

ECLI:NL:OGHACMB:2020:290

□ Rechtspraak.nl, Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba, 11-12-2020, ECLI:NL:OGHACMB:2020:290, SXM2019H00009

Derdenhypotheek. Bevoegde vertegenwoordiging bij sluiten van hypotheekakte. Voldaan aan vereiste dat akte titel vermeldt. Is zekerheidsrecht dat leidt niet tot medeschuldenaarschap.

GEGEVENS

Instantie	Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba
Datum uitspraak	11-12-2020
Datum publicatie	21-12-2020
Publicatie	Rechtspraak.nl
ECLI	ECLI:NL:OGHACMB:2020:290
Zaaknummer	SXM2019H00009
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Rechtsgebied	Burgerlijk procesrecht

UITSPRAAK

BURGERLIJKE ZAKEN OVER 2020 VONNIS NO.

UITSPRAAK: 11 december 2020

ZAAKNRS: SXM201700591 (AR 2017/39) – SXM2019H00009

GEMEENSCHAPPELIJK HOF VAN JUSTITIE

van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en
van Bonaire, Sint Eustatius en Saba

Vonnis in de zaak van:

1. **[Appellant 1]**,

wonend in Sint Maarten,

2. **[Appellante 2]**,

wonend in Sint Maarten,

3. de vennootschap naar het recht van Anguilla

MACARINA COMPANY LIMITED,

zonder bekende vestigingsplaats in Sint Maarten,
in eerste aanleg allen gedaagden in conventie, eisers in reconventie,
thans appellanten,
gemachtigde: mr. B.B. Brooks,

- tegen -

de naamloze vennootschap

RBC ROYAL BANK N.V.,

gevestigd te Sint Maarten,
in eerste aanleg eiseres, thans geïntimeerde,
gemachtigde: mr. P.H. Bruns.

Appellanten worden hierna gezamenlijk [Appellant c.s.], en afzonderlijk [Appellant 1], [Appellante 2] en Macarina, genoemd. Geïntimeerde wordt hierna RBC genoemd.

1 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 Sint Maarten (hierna: het Gerecht), wordt verwezen naar het tussen partijen gewezen vonnis van 11 december 2018.
- 1.2 Appellanten zijn in hoger beroep gekomen van dat vonnis door indiening op 22 januari 2019 van een daartoe strekkende akte ter griffie van het Gerecht. Bij

op 5 maart 2019 ingediende memorie van grieven hebben zij grieven aangevoerd, deze toegelicht en geconcludeerd dat het Hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en de vorderingen van RBC alsnog zal afwijzen en de reconventionele vordering van appellanten alsnog zal toewijzen, met veroordeling van RBC in de kosten van beide instanties.

- 1.3 Bij memorie van antwoord, ingediend 18 april 2019, heeft RBC de grieven bestreden en geconcludeerd dat het Hof appellanten niet-ontvankelijk zal verklaren dan wel het bestreden vonnis zal bevestigen, kosten rechtens.
- 1.4 Op de rolzitting van 15 november 2019 hebben partijen schriftelijke pleitnota's overgelegd.
- 1.5 Vonnis is nader bepaald op heden.

2 Ontvankelijkheid

Appellanten hebben tijdig en op de juiste wijze appel ingesteld, zodat zij daarin kunnen worden ontvangen.

3 Grieven

Voor de inhoud van de grieven wordt verwezen naar de memorie van grieven.

4 Beoordeling

- 4.1 Het Hof gaat uit van de volgende feiten, die als over en weer voldoende gemotiveerd gesteld en niet of onvoldoende gemotiveerd betwist dan wel blijkend uit overgelegde producties, vast staan.

