

**JOR 2018/161, Rechtbank Noord-Holland, 07-02-2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:888,
C/15/249760 / HA ZA 16-661 (annotatie)**

Instantie: Rechtbank Noord-Holland zp Haarlem
Datum uitspraak: 07-02-2018
Publicatie: JOR 2018/161 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 6, 2018
Annotator: <ul style="list-style-type: none"> • mr. F. Ortiz Aldana
ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2018:888
Zaaknummer: C/15/249760 / HA ZA 16-661
Overige publicaties: <ul style="list-style-type: none"> • ECLI:NL:RBNHO:2018:888 • INS-Updates.nl 2018-0196
Rechtsgebied: Insolventierecht
Rubriek: Financiering, zekerheden en insolventie
Rechters: <ul style="list-style-type: none"> • mr. De Vreese-Rood • mr. Van Dijk • mr. Kruihof
Partijen: Mr. A.G. Moeijes te Velsen-Zuid, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Celebration Benelux BV, eiser, advocaat: mr. S. Hossaini, tegen TW Steel Europe BV te Beverwijk, gedaagde, advocaat: mr. S.I.P. Schouten.
Regelgeving: <ul style="list-style-type: none"> • Fw - art. 42, 47 • BW Boek 3 - 84 lid 3

Inhoudsindicatie

Faillissementspauliana, Verplichting tot zekerheidsoverdracht in distributieovereenkomst, Op grond van conversiebepaling in overeenkomst wordt ongeldige zekerheidsoverdracht omgezet in verpanding, Geen onverplichte rechtshandeling, Geen samenspanning ex art. 47 Fw, Verwijzing naar HR 24 maart 1995, NJ 1995/628 (Gispen q.q./IFN); HR 20 november 1998, «JOR» 1999/19, m.nt. NEDF (Verkerk/Tiethoff q.q.) en HR 29 juni 2001, «JOR» 2001/220 (Meijs q.q./Bank of Tokyo)

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Samenvatting

De curator heeft de pandakte van 4 mei 2016 buitengerechtelijk vernietigd op grond van art. 42 Fw dan wel art. 47 Fw.

De geldigheid van die vernietiging is door gedaagde betwist. In de distributieovereenkomst is geen rechtstreekse verplichting tot verpanding opgenomen. Wel is in art. 7.1 een verplichting tot zekerheidsoverdracht opgenomen. Die bepaling levert ingevolge art. 3:84 lid 3 BW echter geen geldige overdrachtstitel op, zodat art. 7.1 geen werking heeft. Art. 18 van de distributieovereenkomst bepaalt dat ingeval een bepaling niet geldig is, partijen die bepaling moeten vervangen door een geldige bepaling met zoveel mogelijk dezelfde gevolgen. Overwogen wordt dat gedaagde en failliet op grond van de conversiebepaling van art. 18 van de distributieovereenkomst verplicht waren de ongeldige zekerheidsoverdracht van de vorderingen om te zetten in een nadere vorm van zekerheid. Verpanding van de vorderingen ligt dan het meest voor de hand, omdat de consequenties daarvan vergelijkbaar zijn met die van zekerheidsoverdracht. Anders dan de curator stelt, valt ook niet in te zien dat partijen op grond van art. 18 niet tot verpanding hadden mogen en zelfs moeten overgaan. De verpanding is daarmee niet een onverplichte rechtshandeling, zodat art. 42 Fw niet van toepassing is.

Volgens de curator heeft het geval van “overleg” als bedoeld in art. 47 Fw zich voorgedaan en is de totstandkoming van de pandakte het gevolg van overleg tussen gedaagde en failliet dat ten doel had om gedaagde door deze overeenkomst boven de nadere schuldeisers te bevoordelen. Voorop staat dat voor de aanwezigheid van overleg als in art. 47 Fw bedoeld volgens de Hoge Raad vereist is “dat sprake is van samenspanning, dat wil zeggen dat niet alleen bij de schuldeiser, maar ook bij de schuldenaar het oogmerk heeft voorgezeten door de gewraakte betaling deze schuldeiser boven anderen te begunstigen” (HR 24 maart 1995, NJ 1995/628 (Gispén q.q./IFN)). Niet voldoende voor het aannemen van overleg is de wetenschap van partijen dat “het faillissement onontkoombaar is” (HR 29 juni 2001, **«JOR» 2001/220** (Meijs q.q./Bank of Tokyo)). Ook onvoldoende voor het aannemen van samenspanning is volgens de Hoge Raad dat de wederpartij “weet dat de gezamenlijke schuldeisers benadeeld zullen worden” (HR 20 november 1998, **«JOR» 1999/19**, m.nt. NEDF (Verkerk/Tiethoff q.q.)). De curator heeft onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld waaruit het oogmerk van benadeling van schuldeisers bij zowel gedaagde als failliet kan worden afgeleid. Het beroep van de curator op art. 47 Fw slaagt dan ook niet. De conclusie van het vorenstaande is dat de buitengerechtelijke vernietiging van de pandakte op grond van art. 42 Fw c.q. art. 47 Fw niet geldig is.

