



Repertoriumnummer 2019/
Datum van uitspraak 17 juni 2019
Rolnummer 2016/AR/2056

D Niet aan te bieden aan de
ontvanger

VERVROEGDE UITSPRAAK VAN
24/06/2019

Hof van beroep Gent

Aangeboden op

Arrest

Niet te registreren

zevende kamer

2016/AR/2056 - In de zaak van:

Mevrouw I.S. , [RRN], wonende te [adres], België,
appellante,

met als raadslieden mr. , advocaat te 3000 Leuven, [adres] en mr. , advocaat te 1000 Brussel, [adres],

tegen:

De heer W.V., advocaat, met kantoor te [adres], **in zijn hoedanigheid van curator van het faillissement van R.H. b.v.**, met maatschappelijke zetel te [adres], hiertoe aangewezen bij vonnis van 7 mei 2013 van de rechtbank te Maastricht,
geïntimeerde q.q., hierna "de curator",
met als raadsman mr. , advocaat te 3600 Genk, [adres],

wijst het hof het volgend arrest:

1. DE RECHTSPLEGING IN HOGERBEROEP

1. Het hoger beroep bij verzoekschrift van 29 november 2016 werd ingesteld tegen:
 - het vonnis van 28 november 2014 van de tweede kamer van de rechtbank van eerste aanleg West-Vlaanderen, afdeling Brugge met AR-nummer 14/1458/A, en
 - het vonnis van 13 juli 2016 van de achtste kamer van de rechtbank van koophandel Gent, afdeling Brugge met AR-nummer A/14/02109.
2. Het hof heeft artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken in acht genomen.
3. De procedure verliep op tegenspraak. Partijen werden gehoord op de openbare zitting van 3 juni 2019. Het hof nam kennis van de overtuigings- en procedurestukken.

2. DE FEITEN EN DE VOORAFGAANDE RECHTSPLEGING

4. Op 4 december 2001 richtte I.S. de besloten vennootschap R.H. op te Sittard. Het maatschappelijk doel was hoofdzakelijk het deelnemen in, het voeren van beheer over en het financieren van andere ondernemingen.¹

Naast aandeelhouder en directeur van R.H. was I.S. ook aandeelhouder van de volgende besloten vennootschappen te Nederland:

- FHCH²
- FHCG³.

5. In de balans van R.H. per 31 december 2011 werd melding gemaakt van een "vordering op aandeelhouder" van 1.386.023 euro. Uit de toelichting op de balans bleek dat het een rekening-courant-schuld van I.S. betrof. Het volgende werd vermeld:

"De mutatie tussen 2011 en 2010 kan door de belastingdienst worden aangemerkt als een dividenduitkeringen [sic] en derhalve kan er een belastingclaim op de mutatie worden opgelegd."

Uit dezelfde toelichting bleek dat R.H. twee geldleningen verstrekke aan I.S. ter financiering van haar woonhuizen in Geleen en België (overige vorderingen), namelijk:

- lening u/g I.M.R. S.I. 100.000 euro
- lening u/g I.M.R. S.I van 125.000 euro.

Over de aflossing van deze leningen was niets overeengekomen.⁴

6. In de loop van 2012 schreef de (Nederlandse) Belastingdienst bij herhaling de accountant van R.H. aan.

Zo wenste de Belastingdienst specificaties over het verloop van de vorderingen op de aandeelhouder. Zij wenste ook te weten of er concrete maatregelen genomen waren tot aflossing, dan wel of er inmiddels dividenduitkeringen plaatsvonden ter aflossing.

Zo ook deelde de Belastingdienst mee dat een verdere toename van de rekening-courant niet geaccepteerd zou worden. Zij was voornemens een naheffing dividendbelasting op te leggen aan R.H. van 15% en een verzuimboete.

¹ Stuk 7.b I.S. .

² Stuk 8 I.S. .

³ Stukken 9a-9o I.S. .

⁴ Stuk 2 curator en stuk 7.e I.S. .

