De hypotheek houders verschillen van mening over de vraag of het gevestigde opstalrecht een afhankelijk recht is of een onafhankelijk recht.

Indien sprake is van een afhankelijk opstalrecht zou dit volgens de literatuur en jurisprudentie onder omstandigheden de rechtmatigheid van het hypotheekrecht op het opstalrecht kunnen treffen. Dan blijft voor zowel Nationale Borg als voor Zeeland Seaports een hypotheekrecht op het erfpachtrecht over.
Het erfpachtrecht kan geëxecuteerd worden, maar dan zal de koper het erfpachtrecht moeten nemen zo het is, inclusief alle daarbij behorende lusten en lasten en contractuele verplichtingen. Daaruit vloeit voort dat een koper zich te allen tijde zich met Zeeland Seaports als erfverpachter zal hebben te verstaan, nu dit uit het wettelijk systeem voortvloeit. Curatoren hebben in de achterliggende periode zich beijverd de zekerheidsgerechtigden waaronder ook Glencore met betrekking tot een pandrecht op het aluminium/work in progress als aanwezig in de ovens met elkaar in contact te brengen en tijdens meerdere ontmoetingen te stimuleren met elkaar tot regelingen te komen, zodat tegengestelde belangen op dat terrein een doorstart van ZALCO al dan niet in onderdelen niet behoeft te blokkeren.

Als het opstalrecht zelfstandig kan worden geëxecuteerd kan dit een opbrengst met zich brengen die mogelijk niet wordt belast (lees beperkt) met het erfpachtrecht.

De discussie spitst zich toe op de vraag of er wel een koper gevonden zal worden bij executie van het geheel en of dat niet feitelijk betekent dat Zeeland Seaports het recht op de veiling zal "inkopen" tegen een symbolische prijs en dan de nieuwe eigenaar wordt van het actief (opstallen) en daar dan zelfstandig in kan handelen ten aanzien van derden en / of sloop. Daarmee zou Nationale Borg geen opbrengst genieten uit verkoop van het actief ondanks haar positie als 1ste hypotheekhouder. Hier ligt een strijdpunt tussen beide hypotheekhouders.
Curatoren hebben in deze (nog) geen standpunt bepaald of het opstalrecht (on)afhankelijk is en evenmin welke rechten daar al dan niet uit voort vloeien. Het is zaak dat de hypotheekhouders eerst zelf daar over spreken en mogelijk een oplossing vinden.
Vrijdag 17 februari heeft Nationale Borg de executie aangezegd van het opstalrecht en heeft aansluitend Zeeland Seaports aangezegd het erfpacht en opstalrecht te willen executeren. Glencore heeft aangekondigd eventueel in kort geding positie op te eisen met betrekking tot het aluminium in de ovens.

Inmiddels is er een aanmerkelijke discussie gaande ter zake het pandrecht van Glencore op met name het aluminium in de ovens, de vraag of dit inmiddels als roerend of ontroerend moet worden gezien (in kort geding voorlopig als onroerend aangemerkt) en wat de gevolgen daarvan zijn. Dit alles heeft geleid tot diverse vorderingen in kort geding tussen belanghebbenden en een beoordeling van de artikel 58-termijnstelling door curatoren, tijdige executie en een verbod daarop alsmede een artikel 69 aanwijzing tot nadere beoordeling van de rechtsgeldigheid van het pandrecht van Glencore op het aluminium welk laatste verzoek is afgewezen. NB is daar van in beroep gekomen. Glencore heeft cassatie aangekondigd met betrekking tot de termijnstelling (afwijzing van verzoek tot verlenging) Waar aan de orde zal op een en ander in latere verslaglegging worden teruggekomen. Zie ook hierna.

In de achterliggende periode heeft Glencore haar cassatieverzoek ingediend en hebben curatoren dit verder in behandeling genomen. Tevens is het beroep van NB ex artikel 69 Fw afgewezen door de rechtbank Breda en heeft NB daarvan cassatie ingesteld. Ook dit is door curatoren verder in behandeling genomen. Tevens heeft Glencore een bodemprocedure aanhangig gemaakt tegen ZSP, NB, UTB en curatoren. In de kern ziet het geschil op de kwalificatie van het aluminium in de ovens te weten of dit roeren dan wel onroerend is en eenzijdige handelingen tot toe-eigening gepleegd door ZSP en NB in hun relatie tot UTB.