A. RBC is op 7 december 2009 een leningsovereenkomst aangegaan met Daakva Ltd (hierna: Daakva). De bestuurder van Daakva was en is de heer [Naam 1] (hierna: [Naam 1]). De hoofdsom van de lening is 1,7 miljoen dollar. Volgens de leningsovereenkomst zijn tot een maximumbedrag van US\$ 482.000,- vermeerderd met 40% voor rente en kosten, onder meer als zekerheden verstrekt de hypotheekrechten op:

- a. een stuk grond in Simpson Bay van 575 m2 met meetbrief 181/1969, inclusief toebehoren, eigendom van [Appellant 1] en [Appellante 2];
- b. een stuk grond in Guana Bay van 1.207 m2 met meetbrief 421/1987, zonder het stuk grond van 45 m2 met meetbrief 353/1991, inclusief toebehoren, eigendom van Macarina;
- c. een stuk grond in Little Bay van 1.372 m2 met meetbrief 89/1987, inclusief toebehoren, eigendom van Macarina.

B. Volgens een hypotheekakte van 21 december 2009 hebben [Appellant 1] en [Appellante 2], optredend voor zichzelf en als bestuurders van Macarina, hypotheekrechten op de onder A sub a tot en met c vermelde onroerende zaken gevestigd ten gunste van RBC als zekerheid voor de nakoming van de verplichting van Daakva jegens RBC tot een maximumbedrag van US\$ 674.800,- (1,4 x US\$ 482.000,-).

C. Bij brief van 14 juli 2010 heeft RBC aan [Naam 1] bericht dat de in de leningsovereenkomst vermelde zekerheid op het stuk grond met meetbrief 89/1987 (zie onder A sub c) wordt vrijgegeven en dat in de plaats daarvoor als zekerheid wordt opgenomen een stuk grond in Cole Bay van 730 m2 met meetbrief 134/1970, inclusief opstal en toebehoren, eigendom van Macarina, en wel tot een maximum van US\$ 350.000, vermeerderd met 40% rente en kosten.

D. Volgens een hypotheekakte van 15 juli 2010 heeft Macarina een hypotheekrecht op de onder C vermelde onroerende zaak gevestigd ten gunste van RBC als zekerheid voor de nakoming van de verplichting van Daakva jegens RBC tot een maximumbedrag van US\$ 490.000,- (1,4 x US\$ 350.000,-).

E. Vanaf juli 2013 is Daakva haar verplichtingen uit de leningsovereenkomst niet meer volledig nagekomen. Bij brief van 1 oktober 2014 heeft RBC aan Daakva gemeld dat zij als "security to be released" US\$ 47.090,67 van een escrow account zal halen om de opgelopen achterstand aan te zuiveren, en meegedeeld dat verdere achterstand niet meer zal worden toegestaan en anders tot veiling van de verhypothekerde zaken zal worden overgegaan.

F. Bij brief van 4 april 2016 heeft RBC het gehele bedrag van de uitstaande hoofdsom, US\$ 995.101,-, vermeerderd met rente en kosten, destijds een bedrag van US\$ 200.574,-, opgeëist en aangekondigd dat als voor 4 juli 2016 geen volledige betaling had plaatsgevonden, zekerheden zouden worden uitgewonnen en gerechtelijke procedures zouden worden opgestart.

G. Bij brief van 17 oktober 2016 heeft RBC aan [Appellant c.s.] bericht dat de executoriale verkoop van de onder A sub a en b en C bedoelde onroerende zaken (hierna: de onroerende zaken) in gang zou worden gezet en dat de veiling plaats zou vinden op 24 november 2016. In een brief van notaris-kantoor Boekhoudt van 18 oktober 2016 met dezelfde strekking wordt vermeld dat het openstaande bedrag aan hoofdsom, rente en kosten US\$ 1.019.494,72 bedraagt.

H. Bij vonnis in kort geding van dit Gerecht van 22 november 2016 (KG 2016/144) is op vordering van [Appellant c.s.] de veiling verboden. Hiertegen is door RBC hoger beroep ingesteld. Bij vonnis van het Hof van 16 november 2018 (ECLI:NL:OGHACMB:2018:213) is het kortgedingvonnis vernietigd en zijn de vorderingen van [Appellant c.s.] alsnog afgewezen. Naar aanleiding van het door [Appellant c.s.] ingestelde cassatieberoep heeft de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad op 22 februari 2019 geconcludeerd tot niet-ontvankelijkverklaring daarvan met toepassing van artikel 80a RO om de reden dat de klacht klaarblijkelijk niet tot cassatie kan leiden. Thans is die procedure geroyeerd.