Zo nam de Belastingdienst tot slot de toename van de rekening-courantschuld aan als inkomen uit aanmerkelijk belang in de aangifte inkomstenbelasting 2010 en 2011 van I.S. . Voor 2011 betrof het een voorlopige aanslag.⁵

7. De registeraccountant van R.H. noteerde in een besprekingsverslag van 18 juni 2012 dat de rekening-courant in de loop van 2012 aanzienlijk afgebouwd zou worden. Op basis van tussentijdse cijfers per 30 september 2012 zou er een dividenduitkering vastgesteld worden ten behoeve van de aflossing van de rekening- courant.⁶
8. Op 28 september 2012 werd in het grootboek van R.H. 1.195.688 euro geboekt met de vermelding "*privé lening I.S. - Dividenduitkering*". Tegelijk werd een dividendbelasting van 179.353 euro (15%) geboekt.⁷
9. In de concept-jaarrekening per 31 december 2012 bedroegen zowel "*de leningen u/g /M.R. S.*", als de "*vorderingen op aandeelhouder*" 0 euro.⁸
10. Op 9 januari 2013 stuurde de Belastingdienst twee dwangbevelen ten belope van respectievelijk 14.784 euro en 41.285 euro aan I.S..⁹
11. Bij vonnis van 7 mei 2013 van de rechtbank Limburg - Maastricht werd de besloten vennootschap R.H. op eigen aangifte¹⁰ failliet verklaard, alsook FHCH en FHCG. In de drie faillissementen werd mr. W.B.M.V aangewezen als curator.¹¹
12. Op 20 mei 2013 stuurde I.S. aan de curator de jaarstukken 2007-2011 voor FHCH, 2007-2009 voor FHCG en 2007-2009 voor R.H..¹²
13. Op 23 september 2013 drong de curator bij I.S. aan op inlichtingen over de drie gefailleerde vennootschappen. Tegelijk verzocht hij om hun volledige administratie.¹³
14. In haar faillissementsverhoor op 3 december 2013 verklaarde I.S. onder meer het volgende:

⁵ Stukken 12-14 curator en stukken 11-12 en 14 I.S. . Zie ook stuk 22 curator.

⁶ Stuk 13 I.S. .

⁷ Zie p. 3 van stuk 7.g I.S. .

⁸ Stuk 11 curator en stukken 7.f en 7.g I.S..

⁹ Stukken 15-16 I.S. .

¹⁰ Stuk 1 I.S. . Zie ook stuk 10 curator voor de oorzaak van de financiële problemen.

¹¹ Stuk 1 curator en stuk 2 I.S. .

¹² Stuk 17 I.S. .

¹³ Stuk 3 curator.

"(...) De curator geeft aan dat er een totaal schuld van mij aan R.H. zou zijn per 31 december 2011 van € 1.611.023,00. Er is afgerekend met de fiscus in 2012. Er was sprake van verrekening met managementfees. Alles wat u hieromtrent dient te weten staat in de stukken die ik alsnog aan u zal overleggen.

(...)

U vraagt mij waar het bedrag van€ 1.600.000,00 door mij aan is besteed. In ieder geval voor de verbouwing van een woonhuis in Geleen, en deels voor de aankoop en verbouwing van een appartement in België. Verder zijn er ook vakanties van bekostigd. (...)"¹⁴

15. Op 27 januari 2014 ontving de curator van I.S. de administratie van R.H. voor 2012 en 2013, alsook de concept-jaarrekening 2012.¹⁵
16. Vanaf begin 2014 ging de curator over tot uitvoering lastens I.S. door het leggen van bewarend beslagen (onder derden).¹⁶
17. Bij exploit betekend op 22 mei 2014 liet de curator ook overgaan tot dagvaarding van I.S. voor de rechtbank van eerste aanleg West-Vlaanderen, afdeling Brugge in betaling van 1.611.023 euro, meer intresten en kosten. Ondergeschikt vorderde de curator een provisionele betaling van een aanzienlijk gedeelte van het gevorderd bedrag.¹⁷
18. In conclusie vorderde I.S. vooreerst om de zaak voor verdere afhandeling te verzenden naar de rechtbank van Limburg (Nederland) en in tweede orde om de zaak te verzenden naar de rechtbank van koophandel Gent, afdeling Brugge.
19. Bij vonnis van 28 november 2014 oordeelde de tweede kamer van de rechtbank van eerste aanleg West-Vlaanderen, afdeling Brugge dat zij rechtsmacht had op grond van artikel 2.1 van de Brussel I-verordening. Zij oordeelde echter niet materieel bevoegd te zijn en verwees de zaak naar de rechtbank van koophandel Gent, afdeling Brugge. De beslissing over de kosten werd overgelaten aan de rechter naar wie de zaak verwezen werd.¹⁸
20. Bij brief van 28 januari 2015 aan I.S. verwees de curator naar de stelling van I.S. dat zij niets meer aan R.H. verschuldigd zou zijn omwille van een dividenduitkering rond september 2012. Met die dividenduitkering zou zij vervolgens haar schulden aan R.H. afgelost hebben.

