

SPOED!

Rechtbank Midden-Nederland
Afdeling Insolventie
Postbus 16005
3500 DA UTRECHT

Per telefax: 030 – 223 32 98

Uw ref. : F.16/14/306
Onze ref. : 00013621
E-mail : jhagemans@vvhadvocaten.nl
Inzake : nadere motivering beroep inzake DPF Holding BV

Geachte heer, mevrouw,

In opgemaakte zaak zond ik u reeds op 12 februari 2015 het beroepschrift. In aanvulling hierop zend ik u ten behoeve van de behandeling van het beroepschrift op 9 maart 2015 om 10.00 uur onderstaande nadere motivering.

1. Het ingestelde beroep betreft de – afwijzende – beslissing van 9 februari 2015 van de rechter-commissaris in het faillissement van DPF Vastgoed Holding B.V. d.d. 8 april 2014. Het inleidende verzoek ex art. 69 Fw werd ingediend door Stichting Hypobli namens een meerderheid van de obligatiehouders als schuldeisers van de dochtervennootschappen van DPF Vastgoed Holding B.V.
2. De kern van de zaak is de wens van de obligatiehouders om de dochtervennootschappen op ordelijke wijze buiten faillissement af te wikkelen, teneinde de opbrengst van het vastgoed dat zich in de vennootschappen bevindt zo optimaal mogelijk te doen zijn.
3. De beslissing van de rechter-commissaris zou tot gevolg hebben dat de dochtervennootschappen in faillissement gebracht worden. Dat afwikkeling in faillissement bij verkoop van het vastgoed een substantieel lagere opbrengst oplevert is door de rechter-commissaris erkend en derhalve op zich niet bestreden. Dit is door lokale beheerders expliciet bevestigd en overigens ook een feit van algemene bekendheid.
4. Stichting Hypobli verwijst allereerst naar het inleidende verzoek, opgenomen in haar brief van 2 december 2014 (met bijlagen) aan de (toenmalige) rechter-commissaris in het faillissement van DPF Vastgoed Holding B.V. (**Productie 1**), die het verloop van de discussie goed weergeeft. De inhoud zal hier niet herhaald worden.

Voorts brengt Stichting Hypobli hierbij de volgende documenten in het geding:

Productie 2: bericht curator 5 februari 2015

Productie 3: e-mail Stichting Hypobli aan r-c d.d. 9 februari 2015

Productie 4: brief Stichting Hypobli aan curator d.d. 9 februari 2015

Productie 5: beschikking rechter-commissaris d.d. 9 februari 2015

Productie 6: verslagen curator DPF Vastgoed Holding B.V.

5. De situatie rond het vastgoed in Duitsland, waarvan de DPF fondsen eigenaar zijn, is nijpend. Sinds faillissementsdatum, te weten 8 april 2014, heeft de curator niets gedaan om het vastgoed te (doen) beheren, huren te incasseren, huurovereenkomsten te sluiten, onderhoud te plegen etc. Kortom, het beheer van het vastgoed van de dochtervennootschappen van de failliet is volstrekt verwaarloosd. Dit heeft onder meer geleid tot aanzienlijke achterstanden bij incasso van huren, onderhoud en betalingen aan leveranciers, zoals gas- en waterbedrijven. De curator is in ieder geval al sinds 15 april 2014 op de hoogte van deze problematiek.
6. De noodzaak van een ordelijke afwikkeling van het actief staat vast. Een vergelijking met de situatie in het faillissement van Roger Lips (**Productie 7**) is hier op zijn plaats. In dat geval was een ordelijke afwikkeling - terecht - de uitdrukkelijke wens van de curatoren omdat op deze wijze een maximale opbrengst van het in de vennootschappen gehouden vastgoed kon worden gerealiseerd. Door het weigeren van medewerking door de failliet zelf is dat onmogelijk gebleken en hebben curatoren kennelijk en tegen de oorspronkelijke wens in, moeten besluiten de dochtervennootschappen in faillissement te brengen.

In het geval van DPF Vastgoed Holding heeft Stichting Hypobli voor de door de crediteuren gewenste ordelijke afwikkeling diverse werkbare voorstellen gedaan, die echter alle zonder goede redenen werden afgewezen. De oplossingen zijn aan de curator op een presenteerblaadje aangereikt, doch hij heeft gemeend deze naast zich neer te moeten leggen. Dit is voor de obligatiehouders, als verreweg de belangrijkste groep crediteuren, onverteerbaar en aanleiding geweest om tot indiening van het verzoek ex. artikel 69 FW over te gaan. Er is, anders dan bij Lips, geen enkele reden om het actief van de dochtervennootschappen niet op optimale manier af te wikkelen.