Met betrekking tot de zekerheden en de afwikkeling van de boedelverkopen lopen er een aantal geschillen. Zo loopt er bij de Rechtbank Amsterdam een geschil waarbij inzet is de vraag of het aluminium in de ovens door stolling is nagetrokken en of het de kwaliteit onroerend heeft verkregen dan wel de kwaliteit roerend heeft behouden. Van daar uit is het de vraag aan wie het aluminium toekomt in feitelijke zin en wie aan wie welke vergoeding zal hebben te betalen voor de waarde daarvan. Deze zaak staat (voor de tweede keer) voor incidenteel vonnis en het verdere verloop van deze zaak zal moeten worden afgewacht. De boedel is actieve procespartij in deze zaak en heeft een eigen financieel belang. Inmiddels is bij incidenteel vonnis een vordering van Glencor tot afgifte van vertrouwelijke stukken geweigerd en is na verdere conclusiewisseling een comparitie gelast bij de rechtbank Amsterdam, meervoudige kamer, 23 januari 2014. Het verdere verloop daarvan moet thans worden afgewacht.

Daarnaast en in samenhang daarmee is bij het Hof in Den Bosch een appel aanhangig van een kort geding die zich met name afspeelt in de relatie tussen de zekerheidspartijen en waar de boedel slechts in observeert. Beide zaken staan in oktober voor pleidooi. De boedel zal het verloop van deze zaken volgen. Curatoren hebben zich niet in de procedure gesteld maar hebben de procedure wel gevolgd. Het gerechtshof heeft d.d. 5 november 2013 arrest gewezen. Het gerechtshof heeft twee appelzaken tezamen afgedaan. Allereerst het oordeel van de voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant d.d. 10 september 2012 (waarbij Glencore werd verboden het aluminium in de ovens te executeren) en tegen het vonnis van 11 september 2012 (waarin kort gezegd werd bepaald dat Glencore niet meer over het aluminium in de ovens zou kunnen beschikken wegens natrekking) en heeft het Hof in een gecombineerd arrest beide vonnissen onder aanvulling en verbetering van de gronden daartoe bekrachtigd. Inmiddels heeft Glencore bij exploot d.d. 30 december 2013 tegen het arrest van het Gerechtshof te 's Hertogenbosch d.d. 5 november 2013 cassatie aangetekend.

Deze kwestie is nog bij de Hoge Raad in behandeling. Curatoren zijn in deze cassatieprocedure niet verschenen nu het belang van de boedel zulks niet vereist. Ook ten tijde van het 9de verslag is er nog geen uitsluitsel in deze zaak naar curatoren hebben begrepen.

De Hoge Raad heeft zich inmiddels uitgesproken bij arrest d.d. 14 augustus 2015. Ter verdere beoordeling is de zaak inhoudelijk verwezen naar het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Wel heeft de Hoge Raad belangrijke overwegingen meegegeven. De Hoge Raad heeft overwogen: "*Voor het geval dat geen van de zaken als hoofdzaak kan worden aangewezen, bepaalt art. 5:14 lid 2 BW dat een nieuwe zaak ontstaat. Art. 5:15 brengt in verbinding met art. 5:14 BW in een zodanig geval mee dat van rechtswege een nieuw pandrecht ontstaat op een aandeel in de nieuwe zaak ten behoeve van degene die het pandrecht op de door de vermenging tenietgegane zaak had gevestigd. Weliswaar is dit niet met zoveel woorden in de genoemde artikelen geregeld, maar het strookt met de inhoud en strekking van die bepalingen dat zij ook het hier aan de orde zijnde geval bestrijken van vermenging van soortgelijke zaken, op één waarvan een pandrecht rust.*".