¹⁴ Stuk 4 curator en stuk 20 I.S. .

¹⁵ Zie stukken 21-23 I.S. .

¹⁶ Stukken 15-21 curator.

¹⁷ Stuk 5 curator en stuk 3 I.S. .

¹⁸ Stuk 6 curator en stuk 4-1 I.S.

De curator betwistte echter de omzetting in een dividenduitkering. Voor zover er van een dergelijke rechtshandeling sprake mocht zijn, vernietigde hij deze in toepassing van de artikelen 42-43 van de Faillissementswet, nu voldaan was aan de criteria voor de faillissement spaulia na.¹⁹

21. Op 19 mei 2015 vestigde de Belastingdienst de aanslag 2012. I.S. was gehouden tot betaling van 228.393 euro op basis van een verzamelinkomen van 1.423.010 euro.²⁰
22. Na een vermindering van 177 euro toegepast te hebben, stuurde de Belastingdienst op 14 juli 2015 een aanmaning en op 29 juli 2015 een dwangbevel aan I.S.²¹
23. Bij vonnis van 13 juli 2016 oordeelde de achtste kamer van de rechtbank van koophandel Gent, afdeling Brugge als volgt:

"De rechtbank verklaart zich bevoegd om van het geschil kennis te nemen.

Verklaart de tegenvordering van de verwerende partij ontvankelijk doch ongegrond.

Verklaart de vordering van de eisende partij ontvankelijk en gegrond in de volgende mate.

Veroordeelt de verwerende partij tot betaling aan de eisende partij van één miljoen tweehonderd vijfentwintig duizend vierhonderd vierennegentig euro (1.225.494,00 EUR}, te vermeerderen met de (gerechtelijke) moratoire intresten aan de intrestvoet bepaald overeenkomstig artikel 6:120, lid 1 van het Nederlands burgerlijk wetboek vanaf 22 mei 2014 tot de dag der algehele betaling.

Verwijst de verwerende partij in de kosten van het geding, aan de zijde van de eisende partij vereffend op 336,38 EUR dagvaardingskosten, 954,07 EUR kosten bewarend onroerend beslag, 867,07 EUR kosten bewarend beslag onder derden en 16.500,00 EUR rechtsplegingvergoeding volgens opgave.

Staat de voorlopige tenuitvoerlegging van onderhavig vonnis toe overeenkomstig artikel 1398 van het gerechtelijk wetboek zoals van toepassing ten tijde van het aanhangig maken van de zaak. Zegt voor recht

¹⁹ Stuk 9 curator en stuk 26 I.S. .

²⁰ Stuk 27 I.S. .

²¹ Stukken 30-32 I.S. .

*dat er geen redenen voorhanden zijn om de mogelijkheid tot kantonnement uit te sluiten."*²²

24. Op 31 oktober 2016 liet de curator overgaan tot betekening van het vonnis van 13 juli 2016 aan I.S..²³
25. Op 22 september 2017 werd het beroep door I.S. tegen de weigering van een kwijtschelding afgewezen.²⁴
26. Op 7 november 2017 werd een dwangbevel betekend aan I.S. voor een bedrag van in totaal 287.518 euro.²⁵

3. DE VORDERINGEN EN STANDPUNTEN VAN PARTIJEN IN HOGER BEROEP

27. Voor een uiteenzetting van de grieven, het voorwerp van de eisen en de argumentatie van partijen verwijst het hof naar de procedurestukken in hoger beroep.
28. I.S. vordert in het beschikkend gedeelte van haar syntheseconclusie:

"Het hoger beroep van appellant ontvankelijk en gegrond te verklaren;

Dienvolgens zowel het vonnis van de Rechtbank van eerste aanleg West-Vlaanderen, afdeling Brugge, sectie burgerlijke rechtbank, d.d. 28.11.2014, met als ra/nummer '14/1458/A als het vonnis van de Rechtbank van koophandel Gent, afdeling Brugge, achtste kamer, d.d. 13.07.2016 met als ra/nummer 'A/14/02109' te vernietigen in al hun onderdelen en opnieuw rechtdoende;

In hoofdorde de exceptie van rechtsmacht ontvankelijk en gegrond te verklaren. Dienvolgens te zeggen voor recht dat de Belgische rechtbanken niet beschikken over rechtsmacht om kennis te nemen en te oordelen over huidig geschil.

In ondergeschikte orde tegen zeggen voor recht dat Nederlands recht toegepast moet worden op huidig geschil, dat de faillissementspau/iana d.d. 28.01.2015 niet beantwoordt aan de door art. 42 Jid 1 van de Nederlandse Wet van 30 september 1893, op het faillissement en de surséance van betaling

²² Stuk 7 curator en stuk 5 I.S. .