7. Omdat de curator niet wilde ingaan op de voorstellen van Stichting Hypobli en ook zelf ook geen enkele maatregel tot behoud of beheer trof, heeft Stichting Hypobli zich uiteindelijk op 2 december 2014 – 8 maanden na faillissementsdatum – tot de rechter-commissaris gewend met een verzoek ex artikel 69 Fw. Het verzoek houdt in dat de rechter-commissaris het er toe leidt dat de curator het aanbod van Stichting Hypobli om de aandelen van de dochtervennootschappen van de failliet over te nemen, aanvaardt ofwel op andere wijze zorg draagt voor een doorbreking van de patstelling.



8. Het verzoek is ter sprake geweest tijdens een bespreking op 30 januari 2015 in het bijzijn van onder meer de rechter-commissaris, de curator, de heer Lantsheer namens Stichting Hypobli en mr Ph.H. van Goethem namens de stichtingen hypotheekhouder, die het behartigen van de belangen van de obligatiehouders tevens tot taak hebben het houden van de hypotheken op het vastgoed en als zodanig met de DPF fondsen verbonden zijn. Ook de Officier van Justitie, belast met de vervolging van de heer Jacobs en diverse bestuurders van de DPF vennootschappen, heeft de bespreking bijgewoond. In de bespreking zijn door Stichting Hypobli diverse voorstellen gedaan, zulks in de geest van het voorstel dat is opgenomen in de brief van 2 december 2014. Vervolgens heeft de rechter-commissaris zijn hier bestreden beslissing gegeven.

VOORSTEL STICHTING HYPOBLI

9. Stichting Hypobli heeft aangeboden de aandelen van de dochtervennootschappen over te nemen of door een daartoe op te richten stichting te doen overnemen. Als alternatief zou kunnen worden overwogen het onderliggende vastgoed tezamen met de daarop rustende financiering aan een daartoe op te richten stichting over te dragen. Op die wijze kan het beheer van het vastgoed door deskundige bestuurders worden uitgevoerd.
10. De curator heeft de taak het vermogen van de failliet af te wikkelen. Hij dient daartoe onder meer het actief van de boedel te gelde te maken. Tot het actief van de boedel behoren de aandelen in de dochtervennootschappen. Het vastgoed is weer eigendom van een van de dochtervennootschappen.
11. De curator heeft primair tot taak de in de boedel aanwezige aandelen van de dochtervennootschappen zo goed mogelijk te verkopen. Daar deze aandelen geen enkele waarde vertegenwoordigen, zoals hierna zal worden uitgelegd, zou een dergelijke verkoop betrekkelijk eenvoudig kunnen plaatsvinden. Daarbij is niet van belang dat zich mogelijk vastgoed met enige waarde in die dochtervennootschappen bevindt, daar simpelweg inzichtelijk kan worden gemaakt dat de waarde van het vastgoed de daaraan verbonden hypothecaire schulden van die dochtervennootschappen niet zal overtreffen.
12. De voorstellen van Stichting Hypobli om de aandelen van de dochtervennootschappen over te nemen, bevatten daarnaast het aanbod om bij een onverhoopt positief eigen vermogen van die dochtervennootschappen, dat positieve eigen vermogen aan de boedel uit te keren. Ook om die reden kan er geen beletsel zijn de aandelen over te dragen.
13. Een belangrijke reden om de aandelen uit de boedel te halen ligt in het voorkomen dat de uiteindelijke aandeelhouders, de heer J.S. Jacobs en mevrouw J. Brink, alsnog controle over de DPF vennootschappen verwerven. Door het aanbieden van een akkoord of het voldoen van de vorderingen van de schuldeisers behoort dit tot de mogelijkheden.