Uitspraak

(...; *red.*)

2. De feiten

2.1. Omstreeks 2004/2005 hebben [A.] en [B.] het plan opgevat om een groot model horloge te laten maken en op de markt te brengen onder de naam TW Steel. Cobelens heeft daartoe (onder meer) de besloten vennootschap TW Steel Europe B.V. (hierna: TW Steel) opgericht. TW Steel ontwerpt en produceert exclusieve horloges.

2.2. Op 25 mei 2007 is Celebration Benelux B.V. (hierna: Celebration) opgericht. Broer en zus [A.] en [C.] zijn de (indirecte) bestuurders van Celebration en zij zijn tevens ieder voor 50% (middellijk) aandeelhouder.

2.3. [C.] was binnen Celebration verantwoordelijk voor de administratie en personeelszaken en zij deed de betalingen. [A.] verrichtte de overige werkzaamheden, waaronder de commercie, het contact met klanten en leveranciers en het contact met TW Steel.

2.4. Vanaf ongeveer 2005 was (de rechtsvoorganger van) Celebration de exclusieve distributeur van TW Steel in de Benelux. Celebration was daarnaast importeur van andere horlogemerken en voerde enkele eigen merken.

2.5. TW Steel (“The Company”) en Celebration (“The Distributor”) hebben een distributieovereenkomst gesloten die is gedateerd op 15 augustus 2013. De distributie-overeenkomst houdt – voor zover hier van belang – het volgende in:

“(…)

This distribution agreement (“the agreement”) is effective as from 1 September 2013.

(…)

ARTICLE 2 – General obligations Distributor

(...)

2.3 Parties shall agree on a marketing/sales plan, including sales targets to be realized during the period of 3 years, as set forth in appendix 2. Distributor shall fulfil its marketing obligations agreed to in the marketing/sales plan and shall make all reasonable efforts to meet the sales targets.

(...)

ARTICLE 3 – Duration and termination

(...)

3.2 The Company may terminate this agreement, for whatever reason, by registered letter taking account of a 3 month notice period.

3.3 Both Parties may terminate this agreement by registered letter with immediate effect in the following cases:

a. the other Party had failed in the fulfilment of a material obligation of this agreement of one of the separate purchase/sales agreements that will be conclude in relation thereto;

(...)

f. Where the other Party is Distributor: a change occurs in the management, personnel or in the facilities or premises of Distributor that may, at the discretion of the Company, have a negative effect on the work of Distributor. (...)

3.4 Distributor is in any case, but not exclusively, deemed to have infringed a material obligation under this agreement as referred to in article 3.3 (a) of this agreement, if:

a. Distributor does not meet any minimum purchase obligation as agreed in accordance with article 11 or fails to agree on a minimum purchase obligation for the next year in accordance with article 11.2.; or

b. Distributor, even after being warned to do so, fails to fulfil any payment obligation to Company, all irrespective of whether the failure can be attributed to Distributor;

(...)

ARTICLE 4 – Consequences of termination

4.1 If this agreement ends Distributor shall with immediate effect cease and desist from any use of the Trade Mark, and shall in no way present himself as Distributor of Company.

4.2 Orders that Company had already accepted at the time when this agreement ends but which had not yet been delivered at that time, shall provide Company with itemized information on orders from clients that Distributor had already accepted before the time when this agreement ends, and Distributor shall fulfil these orders. (...)

4.3 Distributor shall upon expiry or termination of this agreement, upon the first request of the Company, provide a list containing details of all TW Steel Watches clients within the Contract Area.

4.4 Distributor shall at the end of this agreement, on the first request of Company, return all promotional material, samples, demonstration models and property to Company, including TW Steel Watches not yet paid for by Distributor.

4.5 Upon termination of the contract the Distributor is obliged, on the first request of the Company, to return its stock of TW Steel watches to the Company for refund of a percentage of the original purchase price. If the Company

requests return of Products, such Products shall be refunded at the following percentage of the original purchase price (ex VAT and taking account of any discounts granted by Company):

Products which have been delivered:

- less than 1 year prior to the termination date: 100% refund of the price;
- between 1 and 2 years prior to the termination date: 75% refund of the price;
- between 2 and 3 years prior to the termination date: 50% refund of the price.
- more than 3 years prior to the termination date: at a reasonable percentage of the price to be determined by Company.

(...)

In case of breach of contract by Distributor, for one of the reasons referred to in article 3.4(a) to (e), Company is only obliged to compensate 25% of the price.

(...)

4.7 After the ending of this agreement, irrespective of the cause thereof, those articles remain in force that by their nature are intended to do so, including but not limited to the provisions on consequences of termination, confidentiality, intellectual property and non-competition.

4.8 After the expiry of the term of this agreement or after termination thereof, irrespective of the reason for this, neither Distributor nor the personnel of Distributor shall be entitled to any compensation for goodwill, loss of income or any damages relating to the expiry or termination of this agreement. Distributor shall not be entitled to compensation for goodwill relating to the activities that Distributor has carried out either during or after this agreement.

(...)

ARTICLE 7 – Retention of title

7.1 Company shall retain full ownership of all TW Steel Watches and other materials supplied to Distributor under this agreement, including but not limited to point of sale materials, until Distributor has paid for all TW Steel Watches and all such materials supplied in the execution of this agreement and any orders resulting thereof, in full. The Company has the right to recall all TW Steel watches and materials supplied, if the Distributor does not meet the terms of payment as set forth in this agreement.

(...)