²³ Stuk 8 curator en stuk 6 I.S. .

²⁴ Stuk 40 I.S. .

²⁵ Stuk 34 I.S. .

gestelde voorwaarden, en dienvolgens de vordering van geïntimeerde ontvankelijk, doch ongegrond te verklaren.

Geïntimeerde te veroordelen tot alle kosten van het geding m.b.t. beide aanleggen, met inbegrip van de wettelijke rechtsplegingsvergoeding overeenkomstig art. 1022 Ger. W. en het K.B. van 26 oktober 2007 t.b.v. € 18.000,00 per aanleg, alsook de kosten verbonden aan het instellen van hoger beroep t.b.v.€ 840,00."

29. De curator vordert in het beschikkend gedeelte van zijn syntheseconclusie:

"1.

Het hoger beroep van mevrouw I.S. onontvankelijk en ongegrond te verklaren.

2.

Het incidenteel hoger beroep van curator W.V. ontvankelijk en gegrond te verklaren.

2.a

In hoofdde, mevrouw I.S. te veroordelen tot betaling aan het faillissement van R.H. B.V.:

- *de openstaande vordering in rekening-courant van gefailleerde R.H. B.V. ten bedrage van 1.386.023,00 euro;
meer nalatigheidsintresten aan de wettelijke rentevoet te rekenen vanaf 23.09.2013, zijnde de eerste ingebrekestelling, tot aan de datum van dagvaarding*
- *meer de gerechtelijke intresten aan de wettelijke rentevoet te rekenen vanaf de datum van dagvaarding tot aan de algehele aanzuivering van de schuld;
de openstaande lening ten bedrage van 100.000,00 euro;
meer nalatigheidsintresten aan de wettelijke rentevoet te rekenen vanaf 23.09.2013, zijnde de eerste ingebrekestelling, tot aan de datum van dagvaarding*
- *meer de gerechtelijke intresten aan de wettelijke rentevoet te rekenen vanaf de datum van dagvaarding tot aan de algehele aanzuivering van de schuld;
de openstaande lening ten bedrage van 125.000,00 euro
meer nalatigheidsintresten aan de wettelijke rentevoet te rekenen vanaf 23.09.2013, zijnde de eerste ingebrekestelling, tot aan de datum van dagvaarding*

meer de gerechtelijke intresten aan de wettelijke rentevoet te rekenen vanaf de datum van dagvaarding tot aan de algehele aanzuivering van de schuld;

2.b

In ondergeschikte orde, het vonnis dd. 13.07.2016 van de rechtbank van koophandel Gent, afdeling Brugge te bevestigen.

3.

In iedere orde, mevrouw I.S. , als in het ongelijk gestelde partij, te veroordelen tot betaling van de kosten, in hoofde van de curator tot op heden begroot als volgt :

a. kosten bewarend onroerend beslag

<i>- hypothecair getuigschrift Tongeren 2 :</i>	<i>54,27 euro</i>
<i>- hypothecair getuigschrift Brugge 2 :</i>	<i>54,27 euro</i>
<i>- kadastraal uittreksel Brugge :</i>	<i>5,50 euro</i>
<i>- kadastraal uittreksel Hasselt:</i>	<i>5,50 euro</i>
<i>- ra/recht verzoekschrift:</i>	<i>60,00 euro</i>
<i>- expeditie :</i>	<i>18,00 euro</i>
<i>- exploot bewarend onroerend beslag :</i>	<i>461,98 euro</i>
<i>- overschrijving hypotheekkantoor Brugge 2 :</i>	<i>149,84 euro</i>
<i>- overschrijving hypotheekkantoor Tongeren 2:</i>	<i>144,71 euro</i>
<i>- randmelding hypotheekkantoor Oostende :</i>	<i>38,49 euro</i>
<i>- randme/ding hypotheekkantoor Tongeren 2 :</i>	<i>38,49 euro</i>

b. kosten procedure bewarend beslag onder derden

<i>- ra/recht:</i>	<i>60,00 euro</i>
<i>- expeditie :</i>	<i>33,00 euro</i>
<i>- exploot bewarend beslag onder derden :</i>	<i>460,08 euro</i>
<i>- exploot aanzegging beslag :</i>	<i>313,99 euro</i>

c. kosten procedure ten gronde

<i>- dagvaarding en ra/zetting :</i>	<i>337,08 euro</i>
<i>- betekening :</i>	<i>283,65 euro</i>
<i>- rechtsp/egingsvergoeding eerste aanleg :</i>	<i>16.500,00 euro</i>
<i>- rechtsp/egingsvergoeding hoger beroep:</i>	<i>16.500,00 euro</i>

4.

