

GEMEENSCHAPPELIJK HOF VAN JUSTITIE
van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en
van Bonaire, Sint Eustatius en Saba

Vonnis in kort geding in de zaak van:

de naamloze vennootschap
ORCO BANK N.V.,
gevestigd in Curaçao,
oorspronkelijk eiseres in conventie en gedaagde in reconventie, thans appellante,
gemachtigde: mr. B. Nagelmakers,

tegen

de besloten vennootschap
KLINIEK DR. J. TAAMS B.V.,
(in voorlopig verleende surséance van betaling)
gevestigd in Curaçao,
oorspronkelijk gedaagde in conventie en eiseres in reconventie, thans geïntimeerde,
gemachtigde: de bewindvoerder mr. P.E.A.L.M. van de Laarschot.

Partijen zullen hierna Orco Bank en Taams BV worden genoemd.

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 Curaçao (GEA) wordt verwezen naar het tussen partijen in de zaak met KG nummer 71629 van 2014 gewezen en op 23 december 2014 (per e-mail) uitgesproken vonnis. De inhoud van dat vonnis geldt als hier ingevoegd.
- 1.2. Op verzoek van Orco Bank heeft de president van het Hof, bij beschikking van 29 december 2014 (per e-mail), ingevolge artikel 235, tweede volzin, Rv en artikel 97 van het Procesreglement de termijnen verder bekort. De datum voor het instellen van hoger beroep en het indienen van de memorie van grieven is bepaald op uiterlijk 30 december 2014, de datum voor het indienen van de memorie van antwoord op uiterlijk 6 januari 2015 en de datum van de mondelinge behandeling op 7 januari 2015.
- 1.3. Orco Bank is bij akte van appel, ingekomen op 30 december 2014, derhalve tijdig, in hoger beroep gekomen van voornoemd vonnis. In een op dezelfde dag ingediende memorie van grieven, met producties, heeft zij acht grieven aangevoerd en toegelicht en geconcludeerd dat het Hof het bestreden vonnis in conventie zal vernietigen en, opnieuw rechtdoende, haar vordering integraal zal toewijzen, met veroordeling van Taams BV in de kosten van beide instanties.

- 1.4. Taams BV heeft in een memorie van antwoord, met producties, ingekomen op 6 januari 2015, het hoger beroep bestreden en geconcludeerd dat het Hof Orco Bank niet-ontvankelijk zal verklaren, althans Orco Bank haar vordering als ongegrond en onbewezen zal ontzeggen, met bevestiging van het bestreden vonnis, en Orco Bank zal veroordelen in de proceskosten.
- 1.5. Op 7 januari 2015 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden. Verschenen zijn voor Orco Bank mw. M.M.S. Boskaljon-Römer en dhr. K.R. Canword, beiden directeur van Orco, vergezeld van de gemachtigde van Orco Bank. Voor Taams BV zijn verschenen dhr. E.U. Esseboom en dhr. Martha, directeur en financial manager van Taams BV, vergezeld van de bewindvoerder en gemachtigde van Taams BV. De gemachtigde van Orco Bank heeft pleitaantekeningen, met producties overgelegd.
- 1.6. Op 4 februari 2015 is de mondelinge behandeling voortgezet. Verschenen zijn voor Orco Bank mw. Boskaljon-Römer en dhr. Canword, beiden directeur van Orco, vergezeld van de gemachtigde van Orco Bank. Voor Taams BV zijn verschenen dhr. Esseboom en dhr. Martha, directeur en financial manager van Taams BV, vergezeld van de bewindvoerder en gemachtigde van Taams BV. Taams BV heeft een productie overgelegd.
- 1.7. Vonnis is bepaald op heden.

2. De grieven

Voor de grieven wordt verwezen naar de memorie van grieven.

3. Waarvan in hoger beroep moet worden uitgegaan

Het GEA heeft in het bestreden vonnis onder 2.1.1-2.1.7 feiten vastgesteld. Deze vaststelling is niet in geschil en ook het Hof zal ervan uitgaan.

4. Beoordeling

- 4.1. De eerste aan het Hof voorgelegde vraag is of Orco Bank als hypotheekhouder gerechtigd is het huurbeding in te roepen tegen de huurder Taams BV. Dit huurbeding luidt (productie 3 bij inleidend verzoekschrift, blad 3):

Huurbeding

4. Het verbodene mag zonder schriftelijke toestemming van de Bank niet worden verhuurd - evenmin in de vorm van timesharehuur - of anderszins in gebruik worden afgestaan of worden gedoogd dat derden het onderpand gebruiken, en geen vooruitbetaling van huurpenningen mag worden bedongen of aanvaard en het recht op de huurpenningen mag niet worden vervreemd, verpand of anderszins bezwaard.'