BESLISSING RECHTER-COMMISSARIS

14. De beslissing van de rechter-commissaris d.d. 9 februari 2015 (**Productie 5**) is op meerdere punten onvoldoende of onjuist gemotiveerd. Tevens worden onjuiste of twijfelachtige uitgangspunten gehanteerd, waaruit vervolgens onjuiste conclusies getrokken worden. De beslissing wordt hierna besproken.
15. Uit het organigram bij het stappenplan, bijlage bij het Stappenplan, Productie 1 hierbij, is af te leiden dat zowel de vastgoed vennootschappen als de vennootschappen die de obligaties aan de beleggers hebben uitgegeven, indirect door de failliet gehouden worden. Tussen die vennootschappen bestaan leningen, met als resultaat dat de uitgevende instellingen een vordering hebben op de vastgoedvennootschappen. De waarde van het vastgoed is ten gevolge van frauduleuze handelingen lager dan de door de beleggers ter beschikking gestelde gelden. De conclusie is dus onontkoombaar dat de aandelen die DPF Vastgoed Holding B.V. houdt in haar dochtervennootschappen houdt, niets waard zijn. De vorderingen van de obligatiehouders zijn immers minstens zo hoog als de waarde van het vastgoed.
16. Het uitgangspunt van de rechter-commissaris dat een deugdelijke inschatting van de waarde van de aandelen niet eenvoudig te maken is vanwege het gebrek aan informatie en de strafrechtelijke verdenkingen jegens Jacobs als initiator van het DPF fonds, kan geen stand houden. Weliswaar is het niet mogelijk de exacte waarde vast te stellen, maar dat is ook niet relevant. Uit het uitgebreide onderzoek dat door de FIOD is verricht, en dat ook voor de rechter commissaris en de curator inzichtelijk is, blijkt dat van enig vermogen geen sprake kan zijn. Van waarde voor de boedel van DPF Vastgoed Holding is dus geen sprake.
17. Dat voor de curator onduidelijk zou zijn of de boedel belang heeft bij de afwikkeling of het beheer van het vastgoed is dus onjuist. De curator heeft daarbij geen belang, anders dan te voorzien in voldoening van zijn eigen kosten. Daar op rekening van DPF Vastgoed Holding een groot - van de obligatiehouders afkomstig - geldbedrag staat (EUR 216.000), heeft ook dat argument geen waarde. Daarnaast dient te gelden dat de curator na 8 maanden had moeten weten of hij belang heeft bij afwikkeling of beheer van het vastgoed. De tijd is verstreken dat hij zich op onduidelijkheid op dat punt nog kan beroepen.
18. De rechter-commissaris overweegt gezien het bovenstaande derhalve ten onrechte dat de curator terecht heeft afgezien van de verkoop van de aandelen van de dochtervennootschappen.



19. Voorts overweegt de rechter-commissaris dat een door de obligatiehouders aangewezen bestuurder niet tot de mogelijkheden behoort, zolang onvoldoende vaststaat dat zij de enige belanghebbenden bij het vermogen van de dochtermaatschappijen zijn. Een bestuurder dient zich te richten naar het belang van de vennootschap. Dat hij door de belangrijkste groep crediteuren is aangewezen, maakt daarin geen verschil. Bestuurders worden door de aandeelhouder aangesteld; ook die aandeelhouder heeft een ander belang dan de gewone crediteuren van de vennootschap. Dat is geen reden om de verantwoordelijkheid voor het bestuur, in dit geval het hoogstnoodzakelijke beheer van het vastgoed, niet over te laten aan door de obligatiehouders aangezochte bestuurders.
20. Daarbij komt dat het bestuur zowel door een Raad van Advies van Stichting Hypobli als door de bestuurders van de stichtingen hypotheekhouder gecontroleerd wordt. Er is dus geen enkele reden te twifelen aan een deskundige en prudente afwikkeling van het vastgoed en de vennootschappen.
21. Tijdens de bespreking van 30 januari 2015 heeft de heer Lantsheer namens Stichting Hypobli bovendien aangeboden aan de curator volledig inzicht te willen geven in het gevoerde beleid en de administratie van de dochtervennootschappen.
22. De rechter-commissaris overweegt voorts dat het voordeel van afwikkeling van de dochtervennootschappen in faillissement dat zekerheid kan worden verkregen over de (positie van) de schuldeisers, opweegt tegen het nadeel van een faillissement voor de waarde van het vastgoed. De uitkomst van deze afweging van de curator is een onjuiste.
23. Vooraleerst moet worden opgemerkt dat ondanks de vele publicaties over de door Jacobs vermeend gepleegde fraude, er gedurende de afgelopen maanden niet of nauwelijks nieuwe schuldeisers bij de curator hebben gemeld. Evenmin is er sprake van faillissementsaanvragen door derden. Dit is ook verklaarbaar nu de DPF beleggingsfondsen als zogenaamde "stand-alone" structuren zijn opgezet, waarbij de betreffende vennootschappen enkel en alleen zijn opgericht om het vastgoed te verwerven en te verhuren. De facto is sprake van een passieve belegging, waarbij als uitgangspunt heeft te gelden dat de aan te kopen objecten zichzelf tegen beperkte kosten kunnen bedruipen. Om deze reden is de kans klein dat zich nog nieuwe schuldeisers zullen melden.
24. In zijn afweging plaatst de rechter commissaris de uiterst onzekere toekomstige omstandigheid, bestaande uit het mogelijkwijs onbekend zijn met andere schuldeisers dan de obligatiehouders, tegen over de zekere en door de rechter commissaris erkende waardedaling van het onderliggende vastgoed in geval van faillissement. In de visie van Stichting Hypobli dient het voorkomen van de zekere waardedaling als gevolg van een faillissement voorshands te prevaleren boven de belangen van thans nog onbekende, en zeer waarschijnlijk niet bestaande, andere schuldeisers.