In case of a breach of contract, for one of the reasons referred to in article 3.4(a) to (e), Distributor is obliged to turnover its receivables (all outstanding invoices of partners of Distributor) to the Company as collateral security, in case Distributor is not able to pay outstanding invoices to Company.

(...)

ARTICLE 12 – Intellectual property rights

(...)

12.1 Any domain name used by Distributor that includes 'TW Steel e.g. will be owned by or transferred to the Company and will be formally registered on Company's name, or a third parties' name appointed – in writing – by Company. (...)

(...)

ARTICLE 18 – Miscellaneous

(...)

18.3 In any provision of clause of this agreement is found null or unenforceable, then the Parties are still bound to the remaining part of the agreement. The Parties shall replace the invalid or not binding part by conditions that are valid and binding and for which the consequences, in view of the content and object of this agreement, agree as far as possible with those of the invalid or not binding part.

(...).”

2.6. [C.] heeft een affectieve relatie gekregen met [D.] (hierna: [D.]), die als handelsagent voor Celebration werkte. In januari 2016 heeft zij haar echtgenoot, die eveneens werkzaam is bij Celebration, laten weten dat zij van hem wil scheiden. Op 21 maart 2016 heeft [C.] laten weten dat zij voorlopig niet meer op de zaak zou komen.

2.7. Bij brief van 29 maart 2016 heeft [D.] een claim van € 72.822,18 bij Celebration ingediend wegens niet-betaalde provisie over de jaren 2010 en 2011. In mei 2016 heeft [D.] diverse conservatoire beslagen laten leggen ten laste van Celebration.

2.8. Bij brief van 29 april 2016 heeft TW Steel de samenwerking met Celebration beëindigd. De brief houdt – voor zover van belang – het volgende in:

“(…)

Hierbij bevestigen bij u dat wij onze samenwerking met onmiddellijke ingang beëindigen, op grond van artikel 3.4 van de distributieovereenkomst tussen TW Steel Europe B.V. en Celebration Benelux B.V. De redenen zijn o.a.:

- Problemen binnen uw organisatie welke een negatief effect hebben op de omzet van TW Steel in de Benelux
- Wijzigingen in het management van uw organisatie
- Niet voldoen aan de betalingsverplichting
- Niet voldoen aan het behalen van de minimum purchase obligation zoals vermeld in de distributie overeenkomst.

Om het eindigen van onze relatie zo soepel mogelijk te laten verlopen, stellen wij u het volgende voor:

- Met ingang van vandaag, stopt u met de verkoop en distributie van TW Steel horloges in de Benelux.
- Volgens artikel 7 van het distributie contract, heeft TW Steel Europe B.V. retentie recht over uw nog niet betaalde voorraad en lopende orders. U dient deze voorraad direct aan ons over te dragen. Wij verzoeken u ons per direct uw up-to-date voorraad lijst toe te sturen, zodat wij de retourzending in goede banen kunnen leiden. (...)
- U dient per direct uw klantenlijst over te dragen aan TW Steel Europe B.V.
- Tenslotte, draagt u met onmiddellijke ingang de domeinnaam: www.twsteel.nl over aan TW Steel Europe B.V.

(...).”

2.9. Bij akte van 4 mei 2016 heeft Celebration een pandrecht verstrekt aan TW Steel op alle vorderingen van Celebration. De pandakte is op 24 mei 2016 door de Belastingdienst geregistreerd.

2.10. TW Steel heeft de voorraad horloges van Celebration met een factuurwaarde van € 394.220,89 inclusief btw

teruggenomen en heeft daarvoor een bedrag van € 104.406,37 inclusief btw gecrediteerd.

2.11. In mei/juni 2016 heeft TW Steel, althans een aan haar gelieerde vennootschap, het personeel van Celebration in dienst genomen.

2.12. Op 10 juni 2016 heeft de rechtbank Noord-Holland voorlopig surseance van betaling verleend aan Celebration waarna op 15 juni 2016 het faillissement van Celebration is uitgesproken met benoeming van mr. Moeijes als curator.

2.13. De debiteurenvorderingen van Celebration bedroegen per datum faillissement € 327.833,00.

2.14. Bij brief van 7 oktober 2016 heeft de curator de distributieovereenkomst en de pandakte vernietigd op grond van artikel 42 dan wel artikel 47 van de Faillissementswet (Fw).

3. Het geschil

3.1. De curator vordert als weergegeven in de aan dit vonnis gehechte bijlage.

3.2. TW Steel voert verweer.

3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Volgens de curator heeft TW Steel na de onmiddellijke beëindiging van de distributieovereenkomst op 29 april 2016 de gehele onderneming van Celebration naar zich toe getrokken zonder daar een vergoeding voor te betalen. TW Steel heeft al het personeel van Celebration overgenomen en met een beroep op de distributieovereenkomst heeft zij alle vorderingen, voorraden en de domeinnaam van Celebration overgenomen, terwijl de distributieovereenkomst enig vergoedingsrecht voor Celebration uitsluit, aldus de curator. De curator acht dit handelen van TW Steel paulianeus, onrechtmatig, althans in strijd met de redelijkheid en billijkheid.