- 4.2. Het hier toepasselijke artikel 3:264 BW luidt:

'1. Indien de hypotheekakte een uitdrukkelijk beding bevat waarbij de hypotheekgever in zijn bevoegdheid is beperkt, hetzij om het bezwaarde goed buiten toestemming van de hypotheekhouder te verhuren, hetzij ten aanzien van de wijze waarop of van de tijd gedurende welke het goed zal kunnen worden verhuurd, hetzij ten aanzien van de vooruitbetaling van huurpenningen, hetzij om het recht op de huurpenningen te vervreemden of te verpanden, kan dit beding niet alleen tegen latere verkrijgers van het bezwaarde goed, maar ook tegen de huurder en tegen degene aan wie het recht op de huurpenningen werd vervreemd of verpand, worden

ingeroepen, zulks zowel door de hypotheekhouder, als na de uitwinning van het bezwaarde goed door de koper, dit laatste alleen voor zover deze bevoegdheid op het tijdstip van de verkoop nog aan de hypotheekhouder toekwam en deze de uitoefening daarvan blijkens de verkoopvoorwaarden aan de koper overlaat.

2. De inroeping kan niet geschieden, voordat het in artikel 544 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bedoelde exploit van aanzegging of overneming is uitgebracht. De bepalingen betreffende vernietigbaarheid zijn van toepassing, met dien verstande dat de termijn van artikel 52, eerste lid, loopt vanaf de voormelde aanzegging of overneming en dat een in strijd met het beding gekomen rechtshandeling slechts wordt vernietigd ten behoeve van degene die het inroept, en niet verder dan met diens recht in overeenstemming is.

3. Indien het recht van de huurder door vernietiging krachtens het tweede lid verloren gaat, wordt aan hem uit de bij de executie verkregen netto-opbrengst van het goed met voorrang onmiddellijk na hen tegen wie hij zijn recht niet kon inroepen, een vergoeding uitgekeerd ten bedrage van de schade die hij als gevolg van de vernietiging lijdt. Is de koper bevoegd het beding in te roepen, dan wordt van hetgeen aan de schuldeisers met een lagere rang toekomt, een met de te verwachten schade overeenkomend bedrag gereserveerd, totdat vaststaat dat de koper van zijn bevoegdheid geen gebruik maakt.'

4.3. In de Memorie van Toelichting is onder meer opgemerkt (*De Parlementaire Geschiedenis van het Nederlands Antilliaanse (nieuw) Burgerlijk Wetboek*, ed. M.F. Murray, 2005, p. 487):

'In het artikel is het parallelle artikel 264 van het Ned. BW niet gevolgd voor zover dat huurders verder in bescherming neemt in verband met ten gunste van deze groepen geldende bijzondere wetgeving in Nederland, in het bijzonder met betrekking tot de minimum-duur en de opzegging van huurovereenkomsten; wel zal het inroepen van het beding onder bijzondere omstandigheden als misbruik van bevoegdheid moeten worden beschouwd, zoals wanneer de executie voldoende zou opbrengen met handhaving van de huur of het gehuurde bestemd is als beleggingsobject en de huur uit dat gezichtspunt normaal is. Het ontwerp bevat dienovereenkomstig geen bepalingen die corresponderen met artikel 264, derde tot en met zesde lid, en achtste lid, van het Ned. BW; het derde lid volgens het ontwerp stemt overeen met het zevende lid van laatstgenoemd artikel.'

4.4. Het kan zo zijn dat Orco Bank wist van de verhuur, maar dat staat, gelet op artikel 3:264 BW, niet aan het inroepen van het huurbeding in de weg. Uit deze bekendheid kan niet worden afgeleid dat Orco Bank afstand heeft gedaan van haar bevoegdheid het huurbeding in te roepen. Zelfs al wordt veronderstellenderwijs aangenomen dat Orco Bank (stilzwijgend) toestemming heeft gegeven voor de verhuur, beneemt dit haar niet, gelet op artikel 3:264 BW, de bevoegdheid ter gelegenheid van de executie het huurbeding in te roepen. Uit de toestemming kan niet worden afgeleid dat Orco Bank afstand heeft gedaan van haar bevoegdheid het huurbeding in te roepen. Een hypotheekhouder kan, naar het voorlopig oordeel van het Hof, verhuur gedogen of zelfs instemmen met verhuur zolang er geen problemen zijn. Dit geldt in casu a fortiori nu het ging om 'verhuur aan zich zelf'. Taams BV heeft, kennelijk om fiscale redenen, de eigendom van de desbetreffende onroerende zaken (de kliniek) ingebracht in de stichting particulier fonds Stichting Particulier Fonds Taams Real Estate (hierna: de SPF). Niet weersproken is dat de 'beneficial owners' van Taams BV en de SPF dezelfde personen zijn. Indien de SPF er niet tussen geschoven was, zou van verhuur van de kliniek geen sprake zijn geweest en zou de thans aan de orde zijnde kwestie niet zijn gerezen.