Het arrest uitvoerbaar te verklaren bij voorraad niettegenstaande elk rechtsmiddel, en zonder zekerheidsstelling en met uitsluiting van kantonnement."

4. DE BEOORDELING

4.1 De toelaatbaarheid van het hoofd- en incidenteel beroep

30. Het bestreden vonnis van 28 november 2014 van de tweede kamer van de rechtbank van eerste aanleg West-Vlaanderen, afdeling Brugge werd *niet* betekend aan I.S. .

Het bestreden vonnis van 13 juli 2016 van de achtste kamer van de rechtbank van koophandel Gent, afdeling Brugge werd daarentegen *wel* betekend. De akte van betekening op 31 oktober 2016 ligt voor.

31. Het hoofdberoep op 29 november 2016 is dan ook tijdig en regelmatig naar vorm, wat trouwens niet betwist wordt.
32. De curator vordert het hoofdberoep af te wijzen als onontvankelijk. Bij nazicht van zijn conclusie blijkt de ontoelaatbaarheid echter betrekking te hebben op de beweerde voor het eerst in hoger beroep gestelde tegeneis.

Het hof stelt geen ambtshalve op te werpen middelen van ontoelaatbaarheid van het hoger beroep vast. Het hoofdberoep is bijgevolg toelaatbaar.

33. In toepassing van artikel 1054 van het Gerechtelijk Wetboek is ook het incidenteel beroep toelaatbaar.

4.2 De gegrondheid van het hoofd- en incidenteel beroep

4.2.1 De rechtsmacht

34. In het gedinginleidende exploit werd gewag gemaakt van een "*invordering van een niet betwiste schuldvordering, gelet op de goedgekeurde jaarcijfers, de uitdrukkelijke schulderkenning van mevrouw I.S. tijdens het faillissementsverhoor d.d. 03.12.2013 en de verklaring van de belastingadviseur*".

De eis bestond uit de terugbetaling van twee geldleningen en van een rekening-courantschuld.

35. De vraag rijst of een dergelijke eis al dan niet tot de rechtsmacht van de Belgische rechtbanken en hoven behoorde.
36. De mogelijk toepasselijke verordeningen ten tijde van het gedinginleidende exploit waren:

- de verordening (EG) 1346/2000 van 29 mei 2000 van de Raad betreffende insolventieprocedures ("Insolventieprocedure").²⁶

Artikel 3 ervan had betrekking op de internationale bevoegdheid en artikel 25 op de erkenning en executoir karakter van (andere) beslissingen.

- de verordening (EG) 44/2001 van 22 december 2000 van de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken ("EEX-Verordening").²⁷ Het begrip "burgerlijke en handelszaken" moest daarbij ruim geïnterpreteerd worden.

In toepassing van artikel 1.2.b) was de EEX-verordening niet van toepassing op het faillissement, akkoorden en andere soortgelijke procedures. Enkel vorderingen die rechtstreeks voortvloeien uit een insolventieprocedure en daarmee nauw verband houden vielen buiten het toepassingsgebied.

In toepassing van artikel 2.1 werden zij die woonplaats hadden op het grondgebied van een lidstaat, ongeacht hun nationaliteit, opgeroepen voor de gerechten van die lidstaat.

37. Doorslaggevend om te besluiten of een eis onder het toepassingsgebied van de EEX-verordening, dan wel de Insolventieverordening viel, was niet de procedurele context van die eis, maar wel de rechtsgrondslag ervan. Volgens deze benadering moest nagegaan worden of het recht of de verbintenis waarop de eis gebaseerd was, voortvloeide uit de gemene regels van het burgerlijk recht en het handelsrecht, dan wel uit specifieke, afwijkende regels voor insolventieprocedures.²⁸
38. De eis, zoals gelibelleerd door de curator in het gedinginleidend exploit, was een *pure* invordering, voortvloeiend uit de gemene regels van het burgerlijk en handelsrecht.

²⁶ Zie thans de Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures.

²⁷ Deze verordening werd vanaf 10 januari 2015 vervangen door de verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.