Vernietiging distributieovereenkomst

4.2. De curator stelt zich primair op het standpunt dat de tussen TW Steel en Celebration gesloten distributieovereenkomst onverplicht is aangegaan en dat beide partijen wisten of behoorden te weten dat daarvan benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn. De curator heeft daarom bij brief van 7 oktober 2016 buitengerechtelijk de vernietiging ingeroepen van de distributieovereenkomst op grond van artikel 42 dan wel 47 f. TW Steel betwist de buitengerechtelijke vernietiging.

4.3. Op grond van artikel 42 Fw kan de curator ten behoeve van de boedel elke rechtshandeling die de schuldenaar voor de faillietverklaring onverplicht heeft verricht en waarvan deze bij dit verrichten wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn, door een buitengerechtelijke verklaring vernietigen. Een rechtshandeling anders dan om niet kan slechts wegens benadeling worden vernietigd indien ook de wederpartij van de schuldenaar wetenschap had of behoorde te hebben van de benadeling.

4.4. Volgens vaste rechtspraak is een rechtshandeling onverplicht in de zin van artikel 42 Fw indien deze wordt verricht zonder dat daartoe een op de wet of overeenkomst berustende rechtsplicht bestaat. De rechtbank stelt vast dat de distributieovereenkomst een meerzijdig onverplicht verrichte rechtshandeling betreft, anders dan om niet. De overeenkomst berust immers niet op de wet en ook niet op een uit een eerdere overeenkomst voortvloeiende rechtsplicht.

4.5. Nu is vastgesteld dat sprake is van een meerzijdige onverplichte rechtshandeling anders dan om niet, moet de vraag worden beantwoord of: (i) door deze rechtshandeling één of meer schuldeisers zijn benadeeld in hun

verhaalsmogelijkheden, (ii) de schuldenaar (Celebration) wist of behoorde te weten dat het verrichten van de rechtshandeling tot zodanige benadeling zou leiden en (iii) de wederpartij (TW Steel) eveneens wist dat de rechtshandeling zou leiden tot benadeling in voornoemde zin, althans dat behoorde te weten.

4.6. De bewijslast dat aan de voorwaarden van artikel 42 Fw is voldaan rust in beginsel op de curator. Om de curator tegemoet te komen, wordt in de gevallen omschreven in artikel 43 Fw de wetenschap van benadeling aan beide zijden vermoed aanwezig te zijn geweest. De curator beroept zich op het eerste en tweede lid van artikel 43 Fw. Voor een geslaagd beroep op het bewijsvermoeden van artikel 43 Fw moet zijn voldaan aan het vereiste dat de rechtshandeling waardoor de schuldeisers zijn benadeeld, is verricht binnen één jaar voor de faillietverklaring. De bewijslast daarvan rust eveneens op de curator.

4.7. De curator stelt daaromtrent dat hij gerede twijfel heeft of de distributieovereenkomst daadwerkelijk in augustus 2013 is gesloten. Hij acht het aannemelijk dat deze overeenkomst pas is gesloten in de aanloop naar de onmiddellijke beëindiging van de overeenkomst op 29 april 2016 en dus binnen één jaar voor de faillietverklaring. De curator baseert zijn stelling dat de distributieovereenkomst geantedateerd moet zijn op de volgende omstandigheden:

- de distributieovereenkomst is niet bekend bij medebestuurder [C.] en bij de administrateur;
- de distributieovereenkomst komt niet voor in de administratie van Celebration;
- in e-mailverkeer tussen [A.] en TW Steel in de periode juli tot en met september 2013 wordt met geen woord gerept over de distributieovereenkomst;
- ondanks de innige samenwerking en het feit dat Celebration jaarlijks € 500.000,00 aan marketing besteedde, is de distributieovereenkomst slechts voor een periode van 3 jaar aangegaan;
- de in artikel 2.3 van de distributieovereenkomst genoemde minimale afnameverplichting is een volstrekt onrealistische doelstelling die ook niet bekend is bij werknemers van Celebration.

4.8. TW Steel en ook [A.] betwisten dat de distributieovereenkomst is geantedateerd. TW Steel heeft tegen de door de curator genoemde omstandigheden ingebracht dat het niet gek is dat de distributieovereenkomst niet in e-mails is genoemd, omdat [A.] en Jordy Cobelens (de directeur van TW Steel) de gewoonte hadden om elkaar veel in persoon en via de telefoon te spreken en niet via e-mail. Dat in de door de curator overgelegde e-mails tussen hen niet over de distributieovereenkomst werd gesproken is bovendien logisch, omdat het in die e-mails ging over oude modellen horloges die business to business werden verkocht en niet via juweliers. De distributieovereenkomst is volgens TW Steel wel degelijk in 2013 opgesteld en op kantoor uitgeprint, hetgeen wordt bevestigd door de schriftelijke verklaring van M. Hienkens van 17 oktober 2016. Daarin schrijft zij dat de distributieovereenkomst in augustus 2013 is ondertekend met aanvangsdatum 1 september 2013, dat zij tijdens de ondertekening op kantoor aanwezig was en dat de distributieovereenkomst na ondertekening door haar is gearchiveerd.

Naar het oordeel van de rechtbank kan deze verklaring niet anders worden begrepen dan dat Hienkens in 2013 bij het ondertekenen van de distributieovereenkomst aanwezig was.