4.5. Van rechtsverwerking, misbruik van bevoegdheid of (anderszins) onaanvaardbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid is in de gegeven omstandigheden geen sprake, a fortiori niet nu, zoals overwogen, sprake was van 'verhuur aan zich zelf'.

4.6. De tweede vraag die in dit kort geding moet worden beantwoord is of een belangenafweging moet leiden tot afwijzing van de vordering. Het Hof beantwoordt deze vraag ontkennend. Taams BV pleegt al jaren wanprestatie. Orco Bank heeft, kennelijk met het oog op de zwaarwegende maatschappelijke belangen die op het spel staan, 'engelengeduld' uitgeoefend.

Meer geduld kan in redelijkheid niet van Orco Bank worden gevergd. Taams BV heeft gesteld dat er een potentiële koper is, maar de eerste 'Letter of interest' (productie 11 bij memorie van grieven) dateert van 28 oktober 2014. Het Hof heeft op 7 januari 2014 de behandeling aangehouden om Taams BV en de potentiële koper alsnog de kans te geven voor financiering te zorgen, maar dit heeft slechts geresulteerd in een nieuwe bijna gelijklopende 'Letter of interest' (overgelegd ter zitting van 4 februari 2015). Orco Bank heeft ter zitting van 4 februari 2015 gesteld dat het organiseren van een nieuwe veiling al spoedig zes weken vergt. In die tijd kan Taams BV doorgaan met haar pogingen de potentiële koper over de streep te trekken. Indien niemand een acceptabel bod uitbrengt op de veiling heeft Taams BV mogelijk nog meer ruimte, aangezien in het petitum het gevraagd bevel tot ontruiming afhankelijk is gemaakt van een 'verkoop op de veiling'. Orco Bank heeft groot belang bij een zo hoog mogelijke opbrengst bij veilingverkoop (of onderhandse verkoop) en daarvoor is zekerheid nodig voor de koper dat de kliniek niet verhuurd is.

4.7. Uit het voorgaande volgt dat het bestreden vonnis, voor zover in conventie geweest, moet worden vernietigd en dat de vordering in conventie moet worden toegewezen. Het Hof zal de termijn van '2 keer 24 uur' in het petitum verruimen tot twee weken.

4.8. Op de gedwongen ontruiming zijn de artikelen 555-558 Rv van toepassing.

4.9. Van het vonnis in reconventie geweest is geen hoger beroep ingesteld.

4.10. Taams BV dient de kosten van deze procedure in conventie in beide instanties te dragen.

B E S L I S S I N G

Het Hof:

- vernietigt het bestreden vonnis voor zover in conventie geweest, en opnieuw in conventie rechtdoende:
- beveelt Taams BV om binnen twee weken na betekening van dit vonnis en de verkoop op de veiling van de kliniek, de kliniek te ontruimen en te verlaten, met medeneming van alle daarin aanwezige personen en goederen – voor zover deze niet onder het pandrecht van Orco Bank vallen – en dit perceel ter vrije beschikking van Orco Bank te stellen, onder afgifte van alle daartoe behorende sleutels, onder bepaling dat indien Taams BV nalaat om aan dit bevel te voldoen, Orco gemachtigd is om die ontruiming zonodig met behulp van de sterke arm van de politie en justitie zelf te doen uitvoeren;
- veroordeelt Taams BV in de kosten van deze procedure aan de zijde van Orco Bank gevallen en tot op heden begroot voor de eerste aanleg op NAF 1.500,= aan gemachtigdensalaris en NAF 807,95 aan verschotten en voor het hoger beroep op NAF 5.100,= aan gemachtigdensalaris en NAF 900,= aan verschotten.

Aldus gewezen door mrs. S. Verheijen, J. de Boer en M. Schoemaker, leden van het Hof, en ter openbare terechtzitting van 17 februari 2015 in Curaçao uitgesproken in aanwezigheid van de griffier.