- 4.2 In eerste aanleg heeft het Gerecht in conventie [Appellant c.s.] hoofdelijk veroordeeld tot betaling aan RBC van het maximumbedrag waarvoor zij hypotheek hebben verstrekt en voor recht verklaard dat aan RBC het recht toekomt om door middel van parate executie over te gaan tot veiling van de onroerende zaken met meetbrieven 181/1969, 421/1987 en 134/1970. De reconventionele vorderingen van [Appellant c.s.], strekkend tot nietigverklaring en doorhaling van de hypotheeken, zijn afgewezen.
- 4.3 Een gedeelte van de eerste grief en de (gehele) tweede grief zijn gericht tegen de feitenvaststellingen van het Gerecht in rov. 2.7 en 2.11 van het bestreden vonnis. Bij die klachten bestaat thans geen belang meer nu het Hof zelf, met inachtneming van deze grieven, feiten heeft vastgesteld; zie hierboven onder 4.1.F en 4.1.G voor de van belang zijnde feiten.
- 4.4 Het overige van de eerste grief en de derde tot en met de vijfde grief zijn gericht tegen de weergave en de verwerping, in rov. 4.9 tot en met 4.11 van het bestreden vonnis, van het verweer van [Appellant c.s.], welk verweer inhoudt – samengevat – dat de hypotheekakten nietig zijn omdat daaraan geen titel ten grondslag ligt en, ten aanzien van de hypotheek op het perceel van Macarina met meetbrief 134/1970, Macarina bij de vestiging daarvan niet rechtsgeldig is vertegenwoordigd door alleen [Appellante 2].

