring met terugwerkende kracht in strijd met het wettelijk systeem (art. 14 Fw), mede gelet op de ingrijpende (rechts)gevolgen van een faillissement die ook aan de openbare orde raken.

In het incidenteel appèl is het hof allereerst van oordeel dat de curator q.q. in ieder geval niet als belanghebbende in de zin van artikel 10 Fw heeft te gelden (zie immers HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636, r.o. 4.4.). Daarnaast geldt dat de curator pro se niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in het door hem (ook pro se) ingestelde incidenteel appèl. Op grond van artikel 10 lid 1 Fw heeft elke schuldeiser (met uitzondering van de aanvrager) en elke belanghebbende recht van verzet gedurende acht dagen na de dag van de uitspraak van het faillissement. De curator, indien en voor zover hij in dezen als belanghebbende kan worden aangemerkt – het door hem aangehaalde arrest HR 18 december 2015 (ECLI:NL:HR:2015:3636) betreft uitdrukkelijk (zie r.o. 4.2.2. van genoemd arrest) een faillietverklaring op eigen aangifte en dat is hier niet aan de orde – is niet bij de rechtbank in verzet gegaan, maar heeft (incidenteel) hoger beroep ingesteld.

Naar het oordeel van het hof heeft de curator ten onrechte geconcludeerd dat, doordat de werknemers in hoger beroep waren gegaan, het middel van verzet niet langer voor hem openstond (naar analogie van art. 335 lid 1 Rv, dat echter gezien art. 360 en 362 Fw toepassing mist). Het gesloten systeem van rechtsmiddelen brengt mee dat de curator eerst op de voet van artikel 10 Fw in verzet bij de rechtbank had moeten gaan (vergelijk HR 12 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ9981). Dat had dan – na melding van dit verzet aan hof en de werknemers – een aanhouding van het inmiddels door de werknemers ingestelde hoger beroep tot gevolg gehad en eerst een uitspraak van de rechtbank op het verzet opgeleverd, waarna – bij een afwijzing van het verzet – artikel 11 Fw (hoger beroep na afwijzing verzet) van toepassing zou zijn geworden. Het alsdan in te stellen hoger beroep zou dan gelijktijdig met het aangehouden hoger beroep kunnen zijn behandeld.

Nu de curator deze weg niet heeft gevolgd, brengt het gesloten stelsel van rechtsmiddelen (zie artikel 360 Fw, HR 12 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ9981 en HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BN5550) met zich dat de curator geen hoger beroep kan instellen, ook niet bij wege van incidenteel appèl. Hij is immers geen belanghebbende wiens verzet is afgewezen zoals artikel 11 Fw expliciet vereist.

Ten overvloede merkt het hof ten slotte op dat uit hetgeen de curator heeft opgemerkt blijkt dat in dit geval nog geen onderzoek naar mogelijkheden van artikel 2:9 BW (en/of artikel 2:248 BW) heeft plaatsgevonden nu geen administratie is aangetroffen noch enig gesprek met bestuurder heeft plaatsgevonden. Zeker waar het een verzoek tot faillietverklaring door

derden betreft mag van de curator meer worden verwacht dan in geval van een eigen aangifte waarin mogelijk – artikel 2:23a lid 4 BW moet immers ook worden nageleefd – de weg van artikel 2:19 BW kon worden bewandeld (vgl. HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636).

B. Hoyng, oktober 2016

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 29-09-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:4313

Zaaknummer: 200.194.632_01

Rechters: R.R.M. De Moor, A.P. Zweers-van Vollenhoven en A.J. Coster

Advocaten: P.F.M. Gulickx en A.C.M. Kitslaar

Wetsartikelen: 9 Fw, 10 Fw, 11 Fw, 14 Fw, 36o Fw, 2:19 BW en 2:23a lid 4 BW

RECHTSPRAAK

Curatoren/Gemeente Dantumadiel

In geding is of de hypothecaire zekerheid bedongen door de Gemeente Dantumadiel bij een garantstelling voor de terugbetaling van een lening zich ook uitstrekt over nadien afgegeven garantstellingen ten behoeve van hetzelfde project. De rechtbank legt de hypotheekakte die hieraan ten grondslag ligt uit naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte. Dit leidt tot de conclusie dat de hypothecaire zekerheid niet ziet op nadien afgegeven garantstellingen.

De Gemeente Dantumadiel heeft een garantie afgegeven bij een door WTR aan te trekken lening van 7,5 miljoen gulden bij de Rijkspostspaarbank. Met dit geld werd een bejaardenflat gebouwd waarop de gemeente het eerste recht van hypotheek bedong. Deze lening is vervroegd afgelost en voor de resterende periode is een nieuwe lening afgesloten waarvoor de gemeente wederom een garantie verstrekke. In 2015 is de rechtsopvolger van WTR (Pasana Vastgoed) in staat van faillissement verklaard met benoeming van eiser als curator.

Het gaat er om of het in 1979 gevestigde hypotheekrecht slechts is gevestigd tot zekerheid van de gewaarborgde geldlening bij de Rijkspostspaarbank, zoals door de curator betoogd, of, zoals door de Gemeente betoogd, ook voor terzake van de bejaardenflat nadien gesloten door de Gemeente gegarandeerde geldleningen. Dit vergt volgens de rechtbank uitleg van de hypotheekakte.

Volgens vaste rechtspraak komt het bij de uitleg van notariële akten aan op de in de akte tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling, die 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 (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.

Een objectieve uitleg van de bewoordingen van de hypotheekakte leidt naar het oordeel van de rechtbank tot de conclusie dat het recht van hypotheek slechts is gevestigd tot zekerheid van

nakoming door WTR van de door de Gemeente gegeven garantie voor de – letterlijk in de akte omschreven – geldlening tussen WTR en de Rijkspostspaarbank. Alleen naar deze geldlening wordt immers expliciet verwezen.

Het verweer van de gemeente dat de hypothecaire zekerheid ook is gevestigd voor toekomstige vorderingen gaat niet op. De rechtbank erkent dat het in beginsel mogelijk is recht van hypotheek te vestigen ten aanzien van toekomstige vorderingen, maar dan moeten deze vorderingen wel al voldoende bepaalbaar zijn. Naar het oordeel van de rechtbank is in de hypotheekakte niet gebleken van een reeds in 1979 bestaande en omschreven rechtsverhouding waaruit een toekomstige vordering voortvloeit. De enkele, als voorwaarde bij de borgstelling opgenomen mogelijkheid tot vervroegde aflossing van de lening, is daartoe niet toereikend.

S. van Zwam

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 28-09-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2016:4361

Zaaknummer: C/17/143711 / HA ZA 15-259

Rechters: J. A Werkema

Advocaten: R. Glas en A.J.H. Geense