25. Het is in het belang van alle crediteuren dat aan het vastgoed de maximale waarde kan worden toegekend. Dat vergt in dit geval een periode van zeker 6-12 maanden intensief vastgoedbeheer. Vervolgens dient de opbrengst ten goede te komen aan de schuldeisers. Er is geen enkele reden aan te nemen dat de belangen van de schuldeisers buiten faillissement onvoldoende behartigd zouden worden. Sterker nog, de curator heeft zich de afgelopen negen maanden niets aan het vastgoedbeheer gelegen laten liggen, zodat vaststaat dat afwikkeling in faillissement voor de crediteuren niet noodzakelijkerwijs de beste oplossing is. De faillissementsverslagen (**Productie 6**) gaan volstrekt niet in op de problematiek bij de dochtervennootschappen, terwijl die toch al vanaf april 2014 bij de curator bekend is. Mochten bepaalde schuldeisers niettemin menen dat zij bij afwikkeling buiten faillissement tekort gedaan worden, dan bestaan er uitgebreide mogelijkheden om in rechte hun belangen te beschermen. Ook het alsnog aanvragen van het faillissement behoort daartoe.
26. Ook rijst de vraag in hoeverre de curator bevoegd is het faillissement van de dochtervennootschappen aan te vragen. Uitgangspunt binnen het faillissementsrecht is immers dat de curator slechts bevoegd is het beheer te voeren over het vermogen van de failliet. Aangezien de aandelen - als vermogensrechten – binnen de boedel van de failliet vallen komt de curator de bevoegdheid toe deze aandelen te verkopen en zo het belang van de boedel te dienen. Of de curator ook de aan de aandelen verbonden (organisatierechtelijke) rechten mag uitoefenen staat niet vast.
27. Wel heeft het Gerechtshof Arnhem zich op 23 maart 2012 (JOR 2012/203) uitgelaten over de vraag of een curator bevoegd is het faillissement van een dochtervennootschap aan te (laten) vragen. Het Hof beslist in deze uitspraak dat de curator van de moedervernootschap hier niet toe gerechtigd is. Het uitoefenen van de bestuurstaak kan naar algemeen wordt aangenomen niet tot het beheer van het vermogen van de moedervernootschap worden gerekend. Wel heeft de curator de bevoegdheid om de organisatierechtelijke rechten op de aandelen uit te oefenen, waardoor hij het bestuur van de vennootschap opdracht kan geven het faillissement aan te vragen, althans zo wordt verondersteld.
28. Ook bij deze mogelijkheid zijn er echter een aantal voorwaarden waar aan voldaan moet zijn en belangen die gediend moeten worden. Allereerst moet er sprake zijn van een toestand waarin de dochtervennootschap is opgehouden te betalen. Voorts dient bij het besturen van de dochtervennootschap het belang van deze dochter gediend worden. Het belang van de moedervernootschap zou hierin niet leidend mogen zijn. Bovendien geldt nog altijd de eis aan de curator dat zijn handelen de waarde van de aandelen moet bevorderen ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de moedervernootschap. Over het algemeen zijn de aandelen van de dochtervennootschap in geval van een faillissement niets waard. Het vermogensbelang van de boedel in het faillissement van de moedervernootschap kan derhalve in beginsel niet gebaat zijn bij een dergelijk besluit van de curator.



29. Zeker in het geval van DPF Vastgoed Holding is een dergelijk besluit onbegrijpelijk. Zoals reeds uitvoerig uiteengezet is het aanvragen van het faillissement noch in het belang van (de schuldeisers van) de dochtervennootschap, noch is de boedel in het faillissement van de moedervennootschap bij een faillissement gebaat. Het door Stichting Hypobli geboden alternatief is zowel in het belang van (de schuldeisers van) de dochtervennootschap, als ook in het belang van de boedel in het faillissement van de moedervennootschap.

REDENEN WAAROM:

eiseres zich wendt tot uw rechtbank met het verzoek dat het uw rechtbank behage om bij beschikking, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, te vernietigen de bestreden beslissing van de rechter-commissaris d.d. 9 februari 2015, en opnieuw recht doende de curator op te dragen niet over te gaan tot het indienen van een verzoek tot faillietverklaring van de dochtervennootschappen van DPF Vastgoed Holding B.V., dan wel een reeds ingediend verzoek in te trekken.

Amsterdam, 6 maart 2015



Advocaat