- 4.5 De hypotheekakte van 21 december 2009, die dwingende bewijskracht heeft, bevat de volgende passage:
“The appearers, acting as aforementioned, declared that Debtor [Daakva, opm. Hof] / Mortgagor [[Appellant 1], [Appellante 2] en Macarina, opm. Hof] and the Bank have agreed that by these presents the rights of mortgage and pledge will be granted on the goods mentioned in this deed as security described in this deed.
In execution of the aforementioned the appearers sub 1 [[Appellant 1], [Appellante 2] en Macarina, opm. Hof], acting as aforementioned, declared that Mortgagor grants, in favor of the Bank, as security for the repayment of any and all amounts Debtor, whether or not under joint and several liability may owe to the Bank, (...), the right of mortgage and pledge on the goods mentioned at the end of this deed, hereinafter to be referred to as “collateral”, up to the amount to be mentioned hereinafter.”
 De hypotheekakte van 15 juli 2010 bevat gelijke bewoordingen, met dien verstande dat daarbij alleen Macarina als *Mortgager* optreedt. Alleen al uit deze passages, met name de woorden *declared that Mortgagor grants (...) the right of mortgage and pledge* blijkt reeds de titel voor de verhypothekering van de percelen, te weten de klaarblijkelijke afspraak tussen RBC, Daakva en [Appellant c.s.] dat laatstgenoemden hypotheek op hun litigieuze percelen zullen vestigen voor de schuld van Daakva aan RBC, welke afspraak overigens ook wordt bevestigd door de eigen stelling van [Appellant c.s.] (opgeworpen in het kader van het beroep op dwaling) dat RBC hen destijds heeft meegedeeld dat hun onroerende zaken slechts tot “subsidiary security” zouden strekken en zouden worden vrijgegeven zodra US\$ 482.000,- zou zijn afgelost op de lening waaruit valt af te leiden dat er in ieder geval en detail over de hypotheekverlening is gesproken tussen RBC en [Appellant c.s.] Daarmee is voldaan aan het vereiste dat de akte de titel vermeldt (art. 3:89 lid 2 BW). De in de grieven verkondigde opvatting dat deze afspraak schriftelijk moet zijn aangegaan om een geldige titel te kunnen vormen, vindt geen steun in het recht. De door [Appellant c.s.] aangehaalde uitspraken van de Rechtbank Noord-Holland en het Gerechtshof Amsterdam hebben betrekking op onvergelijkbaar andere casus en doen in de onderhavige zaak geen opgeld. Het Hof is aan die uitspraken van lagere Nederlandse rechters ook niet gebonden. Voorts is de stelling van [Appellant c.s.] dat er iets anders is afgesproken dan blijkt uit de hypotheekakten, niet onderbouwd. Of de titel ook met de vereiste nauwkeurigheid in de akte is omschreven (3:89 lid 3 BW) kan dan in het midden blijven omdat het verzuim om dat te doen niet tot ongeldigheid van de vestiging van het hypotheekrecht of de vernietigbaarheid daarvan leidt.
- 4.6 De hypotheekakte van 15 juli 2010, die dwingende bewijskracht heeft, ook jegens niet ondertekenende derden (art. 136 lid 1 Rv), bevat de volgende passage:
“Upon this fifteenth day of July, two thousand and ten, came and appeared before me, Henry Parisius, civil law notary on Sint Maarten.
1. Mrs. [Appellante 2] (...) by these presents acting as directors of and as such legally representing MACARINA COMPANY LIMITED, (...) hereinafter referred to as “Mortgagor”;
 [Appellant c.s.] hebben onder meer gewezen op de “Minutes of the Board of Directors” van Macarina van 16 maart 1988, waarin staat: *“The Company will not recognize any obligation purported to be made on its behalf without a written resolution authorising the same and executed by all directors”*, ten betoog dat [Appellante 2] niet bevoegd was om Macarina te vertegenwoordigen zonder toestemming van [Appellant 1], mede ten gevolge waarvan de hypotheekakte aan nietigheid lijdt. Dat betoog gaat niet op. De passage in de notulen sluit in de eerste plaats niet uit dat wel sprake was van bevoegde vertegenwoordiging bij het sluiten van de hypotheekakte. Verder is de bevoegdheidsbeperking in de notulen een interne regeling binnen Macarina die niet extern kenbaar is en daarom niet aan derden kan worden tegengeworpen. De als productie 24 bij de memorie van grieven ingebrachte statuten van Macarina bevatten zo’n bevoegdheidsbeperking niet. Artikel 88 daarvan, waarin staat: *“The business of the Company shall be managed by the directors”*, houden, anders dan [Appellant c.s.] betogen, geen bevoegdheidsbeperking in. De omstandigheid dat in deze bepaling het woord *directors* in meervoud is gebruikt betekent niet dat zij uitsluitend tezamen kunnen optreden. Dit volgt ook uit de definitions onder 2 van de statuten: *“the Directors - means the persons for the time being occupying the positions of directors or any of them by whatever name called.”* En artikel 90, waarop RBC heeft gewezen, luidend: *“The directors may exercise all the powers of the company to (...) mortgage or charge its undertaking, property and uncalled capital, or any part thereof; (...) as security for any debt, liability or obligation of the company or any third party”*, wijst veelmeer op het tegendeel van enige bevoegdheidsbeperking. Ten slotte komt aan de omstandigheid dat in de hypotheekakte *directors* (meervoud) is gebruikt in plaats van *director* (enkelvoud) geen betekenis toe; dat moet voor een typefout worden gehouden. De aldus onvoldoende onderbouwde stellingen omtrent de bevoegdheid, doen niets af aan de dwingende bewijskracht van de overweging omtrent de bevoegde vertegenwoordiging van Macarina in de hypotheekakte. Aan de levering van tegenbewijs wordt derhalve - omdat de stellingen van [Appellant c.s.] tekortschieten - niet toegekomen.