²⁸ Zie HvJ 6 februari 2019, ECLI:EU/C/2019/96, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?sessionId=BE048100ED739C2399F66EC6E69DD796?text=&docid=210526&pageIndex=O&doclang=NL&mode=reg&dir=&occ=first&part=l&cid=12175233>. Zie ook https://www.rdc-tbh.be/n1/n_ews/hvj-6-feb-ruari-2019-nr-c-535-17-toepassingsgebied-brussel-i-44-2001-en-insolventieverordening-1346-2000/

De loutere incasso van een vennootschap tegen een vennoot van geldleningen of een rekening-courantschuld betrof geen uit het stelsel van het faillissement voortvloeiende eis. Niets belette overigens dat R.H. vóór het faillissement eenzelfde eis instelde tegen I.S. .

39. Deze eis kon niet beschouwd worden als een eis in het kader van een akkoord of zelfs van een (aan het faillissement) soortgelijke procedure.
40. Hij kon evenmin beschouwd worden als een faillissementspauliana.

De buitengerechtelijke verklaring van de curator in zijn brief van 28 januari 2015 in toepassing van de artikelen 42-43 van de Nederlandse Faillissementswet leidde ertoe dat de litigieuze rechtshandeling met terugwerkende kracht vernietigd werd. De curator moest dan ook geen bijkomende daden (zoals het stellen van een eis) meer verrichten. De faillissementspauliana vormt dan ook geen aanknopingspunt.

Trouwens, geconfronteerd met deze buitengerechtelijke verklaring behoorde het aan I.S. om desgevallend een betwisting voor de Nederlandse rechter in te stellen.

41. De eis van de curator viel bijgevolg binnen het toepassingsgebied van de EEX-Verordening. De Nederlandse I.S. , met woonplaats in België, kon dus voor de Belgische rechter gedagvaard worden. Het eerste middel van I.S. faalt dan ook. Een bevestiging van het bestreden vonnis van 28 november 2014 dringt zich op.

4.2.2 Het toepasselijke recht

42. De litigieuze transacties (namelijk opnames in rekening-courant door I.S.) dateren minstens deels van vóór 17 december 2009 zodat nog het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst ter ondertekening opgesteld te Rome op 19 juni 1980 ("EVO") toepasselijk is.²⁹
43. Artikel 4.1 EVO bepaalde dat voor zover partijen geen rechtskeuze deden de overeenkomst beheerst werd door het recht van *het land waarmee zij het nauwst verbonden was*.

Vermoed wordt dat dit het recht is van het land waar de partij die de *kenmerkende prestatie* moet verrichten, op het moment van het sluiten van de overeenkomst, haar gewone verblijfplaats heeft (of bij een rechtspersoon haar hoofdbestuur heeft).

²⁹ De oplossing zou trouwens niet anders onder de verordening 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I-verordening).

De opening van een rekening-courant wordt in beginsel beheerst door het recht van het land waar het kantoor gevestigd is dat met de afwikkeling van de transactie belast is.³⁰

Leningen worden dan weer vermoed de nauwste band te hebben met het recht van de partij die het risico draagt, namelijk de uitlener.³¹

44. Gelet op deze principes oordeelde de eerste rechter in zijn vonnis van 13 juli 2016 terecht als volgt:

"Het Nederlands recht is van toepassing zowel op de rekening-courant verhouding tussen de gefailleerde en de verweerster als op de leningovereenkomsten. De rekening-courant is op haar geheel genomen en abstractie makende van de onderliggende individuele transacties een onbenoemde overeenkomst die in dit geval het nauwst verbonden is met Nederland, aangezien de gefailleerde vennootschap was gevestigd in Nederland en de verweerster van Nederlandse nationaliteit is en pas sinds 2008 in België woont. De kenmerkende prestatie inzake de leningen werd geleverd door de gefailleerde vennootschap die in Nederland gevestigd was."

45. De argumentatie van de curator op dit punt faalt. Zoals de eerste rechter zal ook het hof hierna toepassing maken van het Nederlands recht.

4.2.3 De dividenduitkering

46. Het derde middel van I.S. heeft betrekking op de onmogelijkheid van de invordering van de historische rekening-courantschuld omwille van de verrichte dividenduitkering en naheffing door de (Nederlandse) belastingdienst.
47. Uit het bovenstaand feitenrelaas (meer bepaald de randnummers 6 tot en met 9) blijkt dat I.S. inderdaad eind september 2012 onder druk van de Nederlandse Belastingdienst en de nakende inwerkingtreding op 1 oktober 2012 van de wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht tot een *boekhoudkundige* dividenduitkeringovergegaan is.
48. Dat zij een dergelijke boekhoudkundige en fiscaal geïnspireerde transactie deed, betekent echter nog niet dat het ook correct gebeurde en tegenwerpelijk is aan R.H. (of haar curator).

