

arrest

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer: 200.132.448/01

Faillissementsnummers Rechtbank Amsterdam: 12/813 F en 12/814 F

Zaaknummer Gerechtshof Amsterdam: 200.116.981/01

Zaaknummer Hoge Raad: 13/00027

arrest van 2 oktober 2013

inzake

1. Jemnice B.V.,
2. En Sof Property Fund I B.V.,
beide vennootschappen gevestigd te Amsterdam,
appellanten,
hierna te noemen: Jemnice en En Sof, tezamen: Jemnice c.s.,
advocaten: dr. mr. G.C. van Daal en mr. L. Lagumdžija (Amsterdam),

tegen

European Real Estate Debt S.A.R.L.,
gevestigd te Luxemburg,
geïntimeerde,
hierna te noemen: ERED,
advocaten: mr. E.C. Bos en R. Niesink (Amsterdam).

Het geding

De Rechtbank Amsterdam heeft Jemnice en En Sof bij afzonderlijke vonnissen van 14 november 2012 (ten aanzien van En Sof hersteld bij vonnis van 16 november 2012) in staat van faillissement verklaard met benoeming van mr. M.L.D. Akkaya tot rechter-commissaris en met aanstelling van mr. J.R. Berkenbosch, advocaat te Amsterdam, als curator. Van deze vonnissen zijn Jemnice c.s. in beroep gekomen. Het Gerechtshof Amsterdam heeft bij arrest van 20 november 2012 de vonnissen van de rechtbank bekrachtigd. Tegen dit arrest hebben Jemnice c.s. beroep in cassatie ingesteld. De Hoge Raad heeft bij arrest van 12 juli 2013 het arrest van het Gerechtshof Amsterdam vernietigd en het geding verwezen naar dit hof.

Bij een 'verzoekschrift tot voortzetting van hoger beroep na verwijzing in cassatie', ingekomen ter griffie van dit hof op 23 augustus 2013, hebben Jemnice c.s. verzocht de voornoemde vonnissen van de Rechtbank Amsterdam te vernietigen, de faillissementskosten (waaronder het salaris van de curator) vast te stellen en ERED te veroordelen tot betaling van deze kosten alsmede de kosten van het geding na verwijzing. Op 27 en 28 augustus 2013 zijn de stukken uit de eerdere instanties aan het hof toegezonden. Bij brieven van 9, 13 en 15 september 2013 zijn oproepingsexploiten en enkele nadere producties overgelegd. De curator heeft op 13 september 2013 zijn reactie op het verzoekschrift en een opgave van de

Zaaknummer: 200.132.448/01

2

faillissementskosten aan het hof toegezonden. ERED heeft op 15 september 2013 een verweerschrift ingediend.

De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 17 september 2013. Daarbij zijn verschenen: mrs. G.C. van Daal en C.R. Zijderveld namens Jemnice c.s.; mrs. E.C. Bos en R. Niesink namens ERED, vergezeld door de heer A. Vervoort en de heer P. Mooren; mr. J.H.B. Crucq namens de door het Gerechtshof Amsterdam toegelaten belanghebbenden, en de curator. Mrs. Daal, Zijderveld en Bos en de curator hebben het woord gevoerd aan de hand van door hen aan het hof overgelegde notities.

Beoordeling van het hoger beroep

1. Jemnice en En Sof zijn door de rechtbank failliet verklaard. Aanvrager was ERED, die een vordering op hen heeft. De faillietverklaringen zijn in hoger beroep in stand gelaten, doch het arrest waarbij dit gebeurde is in cassatie vernietigd omdat daarin ten onrechte het bestaan van steunvorderingen was aangenomen. Na verwijzing door de Hoge Raad is het aan dit hof om te beoordelen of Jemnice c.s. in een toestand verkeren van te hebben opgehouden te betalen.

2. Voor het aannemen van die toestand is een eerste vereiste dat er naast de vordering van de aanvrager nog een andere vordering bestaat. Die andere vordering hoeft niet opeisbaar te zijn, maar als het gaat om een achtergestelde vordering, die pas bij liquidatie hoeft te worden voldaan, kan het onbetaald laten daarvan slechts onder bijzondere omstandigheden bijdragen aan het oordeel dat sprake is van een faillissementstoestand. De reden hiervan is (i) dat de debiteur van de achtergestelde vordering, behalve bij liquidatie, niet tot betaling gehouden is, waardoor het onbetaald laten niets zegt over zijn betalingsgedrag en (ii) dat de achtergestelde vordering geen effect heeft op de verhaalspositie van de aanvrager ten opzichte van de schuldenaar; zolang de opeisbare vordering van de aanvrager niet geheel is voldaan, blijft betaling op de achtergestelde vordering achterwege.

3. De bevinding van de curator is dat in de onderhavige zaak sprake is van één crediteur, te weten ERED, en daarnaast een aandeelhouder, El Khoury, met een achtergestelde vordering.