- 4.7 Uit het voorgaande volgt dat het beroep op nietigheid van de hypotheekakten door het Gerecht terecht is verworpen. De desbetreffende grieven falen.
- 4.8 Het is het Hof niet duidelijk wat in de toelichting op de zesde grief, gericht tegen rov. 4.12 van het bestreden vonnis, wordt betoogd. Ook in hoger beroep is de stelling van [Appellant c.s.] dat RBC hun heeft meegedeeld dat zij slechts “subsidiary security” zouden verstrekken en dat bij aflossing van US\$ 482.000,- hun verhypothekerde zaken weer zouden worden vrijgegeven, op geen enkele wijze onderbouwd. Het volgt niet uit de commitment letter en de hypotheekakte uit 2009 en dat en wanneer het mondeling is afgesproken of toegezegd wordt onvoldoende duidelijk. [Appellant c.s.] hebben overigens ten aanzien van deze stelling dat zij kennelijk aan hun beroep op dwaling en schending van de zorgplicht ten grondslag leggen en waarvan zij de bewijslast dragen ook niet een voldoende toespitst bewijsaanbod gedaan. De mogelijke/kennelijke opvatting dat RBC haar zorgplicht heeft geschonden door de afspraken niet op schrift te stellen, vindt geen steun in het recht. De zesde grief faalt ook.
- 4.9 De zevende tot en met de negende grief zijn gericht tegen rov. 4.13 van het bestreden vonnis. Het Hof verenigt zich ook met deze rechtsoverweging en maakt deze tot de zijne, en voegt daaraan het volgende toe. [Appellant c.s.] hebben onvoldoende gesteld om te kunnen concluderen dat RBC te makkelijk krediet aan Daakva heeft geleend, en in elk geval te weinig om te oordelen dat dit – bij cliënten zoals zij, met een zakelijke achtergrond en banden (niet als verwanten) met de achterligger van Daakva - een schending van een zorgplicht oplevert, zodanig dat RBC haar zekerheden niet (volledig) zou mogen uitwinnen. Dit wordt niet anders wanneer de overige verwijten die [Appellant c.s.] RBC maken erbij worden betrokken. Tussen partijen staat vast dat nadat Daakva in verzuim was geraakt, zij verschillende malen door RBC is aangemaand en dat RBC reeds na zo’n veertien maanden als eerste zekerheid de US\$ 47.090,67 van de escrow account heeft gehaald om de achterstand te delgen (zie ook hierboven onder 4.1.E). De omstandigheden dat RBC kennelijk niet heeft gerappelleerd toen Daakva al eerder niet aan haar verplichting voldeed om “financial statements” over te leggen noch [Appellant c.s.] als derdenhypotheekverstrekkers van het verzuim van Daakva op de hoogte stelden, waardoor [Appellant c.s.] pas in 2016 achter een en ander kwam, maken niet dat RBC niet aan haar zorgplicht heeft voldaan, voor zover al sprake kan zijn van een zorgplicht jegens [Appellant c.s.] Terecht heeft het Gerecht overwogen dat het aan [Appellant c.s.] zelf was om Daakva en [Naam 1] in de gaten te houden. In dat verband wordt nog opgemerkt dat – ongeacht wanneer [Appellant c.s.] precies de brief 4 april 2016 hebben ontvangen en nog afgezien van de melding onder 8 van hun conclusie van antwoord en 9 van de pleitnota in appel dat [Appellant c.s.] begin 2016 hadden ontdekt dat Daakva al herhaaldelijk door RBC was aangemaand – [Appellant c.s.] blijkens het e-mailbericht van mr. Brooks van 31 augustus 2016 al voordien (“recently”) door RBC waren geïnformeerd. Dat het Gerecht [Appellant c.s.] enerzijds en Daakva en [Naam 1] anderzijds “zakenpartners” heeft genoemd, hetgeen [Appellant c.s.] niet op prijs stellen, doet niet ter zake. Trouwens blijkt uit de verstrekking van de derdenhypotheek alleen al van zekere, al dan niet als “zakelijk” te typeren, banden, terwijl zulks ook uit de rest van de stukken blijkt. Enige reden waarom [Appellant c.s.] bereid zijn geweest om onvangrijke derdenhypotheeken te stellen hebben zij ook niet gegeven. Voor zover [Appellant c.s.] mede bedoelen te klagen dat RBC misbruik van bevoegdheid maakt door niet eerst andere zekerheden uit te winnen, geldt dat deze stelling tegenover hetgeen RBC in dit verband heeft aangevoerd, onvoldoende is gemotiveerd. Ook deze grieven falen.
- 4.10 In de toelichting op de tiende grief, gericht tegen rov. 4.14 van het bestreden vonnis, maken [Appellant c.s.] er een punt van dat het Gerecht refereert aan de brief van 14 juli 2010 terwijl [Appellant c.s.] die niet hebben ontvangen. Of [Appellant c.s.] de brief al dan niet hebben ontvangen is irrelevant. Waar het om gaat is dat het door het Gerecht verworpen kennelijke standpunt van [Appellant c.s.] dat RBC afstand zou hebben gedaan van US\$ 482.000,- niet, althans