³⁰ Zie 1. CoUWENBERG, "De lex contractus onder het Europees Overeenkomstenverdrag" in Hans VAN HOUNE en Martha PERTEGAS SENDER (ed.), *Europese /PR-verdragen*, Acco, Leuven/ Amersfoort, 1997, nr. 7.61, p. 226.

³¹ Ibidem, nr. 7.62, p. 226-227.

49. Ten eerste merkte de eerste rechter terecht op dat de rekening-courantschuld afgeboekt werd door tegenboeking van *managementfees* verschuldigd aan I.S..³²

Ondanks haar belofte al tijdens het faillissementsverhoor legt I.S. ook in graad van hoger beroep echter nog steeds geen enkel objectief bewijsstuk voor dat aantoon dat zij jegens R.H. aanspraak kon maken op enige *fee*. Haar accountant en belastingadviseur verklaarden daarentegen respectievelijk I.S. wel "*een loondienstbetrekking*" bij R.H. had en "*zij ook op de loonlijst van R.H. stond vermeld*".³³

Er is bijgevolg geen grond voor de tegenboeking aangetoond.

I.S. kon niet onwetend zijn over de gevaren van haar aanzienlijke rekening-courantschuld. Tijdens het voormelde faillissementsverhoor wezen haar accountant en belastingadviseur beiden uitdrukkelijk en herhaaldelijk op de risico's van de grote privé-onttrekkingen.³⁴

50. Ten tweede faalt I.S. in het bewijs dat zij de vennootschapsrechtelijke verplichtingen naar Nederlands recht bij de beweerdte dividenduitkering nageleefd heeft.

Niet betwist is dat voor een dividenduitkering de volgende vennootschapsrechtelijke stappen vereist waren:

- het bestuur moet de jaarrekening opmaken
- de algemene vergadering moet deze jaarrekening goedkeuren
- de algemene vergadering neemt een dividendbesluit dat soms met goedkeuring samenvalt
- het bestuur voert de balanstest uit of laat die uitvoeren
- afhankelijk van uitkomst van de balanstest neemt het bestuur een beslissing over het dividendverzoek
- de beslissing van het bestuur wordt meegedeeld aan de algemene vergadering
- desgevallend wordt de beslissing uitgevoerd.

Voor interim-dividenden (zoals hier het geval is) kwam daar nog de stap van de interim-jaarrekening bij.

Geen enkel bewijs van de naleving van al (of een deel van) deze stappen ligt voor.

³² Zie hoger randnummer 14.

³³ Zie stuk 4 curator.

³⁴ Zie stuk 4 curator.

51. Ten derde wordt ook niet gestaafd dat de fiscale verplichtingen bij de dividenduitkering in toepassing van de Wet op de dividendbelasting 1965³⁵ nageleefd werden door R.B..
52. Ten vierde wijst het hof ook op het volgend standpunt van de raadsman van I.S. bij brief van 28 januari 2014³⁶:

"Gegeven het feit dat de situatie rond de rekening-courantvordering van R.H. BV op cliënte reeds in het eerste gesprek met de curator door ondergetekende aan de orde is gesteld onder het uitspreken van de eventuele kanttekeningen bij die vordering en de bereidheid in goed overleg te zoeken naar een conveniërende oplossing (...)."

Indien er daadwerkelijk een geldige dividenduitkering gebeurd was, was er geen nood meer voor een *"conveniërende oplossing"*.

53. Ten vijfde doet het feit dat de Nederlandse fiscus fiscale lasten hief geen afbreuk aan het feit dat een rekening-courantschuld van I.S. aan R.H. hoe dan ook een schuld bleef.

Toen de Nederlandse Belastingdienst aangaf geen verdere toename van de rekening-courantschuld te zullen tolereren, heeft I.S. *in persoonlijke naam* afspraken gemaakt met de Belastingdienst. Alle voorliggende briefwisseling gebeurde tussen haar (en niet R.H.) en de Belastingdienst. Haar persoonlijke afspraken mogen R.H. en haar schuldeisers niet benadelen.

Dit geldt des te meer nu het verlies vóór belasting in de werkvennootschap FHCG voor de periode van 2009 tot en met 2011-302.000 euro bedroeg.³⁷ Dit had gevolgen voor de holdingvennootschappen erboven (FHCH en R.H.). In die omstandigheden had R.H. bij een balanstest de vraag om een dividenduitkering negatief moeten beantwoorden.