4.9. Tegenover de hiervoor weergegeven verklaring van Hienkens en de verklaring die TW Steel heeft gegeven voor het niet-vermelden van de distributieovereenkomst in e-mails heeft de curator zijn stelling dat de distributieovereenkomst is geantedateerd onvoldoende concreet onderbouwd. Eén en ander betekent dat er vanuit moet worden gegaan dat de distributieovereenkomst daadwerkelijk op 15 augustus 2013 is gesloten. De rechtshandeling is daarmee niet binnen één jaar voor de faillietverklaring verricht, zodat het wettelijk bewijsvermoeden van artikel 43 Fw niet opgaat. De curator zal dus moeten stellen en bij betwisting bewijzen dat Celebration en TW Steel beiden wisten of behoorden te weten dat benadeling van schuldeisers het gevolg van hun handelen zou zijn.

4.10. Niet voldoende is dat de schuldenaar of de wederpartij wist of behoorde te weten dat de handeling de kans op benadeling van één of meer schuldeisers in het leven riep (HR 1 oktober 1993, NJ 1994/257), of dat er een verwachting is van een eventuele benadeling. Van wetenschap van benadeling is pas sprake, indien ten tijde van de

rechtshandeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien (HR 22 december 2009, NJ 2010/273 («**JOR**» 2011/19, m.nt. NEDF (*ABN Amro/Van Dooren q.q. III*); red.)). Dat daarvan sprake is, is door TW Steel betwist en door de curator onvoldoende (gemotiveerd) gesteld. Ter zitting heeft de curator immers erkend dat in 2013 niet te voorzien was dat Celebration failliet zou gaan. Van wetenschap van benadeling als hiervoor bedoeld kan dan al geen sprake meer zijn. Daar komt nog bij dat het feit dat de distributieovereenkomst bepalingen bevat die bij beëindiging van de overeenkomst nadelig zouden kunnen zijn voor Celebration en/of haar schuldeisers, niet zonder meer betekent dat bij het invoeren van deze bepalingen daadwerkelijk van benadeling sprake zou zijn. In augustus 2013 was immers nog niet voorzienbaar dat de schuldeisers van Celebration niet volledig voldaan zouden kunnen worden. Het beroep van de curator op artikel 42 Fw slaagt dan ook niet.

4.11. Het subsidiaire beroep van de curator op artikel 47 Fw slaagt evenmin, omdat het sluiten van de distributieovereenkomst niet kan worden gekwalificeerd als voldoening aan een opeisbare schuld. Genoemd artikel is daarmee niet van toepassing op de onderhavige situatie. Nu niet is komen vast te staan dat de distributieovereenkomst is geantedateerd en kort voor het faillissement is gesloten, slaagt het beroep van de curator op bedrog en misbruik van omstandigheden evenmin.

4.12. De conclusie van het vorenstaande is dat de buitengerechtelijke vernietiging van de distributieovereenkomst door de curator niet rechtsgeldig is. Nu de vorderingen I tot en met X een rechtsgeldige vernietiging van de distributieovereenkomst tot uitgangspunt hebben, zullen deze vorderingen worden afgewezen.

Vernietiging pandakte

4.13. Bij de eerder vermelde brief van 7 oktober 2016 heeft de curator niet alleen de distributieovereenkomst, maar ook de pandakte van 4 mei 2016 buitengerechtelijk vernietigd op grond van artikel 42 dan wel 47 Fw. Ook de geldigheid van die vernietiging is door TW Steel betwist.

4.14. In de distributieovereenkomst is geen rechtstreekse verplichting tot verpanding opgenomen. Wel is in artikel 7.1 een verplichting tot zekerheidsoverdracht opgenomen. Die bepaling levert ingevolge artikel 3:84 lid 3 BW echter geen geldige overdrachtstitel op, zodat artikel 7.1 geen werking heeft. Artikel 18 van de distributieovereenkomst bepaalt dat in geval een bepaling niet geldig is partijen die bepaling moeten vervangen door een geldige bepaling met zoveel mogelijk dezelfde gevolgen. TW Steel stelt zich op het standpunt dat partijen op grond van deze conversiebepaling verplicht waren om de zekerheidsoverdracht om te zetten in een verpanding. De curator betwist dat artikel 18 partijen daartoe verplicht.

4.15. De rechtbank overweegt dat TW Steel en Celebration op grond van de conversiebepaling van artikel 18 van de distributieovereenkomst verplicht waren de ongeldige zekerheidsoverdracht van de vorderingen om te zetten in een andere vorm van zekerheid. Verpanding van de vorderingen ligt dan het meest voor de hand, omdat de consequenties daarvan vergelijkbaar zijn met die van zekerheidsoverdracht. Anders dan de curator stelt, valt dan ook niet in te zien dat partijen op grond van artikel 18 niet tot verpanding hadden mogen en zelfs moeten overgaan. De verpanding is daarmee niet een onverplichte rechtshandeling, zodat artikel 42 Fw toepassing mist.

4.16. Artikel 47 Fw biedt de curator de mogelijkheid in twee nauwkeurig omschreven gevallen, verplichte rechtshandelingen te vernietigen:

- (i) de schuldeiser die betaling ontving wist dat het faillissement reeds was aangevraagd, of
- (ii) er is sprake geweest van 'overleg' dat ten doel had een schuldeiser boven de andere schuldeisers te begunstigen.

