

Burgerlijke zaken over 2022

Beschikking no.:

Registratienummers: CUR202102360 en CUR202103782 - CUR2022H00366

Uitspraak: 6 mei 2022

GEMEENSCHAPPELIJK HOF VAN JUSTITIE

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

V O N N I S

in de zaak van:

de stichting **STICHTING BELANGENBEHARTIGING GEDUPEERDEN ONLINE KANSSPELEN**,

gevestigd in Curaçao,

oorspronkelijk verzoekster, geopposeerde in verzet,

thans appellante,

hierna te noemen: de stichting,

gemachtigde: mr. R.E.F.A. Bijkerk,

tegen

de naamloze vennootschap **1XCORP N.V.**,

gevestigd in Curaçao,

oorspronkelijk verweerster, opposante in verzet,

thans geïntimeerde,

hierna te noemen: 1XCorp,

gemachtigde: mr. A.C. Small.

1. Het verloop van de procedure

1.1 Bij akte van hoger beroep, tevens memorie van grieven, met producties, ingediend ter griffie op 10 december 2021, is de stichting in hoger beroep gekomen van het tussen partijen gewezen en op 3 december 2021 uitgesproken vonnis van het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao (verder: het Gerecht).

1.2 De stichting heeft geconcludeerd dat het Hof het bestreden vonnis zal vernietigen met als gevolg dat het (verstek)vonnis van 17 en het herstellvonnis van 18 november 2021 herleeft, subsidiair dat het Hof het vonnis zal vernietigen en 1XCorp alsnog in staat van faillissement zal verklaren, met benoeming van mr. A. de Winter als curator, kosten rechtens.

1.3 De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 28 april 2022. Voorafgaand aan de zitting zijn door beide partijen producties toegestuurd. Ter zitting is mr. Bijkerk verschenen namens de stichting. Aan de zijde van 1XCorp is mr. Small verschenen, evenals de heer R. De Mei, directeur van Capital Trust N.V. in zijn hoedanigheid als proxyholder van 1XCorp. De gemachtigden hebben het woord gevoerd, mede aan de hand van door hen overgelegde pleitnotities. Mr. Small heeft ter zitting nadere producties ingediend.

1.4 Het vonnis is -bij vervroeging- bepaald op vandaag.

2. De beoordeling

2.1 In eerste aanleg heeft de stichting het faillissement aangevraagd van 1XCorp. Bij verstekvonnis van 17 november 2021 (hersteld op 18 november 2021) is 1XCorp failliet verklaard. 1XCorp heeft verzet aangetekend tegen het verstekvonnis. Bij vonnis (in verzet) van 3 december 2021 heeft het Gerecht het verzet gegrond verklaard en het vonnis van 17 november 2021 (hersteld op 18 november 2021) vernietigd.

2.2 Het Gerecht heeft in het vonnis allereerst beoordeeld of, zoals door 1XCorp was aangevoerd, de stichting misbruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid door het faillissement van 1XCorp aan te vragen. Het Gerecht heeft die vraag bevestigend beantwoord en daartoe, kort samengevat, overwogen dat de gemachtigde van de stichting ter zitting expliciet heeft gesteld dat er geen verhaalsmogelijkheden zijn. De stichting heeft gelet daarop naar het oordeel van het Gerecht een faillissementsaanvraag ingediend in de wetenschap dat het faillissement geen enkel positief gevolg voor de vermoedelijke schuldeisers zal hebben en daarmee misbruik gemaakt van haar bevoegdheid. Daarnaast heeft het Gerecht overwogen dat de stichting stelt dat een aantal crediteuren hun vorderingen heeft overgedragen aan de stichting middels cessie, zonder de akten van cessie in het geding te brengen. Nu 1XCorp de rechtsgeldigheid van de cessies betwist, is niet komen vast te staan dat de stichting als rechthebbende op die vorderingen crediteur is (geworden) van 1XCorp. Ook dat vormt naar het oordeel van het Gerecht een zelfstandige grond voor gegrondverklaring van het verzet en afwijzing van het faillissementsverzoek.