54. In deze omstandigheden beschouwt het hof (anders dan de eerste rechter) de (boekhoudkundige) dividenduitkering niet als tegenwerpelijk aan R.H.. Dat de Belastingdienst haar invordering handhaaft, doet hieraan geen afbreuk, nu het fiscaalrechtelijk luik geen invloed heeft op het civielrechtelijk.
55. De bovenstaande overwegingen leiden tot het besluit dat het hoofdberoep ongegrond is en het incidenteel beroep gegrond.

³⁵ Zie <https://wetten.overheid.nl/BWBR0002515/2019-05-17> en stuk 25 curator.

³⁶ Zie p. 3 van stuk 29 curator.

³⁷ Zie tabel in randnummer 3 van de conclusie voor I.S. .

56. Voor zoveel als nodig en los van de vragen bij een nieuwe tegeneis in hoger beroep, merkt het hof op dat naar Nederlands recht de faillissementspauliana zijn beslag kreeg door de buitengerechtelijke verklaring die van rechtswege leidde tot de vernietiging van de dividenduitkering. Het hof herhaalt dat I.S. zich daartegen blijkbaar niet in rechte verzette.
57. De bovenstaande motivering brengt met zich dat alle overige (desgevallend ondergeschikte) middelen als ongegrond of irrelevant verworpen moeten worden.

4.3 De gerechtskosten

58. In toepassing van de artikelen 1017, 1022 en 1042 van het Gerechtelijk Wetboek wordt I.S., als in het ongelijk gestelde partij, verwezen in de gerechtskosten. Het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding voor de betrokken schijf bedraagt 18.000 euro. Het hof kent echter slechts het gevorderd bedrag van 16.500 euro toe.
59. Het hof stelt ook vast dat I.S. de opgave van de kosten door de curator niet betwist. Een deel van de kosten van het geding werden echter al toegekend door de eerste rechter zodat het hof enkel nog de bijkomende kosten toekent.
60. De kosten moeten niet begroot worden aan de zijde van I.S. want zij blijven haar eigen.
61. Ten onrechte vordert de curator om dit arrest uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, niettegenstaande elk rechtsmiddel, en zonder zekerheidsstelling en met uitsluiting van kantonnement. De uitvoerbaarheid speelt namelijk niet langer in een procedure in hoger beroep (vgl. artikel 1397 e.v. van het Gerechtelijk Wetboek).

5. DE BESLISSING

HET HOF,

verklaart het hoofdberoep door I.S. toelaatbaar, maar ongegrond.

verklaart het incidenteel beroep door mr. W.V. in zijn hoedanigheid van curator over het faillissement van de b.v. R.H. toelaatbaar en in de volgende mate gegrond.

bevestigt het vonnis van 28 november 2014 van de tweede kamer van de rechtbank van eerste aanleg West-Vlaanderen, afdeling Brugge met AR-nummer 14/1458/A.

hervormt het bestreden vonnis van 13 juli 2016 van de achtste kamer van de rechtbank van koophandel Gent, afdeling Brugge met AR-nummer A/14/02109, enkel in de mate dat het de hoofdeis van mr. W.V. in zijn hoedanigheid van curator over het faillissement van de b.v. R.H. tegen I.S. slechts deels gegrond verklaarde.

- opnieuw oordelend, verklaart de oorspronkelijke hoofdeis volledig gegrond.
- veroordeelt I.S. bijgevolg tot betaling aan het faillissement van de b.v. R.H. van de som van 1.611.023 euro, meer nalatigheidsintresten aan de wettelijke intrestvoet vanaf 23 september 2013 - vanaf de dagvaarding als gerechtelijke intrest - tot de dag van de volledige betaling.
- veroordeelt I.S. tot de volgende kosten van het geding, begroot aan de zijde van mr. W.V. in zijn hoedanigheid van curator over het faillissement van de b.v. R.H. op:

a. kosten bewarend onroerend beslag

- randmelding hypotheekkantoor Oostende	38,49 euro
- randmelding hypotheekkantoor Tongeren 2	38,49 euro

b. kosten procedure ten gronde

- betekening	283,65 euro
- rechtsplegingsvergoeding hoger beroep	16.500,00 euro

Aldus gewezen door de zevende collegiale kamer van het hof van beroep te Gent, zetelende in burgerlijke zaken samengesteld uit:

, kamervoorzitter,
, raadsheer,
, raadsheer,

bijgestaan door M.L., griffier, en vervroegd uitgesproken door de voorzitter in openbare zitting op maandag **17 juni 2019**.

.....