Aldus heeft de Hoge Raad verworpen de overweging van het Gerechtshof Den Bosch dat het pandrecht door vermenging is teniet gegaan. Na verwijzing zal blijken tot welk nader oordeel het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zal komen. In hoeverre dit echter betekenis zal hebben voor de afdoening van het onderhavige debat tussen partijen is niet vooraf te beoordelen gezien de huidige stand van de hoofdprocedure.

De Rechtbank Amsterdam heeft in de hoofdzaak bij vonnis d.d. 15 juli 2015 geoordeeld. De rechtbank heeft tot uitgangspunt genomen dat het aluminium ook na stolling als roerend is aan te merken waarop het pandrecht is blijven rusten. De

rechtbank is niet toegekomen aan de vraag of het pandrecht door vermenging en/of zaaksvorming is komen te vervallen. De rechtbank heeft geoordeeld dat hieraan geen betekenis toekomt gezien de tussen curatoren en Glencore gesloten vaststellingsovereenkomst. Dit vonnis zal hierna nog nader worden toegelicht.

De onderhavige procedure bij de Hoge Raad heeft betrekking op een eerder oordeel van de Rechtbank Middelburg dat aan Glencore wegens natrekking geen pandrecht toekwam en als gevolg daarvan niet tot executie mocht overgaan toen de door curatoren gestelde termijn ex Art. 58 Fw nog niet was verstreken. Het Hof Den Bosch heeft als hiervoor aangegeven overwogen dat aan Glencore geen executierecht toekwam omdat het pandrecht wegens vermenging was teniet gegaan. Dit laatste oordeel wordt nu door de Hoge rad verworpen waarmee het verwijzingshof alsnog ook de discussie rondom de natrekking zal hebben te beslissen. Aan dit debat kwam de Hoge Raad gezien de beslissing van het hof niet toe.

Er vanuit gaande dat het verwijzingshof zich zal uitlaten over natrekking kan dit aspect mogelijk in de bodemprocedure van betekenis zijn.

Ten slotte zijn er twee zaken aanhangig bij de Hoge Raad ter zake kort gezegd het besluit van curatoren termijnen te stellen en ter zake de vraag of nader onderzoek gedaan moet worden ter zake het pandrecht als verleend aan Glencore door Zalco. Tot heden heeft de rechtbank het beleid van curatoren in deze gevoerd juist geacht. De Hoge Raad heeft in navolging van de conclusie van de A-G mr. A. Hammerstein het ingestelde beroep verworpen en daarmee het handelen van curatoren en het tot op heden gevoerde beleid bekrachtigd.

Inmiddels zijn aan voornoemde procedures nog meer procedures toegevoegd. Zo heeft Glencore na het arrest van het gerechtshof voornoemd beslag gelegd strekkende tot afgifte van het aluminium uit de ovens en heeft Glencore verhaalsbeslag gelegd. Het beslag tot afgifte is afgewezen ook met verwijzing naar de cassatie bij de Hoge Raad in het kader van de artikel 58 Faillisementswet procedure, daar waar het verhaalsbeslag is gehonoreerd. Glencore is van deze uitspraak inmiddels bij appeldagvaarding in beroep gekomen.

Deze kwestie is inmiddels in appel bepleit en partijen zijn in afwachting van het arrest. Het arrest is tot heden steeds aangehouden. Laatstelijk tot 14 april 2015.

Ook in deze zaak is inmiddels uitspraak gedaan door het Gerechtshof Amsterdam d.d. 14 juli 2015. Voor lag onder meer de vraag of het curatoren in afwachting van een beslissing in de hoofdzaak vrij stond in het kader van het incidenteel vonnis het aluminium dat was gestold in de ovens te verkopen. Het Gerechtshof Amsterdam heeft kort gezegd overwogen dat het curatoren in afwachting van de beslissing in de hoofdzaak niet vrij staat tot opeising en verkoop van het aluminium uit de ovens te komen. Daarmee werd afstand genomen van het eerdere oordeel van de rechtbank.

Deze uitspraak heeft d.d. 15 juli 2015 haar werking reeds verloren door de uitspraak in de hoofdzaak waarin de Rechtbank Amsterdam curatoren (wederom) bevoegd acht te komen tot verkoop van het aluminium uit de ovens. Zie hierna.