2.3 Tegen deze beslissing komt de stichting in hoger beroep op. De stichting betoogt dat zij niet heeft gesteld of heeft willen stellen dat er in het geheel geen verhaalsmogelijkheden zijn, maar (enkel) dat deze er in Curaçao niet zijn, onder andere omdat online casino's geen lokale bankrekening of andere vermogensbestanddelen hebben. Er zijn wel verhaalsobjecten, maar deze bevinden zich niet in Curaçao. Van misbruik van recht is daarom geen sprake. Het faillissement is aangevraagd met als doel verhaal van de vorderingen te verkrijgen. De curator heeft meer mogelijkheden om achter de vermogensbestanddelen aan te gaan dan een (individuele) crediteur. De stichting stelt verder dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat niet is komen vast te staan dat de stichting crediteur is van 1XCorp. Al in een eerder stadium, in september 2019, is 1XCorp aangeschreven ter zake van in totaal 17 vorderingen van spelers, waarbij ook is aangegeven dat de vorderingen zijn overgedragen en waarbij de onderliggende stukken zijn gevoegd, waaronder de akten van cessie. Daarna is nog een vordering overgenomen van een speler (Sagi Ezra), waarbij ook in dat geval alle van belang zijnde stukken bij de sommatiebrief zijn gevoegd. Alle vorderingen zijn daarom rechtsgeldig overgedragen. 1XCorp, die bekend is met de spelers, heeft met uitzondering van de speler Sagi Ezra nimmer gereageerd op enige correspondentie van de stichting. Pas een dag voor de behandeling van de verzetzaak is 1XCorp summier ingegaan op de vorderingen. De faillissementsaanvraag voldoet aan het doel van een faillissement, namelijk het verwezenlijken van een gemeenschappelijk verhaal op het vermogen van de schuldenaar en voldoet ook aan het vereiste van pluraliteit van schuldeisers. Dat 1XCorp kennelijk sommige schuldeisers (winnende spelers) wel betaalt, doet

daar niet aan af en is geen reden om het faillissement niet uit te spreken. Het totaal van de vorderingen waarvoor het faillissement wordt aangevraagd bedraagt per 28 april 2022 NAf 1.648.733,11. Daarnaast zijn er nog steunvorderingen, die niet dan wel niet gemotiveerd zijn betwist door 1XCorp.

2.4 1XCorp handhaaft haar standpunt dat het faillissement op valse gronden wordt uitgelokt en dat 1XCorp geen schulden onbetaald laat, zodat 1XCorp niet is komen te verkeren in een toestand te hebben opgehouden te betalen. Het Gerecht heeft daarom terecht vastgesteld dat met het indienen van de faillissementsaanvraag sprake is van misbruik van recht. Het faillissementsrecht mag niet worden ingezet om bedrijven waarvan de stichting vindt dat ze niet integer handelen te straffen. Het lag op de weg van de stichting om haar aantijgingen hard te maken en dat dient ex tunc te worden beoordeeld. In eerste instantie heeft de stichting de cessieakten niet overgelegd en dat kan de stichting niet achteraf herstellen. Zelfs indien de akten wel waren ingediend is volgens 1XCorp geen sprake van summierlijk gebleken vorderingen.

2.5 Het Gerecht heeft bij de beoordeling terecht tot uitgangspunt genomen dat ingevolge artikel 1 van de Faillissementsbesluit 1931 de faillietverklaring wordt uitgesproken, indien summierlijk blijkt van het bestaan van feiten en omstandigheden die aantonen dat de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen en, als een schuldeiser het verzoek doet, ook van het vorderingsrecht van deze. Van de hiervoor bedoelde feiten en omstandigheden blijkt in het algemeen indien sprake is van pluraliteit van schuldeisers terwijl ten minste één vordering opeisbaar is.