Dat sprake was van het eerste geval is gesteld noch gebleken. Volgens de curator heeft het tweede geval zich voorgedaan en is de totstandkoming van de pandakte het gevolg van overleg tussen TW Steel en Celebration dat ten doel had om TW Steel door deze overeenkomst boven de andere schuldeisers te bevoordelen. Alles wat in de periode

april en mei 2016 is geschied in de relatie TW Steel en Celebration is blijkens correspondentie in nauw overleg gegaan, aldus de curator.

4.17. De rechtbank stelt voorop dat voor de aanwezigheid van overleg als in artikel 47 Fw bedoeld volgens de Hoge Raad vereist is 'dat sprake is van samenspanning, dat wil zeggen dat niet alleen bij de schuldeiser, maar ook bij de schuldenaar het oogmerk heeft voorgezeten, door de gewraakte betaling deze schuldeiser boven anderen te begunstigen.' (HR 24 maart 1995, NJ 1995/628 (Gispén q.q./IFN)). Niet voldoende is voor het aannemen van overleg, de wetenschap van partijen dat 'het faillissement onontkoombaar is' (HR 29 juni 2001, **JOR 2001/220** (Meijs q.q./Bank of Tokyo)). Ook onvoldoende voor het aannemen van samenspanning is volgens de Hoge Raad, dat de wederpartij 'weet dat de gezamenlijke schuldeisers benadeeld zullen worden' (HR 20 november 1998, NJ 1999/611 (**«JOR» 1999/19**, m.nt. NEDF; *red.*) (Verkerk/Tiethoff q.q.)).

4.18. TW Steel betwist dat sprake is van samenspanning als hiervoor bedoeld en stelt dat ten tijde van het opmaken en registreren van de pandakte een faillissement van Celebration niet aan de orde was, omdat er – buiten de voorraad horloges van TW Steel – nog voor tenminste € 800.000,00 aan voorraad van andere merken horloges resteerde, terwijl de vorderingen van de overige schuldeisers € 130.000,00 bedroegen. Mede in het licht van dit verweer heeft de curator onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld waaruit het oogmerk van benadeling van schuldeisers bij zowel TW Steel en Celebration kan worden afgeleid. Het beroep van de curator op artikel 47 Fw slaagt dan ook niet.

4.19. De conclusie van het vorenstaande is dat de buitengerechtelijke vernietiging van de pandakte op grond van artikel 42 c.q. 47 Fw niet geldig is. Nu de vorderingen XI tot en met XIII allen uitgaan van een rechtsgeldige vernietiging van de pandakte zullen deze vorderingen worden afgewezen.

Opzegging distributieovereenkomst

4.20. Bij brief van 29 april 2016 heeft TW Steel de samenwerking met Celebration met onmiddellijke ingang beëindigd wegens het niet nakomen van de distributieovereenkomst. De curator stelt zich op het standpunt dat deze onmiddellijke opzegging in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. De opzeggingsgronden zijn immers zo ruim dat TW Steel daarop op nagenoeg elk moment een beroep kan doen, terwijl de gevolgen voor Celebration buitengewoon onredelijk en bezwarend zijn.

4.21. De rechtbank stelt allereerst vast dat [A.] als bestuurder van Celebration heeft ingestemd met de opzegging van de distributieovereenkomst. Daarmee is de opzegging in beginsel definitief en kan achteraf niet meer worden aangevoerd dat sprake is van wanprestatie aan de zijde van TW Steel, omdat de opzegging wegens het niet in acht nemen van een redelijke opzeggingstermijn in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou zijn. De curator heeft ter zitting echter aangevoerd dat de instemming van Celebration met de beëindiging een eenzijdige rechtshandeling is die door de curator kan worden vernietigd op grond van artikel 42 Fw. Op zich is dat juist, maar voor een geslaagd beroep op vernietiging op die grond is wetenschap van benadeling van schuldeisers bij [A.] als bestuurder van Celebration nodig. Dat van dergelijke wetenschap sprake was, is door TW Steel betwist en door de curator onvoldoende gesteld. Voor zover de curator in deze procedure al vernietiging van de instemming heeft gevorderd, slaagt die vordering dan ook niet.

4.22. Daar komt nog bij dat de gronden die TW Steel in haar brief van 29 april 2016 voor de opzegging heeft aangevoerd voldoende zijn om een onmiddellijke opzegging te rechtvaardigen. Door de curator is niet voldoende weersproken dat Celebration niet binnen afzienbare termijn de facturen van TW Steel zou kunnen voldoen en evenmin dat de ruzie tussen [A.] en [C.] ook voor TW Steel negatieve gevolgen had en bovendien leidde tot een wijziging in het management. Deze omstandigheden vormen ingevolge artikel 3 van de distributieovereenkomst ieder voor zich al voldoende grond voor een onmiddellijke opzegging.

4.23. Het vorenstaande betekent dat de distributieovereenkomst op 29 april 2016 op valide gronden en met instemming van Celebration met onmiddellijke ingang door TW Steel is beëindigd, zodat het beroep van de curator op opzegging in strijd met de redelijkheid en billijkheid niet slaagt. Van wanprestatie aan de kant van TW Steel is gelet op het

voorgaande evenmin sprake. Nu de vorderingen XIV tot en met XXIV uitgaan van een onredelijke opzegging van de distributieovereenkomst en hiervoor is vastgesteld dat daarvan geen sprake is, zullen die vorderingen worden afgewezen.