onvoldoende, is onderbouwd. De grief faalt.

- 4.11 De elfde grief is gericht tegen de veroordeling van [Appellant c.s.] tot betaling aan RBC van het maximumbedrag waarvoor zij hypotheek hebben verstrekt. Deze grief is terecht voorgesteld. De hypotheekrechten van RBC op de percelen van [Appellant c.s.] zijn zekerheidsrechten die ertoe strekken dat RBC haar vordering op Daakva mag verhalen op die percelen door (openbare) verkoop daarvan, maar niet tot meer dan dat. [Appellant c.s.] zijn door de vestiging van deze zogenaamde derdenhypotheken namelijk geen medeschuldenaar geworden. Dus kunnen [Appellant c.s.] ook niet tot betaling worden veroordeeld. Weliswaar kunnen [Appellant c.s.] ingevolge artikel 3:269 BW verkoop van hun percelen voorkomen door voldoening aan RBC van het maximumbedrag waarvoor zij hypotheek hebben verstrekt – het zogenaamde lossingsrecht – echter is dit een bevoegdheid en niet een verplichting. De elfde grief slaagt daarom.
- 4.12 De conclusie van het bovenstaande is dat op de elfde grief na alle grieven tevergeefs zijn voorgesteld.
- 4.13 [Appellant c.s.] hebben geen bewijs aangeboden van omstandigheden die - indien bewezen - tot een ander oordeel zouden kunnen leiden, althans niet op een wijze die voldoet aan de daaraan in hoger beroep te stellen eisen. Aan hun bewijsaanbod wordt daarom voorbijgegaan.
- 4.14 De slotsom luidt dat het bestreden vonnis zal worden bevestigd voor zover voor recht is verklaard dat aan RBC het recht toekomt om door middel van parate executie over te gaan tot veiling van de onroerende zaken met meetbrieven 181/1969, 421/1987 en 134/1970 en de reconventionele vorderingen van [Appellant c.s.] zijn afgewezen, en zal worden vernietigd voor zover [Appellant c.s.] tot betaling zijn veroordeeld. [Appellant c.s.] zullen, als de overwegend in het ongelijk gestelde partijen, in de kosten in hoger beroep van RBC worden veroordeeld.

BESLISSING:

Het Hof:

- bevestigt het bestreden vonnis voor zover voor recht is verklaard dat aan RBC het recht toekomt om door middel van parate executie over te gaan tot veiling van de onroerende zaken met meetbrieven 181/1969, 421/1987 en 134/1970 en de reconventionele vorderingen van [Appellant c.s.] zijn afgewezen;

- vernietigt het bestreden vonnis voor zover [Appellant c.s.] tot betaling zijn veroordeeld en wijst dit deel van de vordering alsnog af;

- veroordeelt [Appellant c.s.] in de kosten van het hoger beroep van RBC, tot op heden begroot op Naf 892,50 aan betekeningkosten en Naf 6.000,- aan gemachtigdensalaris (3 x tarief 5).

Dit vonnis is gewezen door mrs. E.M. van der Bunt, M.W. Scholte en F.W.J. Meijer, leden van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie, en ter openbare terechtzitting van het Hof in Sint Maarten uitgesproken op 11 december 2020 in tegenwoordigheid van de griffier.