4. Voor zover het standpunt van ERED is dat de achtergestelde vordering dat predicaat niet verdient omdat het in wezen om een verzameling concurrente vorderingen gaat, heeft zij daaraan onvoldoende onderbouwing gegeven. Het mag dan zo zijn dat El Khoury, houder van de aandelen in Jemnice en via Jemnice van die in En Sof, vorderingen op deze vennootschappen betaalt en/of overneemt en voor zichzelf genoeg neemt met een achterstelling, een en ander met als doel ervoor te zorgen dat er niet meer dan één 'echte' crediteur onbetaald blijft; op zichzelf genomen wordt de achterstelling hierdoor niet ongeldig. Evenmin vormt dit een bijzondere omstandigheid die maakt dat de achtergestelde vordering wel bijdraagt aan het oordeel dat sprake is van een faillissementstoestand (vgl. de conclusie AG bij HR 14 november 2008, LJN: BF3944).

5. De overige door ERED aangevoerde omstandigheden - waarvan de meeste in de cassatiefase reeds vaststonden; vgl. het verzoek in oktober 2012 door Jemnice c.s. tot het verlenen van redressement judiciaire, het redressement judiciaire dat aan CPI is verleend, het gedurende langere tijd onbetaald laten van de vordering van ERED, de afwezigheid van inkomsten, activa en liquide middelen - zijn evenmin van dien aard dat, hoewel er naast de (in hoogte betwiste) vordering van de aanvrager slechts sprake is van een achtergestelde schuld die pas bij liquidatie hoeft te worden voldaan, geoordeeld moet worden dat Jemnice

Zaaknummer: 200.132.448/01

3

c.s. verkeren in een toestand van te hebben opgehouden te betalen. Dat de administratie van Jemnice c.s. niet op orde is en vragen oproept is daartoe evenmin voldoende en hetzelfde geldt voor de door ERED gestelde omstandigheid dat zij zonder de faillissementen haar zekerheden, waaronder de persoonlijke borgstelling door El Houry, niet kan uitwinnen. Indien ERED daardoor met een (deels) onbetaalde vordering blijft zitten, verschilt die situatie niet wezenlijk van die waarin een willekeurige andere schuldeiser een poging om een faillissement te bewerkstelligen wegens het ontbreken van een deugdelijke steunvordering ziet stranden. Overigens hebben Jemnice c.s. gemotiveerd betwist dat ERED gefrustreerd wordt in het op de overeengekomen wijze uitwinnen van haar zekerheden en is de juistheid van de betreffende stelling van ERED niet aannemelijk geworden. Ook staat niet vast dat er bij opheffing van de faillissementen op korte termijn weer nieuwe faillissementsaanvragen liggen. Bovendien rechtvaardigt dat niet de instandhouding van een faillissement zonder faillissementstoestand. Dat El Houry niet tevens de vordering van ERED voldoet geeft evenmin aanleiding tot een ander oordeel.

6. De conclusie na het voorgaande is dat de uitgesproken faillissementen dienen te worden vernietigd en dat de verzoeken tot faillietverklaring alsnog dienen te worden afgewezen.

7. Tegen het door de curator - voorafgaande aan de mondelinge behandeling na verwijzing - overgelegde overzicht van de faillissementskosten, inclusief het salaris, is door partijen geen bezwaar gemaakt. Voor het ambtshalve vaststellen van een afwijkend bedrag van de kosten en het salaris bestaat geen goede grond.

Hoewel de faillissementen worden vernietigd zal een deel van de kosten voor rekening van Jemnice c.s. worden gebracht. Daar bestaat onder meer aanleiding toe omdat Jemnice c.s., door de rentevordering van ERED onbetaald te laten en in Frankrijk redressement judiciaire aan te vragen, de onderhavige faillissementsaanvragen in zekere zin over zich hebben afgeroepen. Anderzijds heeft ERED het risico genomen dat de door haar aangevraagde faillissementen wegens het ontbreken van behoorlijke steunvorderingen geen stand zouden houden. Het grootste deel van de kosten wordt daarom voor rekening ERED gelaten. De proceskosten worden voor het overige gecompenseerd in die zin dat elke partij de eigen kosten dient te dragen.

Beslissing

Het hof:

- vernietigt de vonnissen van de Rechtbank Amsterdam van 14 en 16 november 2012,

en opnieuw rechtdoende:

- wijst het verzoek tot faillietverklaring ten aanzien van Jemnice c.s. af,

- stelt het bedrag van de faillissementskosten en het salaris van de curator vast op € 636.516,07 inclusief BTW en brengt dit bedrag, alsmede de nog nader te maken publicatiekosten voor zover niet in vermeld bedrag begrepen, ten laste van ERED, op een bedrag van € 75.000,- na, welk laatste bedrag ten laste van Jemnice c.s. wordt gebracht, een en ander met veroordeling van ERED en Jemnice c.s. om deze bedragen te voldoen,

- compenseert de (overige) kosten van de procedure, aldus dat elke partij de eigen kosten

Zaaknummer: 200.132.448/01

4

draagt,

- bepaalt dat de griffier van dit hof onverwijld kennis geeft van deze uitspraak aan de griffier van de Rechtbank Amsterdam.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.M. van der Klooster, A.A. Rijperman en R. van der Vlist en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 2 oktober 2013 in aanwezigheid van de griffier.

A handwritten signature or mark, possibly a stylized 'A' or 'R', with a horizontal line extending to the right.