Ongerechtvaardigde verrijking

4.24. De curator stelt zich meer subsidiair op het standpunt dat sprake is van ongerechtvaardigde verrijking door TW Steel, omdat TW Steel nagenoeg de gehele onderneming van Celebration zonder geldige rechtsgrond heeft overgenomen.

4.25. Dit beroep op ongerechtvaardigde verrijking faalt, omdat de overname van de activa is gebaseerd op bepalingen in de distributieovereenkomst. De overname is daarmee niet zonder redelijke grond, en dus niet ongerechtvaardigd, geschied. De vorderingen XXV tot en met XXVII zullen dan ook worden afgewezen.

Onrechtmatige daad c.q. misbruik van recht

4.26. Uiterst subsidiair stelt de curator dat de handelwijze van TW Steel jegens Celebration onrechtmatig is geweest, althans misbruik van recht oplevert. Hij verwijt TW Steel kort gezegd dat zij een distributieovereenkomst heeft gesloten waarin beëindigingsgronden zijn opgenomen die feitelijk op elk willekeurig moment konden worden ingeroepen en waarbij Celebration verplicht was nagenoeg al haar activa aan TW Steel over te dragen als gevolg waarvan Celebration onvermijdelijk failliet zou gaan en waardoor andere schuldeisers onbetaald zouden blijven.

4.27. De door de curator aan deze vorderingen ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden zijn gelijk aan het feitencomplex dat ten grondslag is gelegd aan de hiervoor reeds besproken vorderingen en waarvan de rechtbank heeft geoordeeld dat de aangevoerde juridische en feitelijke grondslagen de vorderingen niet kunnen dragen. Niet valt in te zien waarom hetzelfde feitencomplex zonder bijkomende omstandigheden wel onrechtmatig handelen of misbruik van recht zou opleveren. De curator heeft voor toewijzing van de vordering op deze grondslagen dan ook onvoldoende gesteld. De vorderingen XXVIII tot en met XXXI zullen daarom worden afgewezen.

4.28. De curator zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van TW Steel worden begroot op:

(...; *red.*)

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt de curator in de proceskosten, (...; *red.*),

5.4. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

1. Voorwerp van geschil in deze procedure is een distributieovereenkomst tussen horlogeproducent TW Steel Europe BV ("TW Steel") en haar exclusieve distributeur in de Benelux, Celebration Benelux ("Celebration"). Op 29 april 2016 heeft TW Steel de distributieovereenkomst beëindigd vanwege organisatorische problemen bij Celebration, wijzigingen in het management van Celebration, het niet-voldoen aan betalingsverplichtingen en het niet-voldoen aan de

minimumafname van horloges. TW Steel heeft daarop, met een beroep op de bepalingen uit de distributieovereenkomst, de voorraad horloges van Celebration met een waarde van bijna € 400.000 teruggenomen en daarvan ongeveer 25% gecrediteerd. Kort daarna is het personeel van Celebration in dienst gegaan bij een andere aan TW Steel gelieerde vennootschap die de distributie in de Benelux zou voortzetten. De vorderingen van Celebration op derden zijn vervolgens op 4 mei 2016 stil verpand aan TW Steel. Die pandakte is op 24 mei 2016 door de Belastingdienst geregistreerd.

2. Op 10 juni 2016 is aan Celebration voorlopige surseance verleend, welke op 15 juni 2016 is omgezet in faillissement. De curator van Celebration probeert in deze procedure zowel de distributieovereenkomst als de daaropvolgende verpanding van vorderingen aan te tasten. Dat de gronden voor de opzegging ingetreden waren, lijkt niet ter discussie te staan. De curator richt zijn pijlen vooral op de nadelige gevolgen van die opzegging. Volgens de curator heeft TW Steel door overname van al het personeel, de vorderingen, de voorraden en de domeinnamen *de facto* de gehele onderneming van Celebration naar zich toe getrokken. De distributieovereenkomst geeft TW Steel daartoe de mogelijkheid, zonder dat daar enige vergoeding voor Celebration tegenover staat. De curator heeft daarom de distributieovereenkomst vernietigd op grond van primair art. 42 Fw en subsidiair art. 47 Fw.

3. De rechtbank oordeelt dat de distributieovereenkomst een onverplicht verrichte meezijdige rechtshandeling is, die anders dan om niet is verricht (r.o. 4.4). Daaruit volgt reeds dat het beroep op art. 47 Fw niet kan slagen, omdat art. 47 Fw alleen van toepassing is bij verplicht verrichte rechtshandelingen. Vervolgens somt de rechtbank de vereisten van art. 42 Fw op (r.o. 4.5), te weten (i) de rechtshandeling moet één of meer schuldeisers hebben benadeeld, (ii) de schuldenaar wist of behoorde te weten dat het verrichten van de rechtshandeling tot zodanige benadeling zou leiden en (iii) de wederpartij had die wetenschap eveneens. De rechtbank begint haar beoordeling echter niet bij dat wat de actio pauliana beoogt te bestrijden (benadeling), maar bij de vraag of de betrokken partijen “wetenschap van benadeling” hadden (vereisten ii en iii). Dat is curieus omdat geen sprake kan zijn van wetenschap van benadeling als schuldeisers niet daadwerkelijk zijn benadeeld.