Daarnaast heeft Glencore bewijsbeslag gelegd onder curatoren en UTB/Zalco B.V. en in kort geding afgifte van de in beslag genomen documenten gevorderd waartoe kort gezegd de Rechtbank Zeeland-West-Brabant bij kort geding vonnis d.d. 20 december 2013 heeft bepaald dat curatoren moeten gehengen en gedogen dat aan Glencore door tussenkomst van een forensische IT-specialist gegevens beschikbaar zullen worden gesteld met

betrekking tot kort gezegd productiegegevens uit de oude bestanden van de gefailleerde voor zover beschikbaar en bijgehouden tot en met 19 december 2011, zijnde het tijdstip waarop de productie definitief tot stilstand kwam. Alle overige gevorderde stukken ter zake kort gezegd de boedelbehandeling zijn niet voor afgifte geschikt verklaard.

Zolang voornoemde procedures voort duren kan de boedel niet tot een afwikkeling worden gebracht.

De hiernavolgende informatie beoogt een verkorte weergave te zijn van de huidige stand van zaken voor wat betreft de procedures waarin de boedel is betrokken zijdens Glencore. Met deze weergave beogen curatoren geen standpunt in te nemen ten aanzien van hetgeen nog onder de rechter is maar louter te behoeve van de schuldeisers inzicht te geven in de procedures zoals die thans aanhangig zijn.

De dato 15 januari 2014 heeft Glencore in de bodemprocedure een akte genomen tot wijziging van eis. Curatoren beperken zich in deze weergave tot hetgeen ten laste van de boedel wordt gevorderd.

Ten laste van de boedel luidt de vordering in de bodemprocedure thans dat de rechtbank zal verklaren voor recht dat het aluminium dat door stolling in de ovens is achtergebleven geen bestanddeel is geworden van het elektrolyse-fabrieksgebouw, het daarop gevestigde pandrecht door Glencore door deze stolling niet is vervallen, dat enige overdracht of bezwaring van dit aluminium jegens Glencore niet rechtsgeldig is en het pandrecht in stand is gebleven niettegenstaande een eventuele verkoop, overdracht of bezwaring van dit aluminium alsmede dat curatoren niet bevoegd zijn het aluminium overeenkomstig artikel 58 Faillissementsweg op te eisen en te verkopen danwel Glencore bij een verkoop aanspraak zal hebben op de volledige onbelaste opbrengst en voorts te verklaren voor recht dat de boedel onrechtmatig heeft gehandeld jegens Glencore, kort gezegd door de ingeroepen termijnstelling en opeising/verkoop van het aluminium en het zonder toestemming van Glencore beweerdelijk brengen van het aluminium in de feitelijke macht van ZSP met veroordeling van de boedel jegens Zalco door deze gepretendeerde onrechtmatige daad geleden schade althans met vergoeding van hetgeen de boedel heeft verworven uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking een en ander onder veroordeling van de boedel in de proceskosten. De dato 23 januari 2014 heeft een comparitie van partijen plaatsgevonden feitelijk zijnde een regiezitting tijdens welke zitting verdere processuele afspraken zijn gemaakt gezien de omvang en complexiteit van het geschil jegens curatoren, NB, ZSP en UTB.

Tevens heeft Glencore de dato 15 januari 2014 een incidentele vordering ex artikel 843 Rv ingesteld tegen curatoren niettegenstaande het feit dat eenzelfde vordering reeds in kort geding door de voorzieningenrechter van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant reeds was afgedaan bij vonnis de dato 20 december 2013. Tevens stelt Glencore op 15 januari 2014 een incidentele vordering ex artikel 223 Rv in jegens curatoren houdende een verzoek curatoren te verbieden het aluminium uit de ovens op te eisen en te verkopen.