2.6 De vraag of de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen, dient te worden beoordeeld aan de hand van gegevens die gelden ten tijde van de door de rechter te geven beslissing. Er vindt daarom een toetsing 'ex nunc' plaats. Uitgangspunt in een geding tot faillietverklaring is immers dat de rechter zijn beslissing baseert op de toestand ten tijde van zijn uitspraak (vergelijk HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1058, en HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:98). Ook de vraag of is voldaan aan het vereiste dat de aanvrager van het faillissement een vordering op de schuldenaar heeft, dient de rechter te beantwoorden aan de hand van de toestand ten tijde van zijn uitspraak. Vorenstaand uitgangspunt geldt zowel voor de rechter die in eerste aanleg oordeelt over een aangifte of een verzoek tot faillietverklaring als voor de rechter die daarover oordeelt na aanwending van het rechtsmiddel van verzet dan wel hoger beroep (vergelijk HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1473).

2.7 Niet is gebleken dat 1XCorp niet over verhaalsmogelijkheden beschikt. Dat in Curaçao geen verhaalsmogelijkheden zijn is onvoldoende om de conclusie te rechtvaardigen dat het indienen van het faillissementsverzoek misbruik van recht oplevert. Dat laat immers onverlet dat, zoals ook gemotiveerd door de stichting is aangevoerd, buiten Curaçao wel verhaalsmogelijkheden zijn. Dit lijkt te worden bevestigd doordat 1XCorp zelf ter zitting uitdrukkelijk heeft verklaard dat (juist) sprake is van een lopende onderneming, waarbij de casino's gelden ontvangen van spelers en (voor zover aan de orde) uitkeren aan spelers. Op voorhand kan dan ook niet worden geconcludeerd dat het faillissement geen enkel positief gevolg voor de vermoedelijke schuldeisers zal hebben. De door de stichting tegen dit oordeel gerichte grief slaagt dus.

2.8 De door de stichting ingediende grief tegen het oordeel met betrekking tot de akten van cessie slaagt eveneens. De akten van cessie zijn in het kader van dit hoger beroep alsnog overgelegd. Daar komt bij dat de stichting onbetwist heeft gesteld dat 1XCorp al bijna twee jaar beschikt over deze akten en daar nimmer inhoudelijk op heeft gereageerd. Er is daarmee voldoende komen vast te staan dat de stichting crediteur is van 1XCorp, waarbij sprake is van verschillende vorderingen van verschillende spelers en niet zoals 1XCorp heeft betoogd van slechts één vordering. Op de sommaties naar aanleiding van deze vorderingen is door 1XCorp in eerste instantie in het geheel niet en later niet gemotiveerd en onderbouwd gereageerd, zodat summierlijk is gebleken van een vorderingsrecht in deze. Er is voldaan aan het pluraliteitsvereiste. Daarnaast is summierlijk gebleken van feiten en omstandigheden die aantonen dat 1XCorp is komen te verkeren in een toestand van te hebben opgehouden te betalen. Dat 1XCorp bepaalde (andere, winnende) spelers wel uitbetaalt, doet daar niet aan af.

2.9 De door de stichting op 28 april 2022 ingediende producties zijn niet bij de beoordeling betrokken, zodat het bezwaar van 1XCorp tegen het (late) indienen daarvan onbesproken kan blijven.

2.10 Het bestreden vonnis zal worden vernietigd en het verzoek tot faillietverklaring zal alsnog worden toegewezen, een en ander als in het dictum vermeld.

BESLISSING

Het Hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep;

en opnieuw rechtdoende:

verklaart de naamloze vennootschap **1XCORP N.V.** in staat van faillissement;

benoemt tot rechter-commissaris mr. O. Nijhuis, rechter in het Gerecht;

stelt mr. A.J. de Winter, advocaat te Curaçao, aan tot curator;

draagt de griffier van het Hof op de griffier van het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao kennis van deze uitspraak te geven.

Dit vonnis is gewezen door mrs. Th. G. Lautenbach, S.A. Carmelia, en C.E.M. Nootenboom-Lock, leden van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba en ter openbare terechtzitting van het Hof in Curaçao uitgesproken op 6 mei 2022 in tegenwoordigheid van de griffier.