Door een incident tot voeging zijn alle partijen in deze incidenten betrokken. De dato 16 juli 2014 heeft de Rechtbank Amsterdam de incidenten afgewezen. Daarin heeft de voorzieningenrechter voorshands geoordeeld dat Glencore onvoldoende nieuwe feiten en omstandigheden heeft aangevoerd voor "*het door haar gestelde onrechtmatig handelen van curatoren* (...)" en heeft de rechtbank voorshands geoordeeld dat de stellingen van Glencore onvoldoende zijn enig onrechtmatig handelen van de curatoren aannemelijk te maken. Ook overigens oordeelt de rechtbank voorshands bij vonnis in kort geding dat de stellingen en overwegingen van Glencore te vaag en onvoldoende onderbouwd zijn om de gestelde onrechtmatige daad aannemelijk te maken terwijl er overigens onvoldoende gronden worden aangenomen om tot toewijzing te komen van de gevorderde incidenten waarbij ten aanzien van het artikel 843a Rv incident aanvullend is overwogen dat gegeven

de feiten en omstandigheden er anders sprake zou zijn van een *fishing expedition* waarvoor deze regeling niet is bedoeld.

Hangende de voornoemde incidenten heeft Glencore ook een verzoekschrift ingediend tot het houden van een voorlopige getuigenverhoor wederom ten bewijze van onrechtmatig handelen althans het verkrijgen van verklaringen in plaats van de gevraagde stukken. De zaak is bepleit en is thans ter beslissing aan de rechtbank.

In de bodemprocedure zal 10 oktober 2014 een conclusie van dupliek worden genomen door de gedaagde partijen.

Het onderhavige verslag is thans niet de plaats om verder op de inhoud daarvan en het verdere verloop daarvan vooruit te lopen. Met voornoemde uiteenzetting moge duidelijk zijn dat de boedel nog betrokken is en voorlopig betrokken blijft in een omvangrijk juridisch relevant geschil waarvan de uitkomst mede bepalend is voor de wijze waarop de onderhavige boedel tot een afwikkeling kan worden gebracht.

In de hoofdzaak is pleidooi voorzien d.d. dinsdag 09 juni 2015. In het incident is pleidooi voorzien d.d. 18 mei 2015.

Er heeft een getuigenverhoor plaats gevonden op een enkele deelvraag te weten wetenschap rond de inhoud van de ovens. Voor het overige is de (afwijzende) beslissing op het verzoek gelijk aan de eerdere beslissingen rond de exhibitieplicht. Dit getuigenverhoor heeft plaats gevonden dd 20 januari 2015 en zal verder in het pleidooi in de hoofdzaak worden betrokken.

Nogmaals zal verder hangende de procedure in het verslag niet inhoudelijk daarop worden vooruitgelopen.

Zoals hiervoor reeds geduid is de Rechtbank Amsterdam gekomen tot een eindoordeel in de bodemzaak. Voor zover ten aanzien van de positie van de boedel thans van belang heeft de rechtbank overwogen: "*Anders dan Glencore heeft betoogd is de rechtbank echter van oordeel dat Glencore haar separatistenpositie vanaf 11 september 2012 definitief heeft verloren en dat de bevoegdheid tot verkoop van het aluminium daarna definitief en exclusief in handen van de curatoren is.*".

De rechtbank heeft tevens geoordeeld dat curatoren geen misbruik van recht kan worden verweten met betrekking tot de termijnstelling, opeising en de verkoop noch dat curatoren overigens onrechtmatig hebben gehandeld. Curatoren zijn thans doende met het verder in kaart brengen van het aluminium als aanwezig in voorbereiding op verkoop daarvan. Daartoe worden ook alle betrokken procespartijen door curatoren gehoord.

Inmiddels zijn zowel Glencore alsook Nationale Borg en Zeeland Seaports in appel gekomen. Voor verdere lezing van de uitspraak van de rechtbank wordt verwezen naar die uitspraak van 15 juli 2015 onder kenmerk HA ZA 12-1524. Omwille van het debat in appel wordt nu niet verder op de zaak ingegaan.

6.4 <u>Afwikkeling Separatistenpositie.</u>
In een volgend boedelverslag zal nader inzicht worden gegeven in de afwikkeling van de separatistenposities.

De posities van Nationale Borg en Zeeland Seaports zijn betrokken in de verkoop van het erfpachtrecht en opstalrecht als voorzien in de overeenkomst van 11 juni. Daarbij heeft te gelden dat de vordering door ZSP bij benadering werd begroot op 17,5 miljoen euro maar