4. De curator heeft in het kader van de “wetenschap van benadeling” gesteld dat er bewijsvermoedens van art. 43 Fw van toepassing zijn, omdat de distributieovereenkomst weliswaar is gedateerd op 15 augustus 2013, maar pas op 29 april 2016 zou zijn gesloten en dus binnen één jaar voor de faillietverklaring van Celebration. Hij heeft hiertoe verscheidene omstandigheden aangevoerd (r.o. 4.7) die door TW Steel gemotiveerd zijn betwist (r.o. 4.8). De rechtbank is van oordeel (r.o. 4.9) dat de distributieovereenkomst niet is geantedateerd en dat de bewijsvermoedens van art. 43 Fw dus niet van toepassing zijn.

5. De bewijslast dat partijen ten tijde van het aangaan van de distributieovereenkomst “wetenschap van benadeling” hadden, rust dus op de curator. In HR 22 december 2009, «JOR» 2011/19 m.nt. NEDF (*ABN Amro/Van Dooren q.q. III*) is geoordeeld dat sprake is van “wetenschap van benadeling” in de zin van art. 42 Fw, indien “ten tijde van de rechtshandeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor zowel de schuldenaar als degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte”. Deze door de Hoge Raad gegeven maatstaf voor “wetenschap van benadeling” is in de literatuur veel besproken en bekritiseerd. Kort samengevat is de kritiek dat bewijs van “wetenschap van benadeling” ook op andere manieren moet kunnen worden geleverd dan door aan te tonen dat een faillissement en een tekort daarin redelijkerwijs voorzienbaar waren. Ik verwijs naar Hof Den Haag 29 november 2016, «JOR» 2017/54, m.nt. Ortiz Aldana (*Spaa q.q./Paro Transport*). Zie ook R.J. van der Weijden in zijn annotatie onder Hof Arnhem-Leeuwarden 14 februari 2017, «JOR» 2017/244 (*Pol q.q./HPS Beheer*). Zie verder voor een uitvoerig overzicht en heldere analyse R.J. van der Weijden, ‘Wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw en de voorzienbaarheid van het faillissement van de schuldenaar’, *MvV* 2017, nr. 10, p. 285-289. A-G Timmerman verwijst in zijn conclusie d.d. 23 maart jl. in de zaak van Spaa q.q./Paro Transport (ECLI:NL:PHR:2018:335) naar voornoemde kritiek (punt 3.6) en concludeert dat het Hof Den Haag in die zaak geen onjuiste invulling heeft gegeven aan de hiervoor genoemde maatstaf, door ook andere omstandigheden mee te wegen dan enkel die omstandigheden die zagen op de “wetenschap van het faillissement en het tekort daarin”. Die conclusie is door de Hoge Raad gevolgd en afgedaan op art. 81 RO, zie HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:724 (*Paro Transport/Spaa q.q.*).

6. Volgens de rechtbank (r.o. 4.10) heeft de curator in deze zaak de “wetenschap van benadeling” niet kunnen bewijzen. Los van de vraag welke omstandigheden in deze concrete zaak speelden, oordeelt de rechtbank dat van

“wetenschap van benadeling” al geen sprake meer kán zijn omdat de curator heeft erkend dat in 2013 niet te voorzien was dat Celebration failliet zou gaan en dat ook niet voorzienbaar was dat de schuldeisers van Celebration niet volledig voldaan zouden kunnen worden. Gelet op wat ik hiervóór weergaf (zie punt 7), lijkt me dat te kort door de bocht. Of dat in deze zaak veel uitmaakt, is overigens maar de vraag. De rechtbank heeft namelijk vervolgens geoordeeld (r.o. 4.10) dat het enkele feit dat de distributieovereenkomst nadelige bepalingen voor Celebration bevat, nog niet betekent dat bij het inroepen van deze bepalingen van benadeling sprake zou zijn. Bij de vraag of sprake is van benadeling, dient een vergelijking te worden gemaakt tussen de feitelijke situatie waarin de schuldeisers verkeren, en de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerd als de gewraakte rechtshandeling (hier de distributieovereenkomst) wordt “weggedacht”, zie HR 29 november 2001, «**JOR**» **2001/269**, m.nt. NEDF (*Diepstraten/Gilhuis q.q.*). Bij die vergelijking spelen niet alleen de voor Celebration benadelende bepalingen uit de distributieovereenkomst een rol, maar ook de bepalingen die juist in haar voordeel zijn (vgl. art. 51 lid 3 Fw). Hoewel ik de curator een heel eind kan volgen in zijn gedachte dat Celebration hier op de één of andere manier benadeeld lijkt te zijn, lijkt het me erg lastig om te bewijzen dat de distributieovereenkomst *an sich* benadelend is.

7. De curator heeft ook de pandakte van 4 mei 2016 (iets meer dan een maand vóór faillietverklaring) waarbij vorderingen van Celebration aan TW Steel zijn verpand, vernietigd met een beroep op primair art. 42 Fw en subsidiair art. 47 Fw (r.o. 4.13). De rechtbank beoordeelt eerst het al dan niet verplichte karakter van de verrichte rechtshandeling (r.o. 4.14 en 4.15). De distributieovereenkomst bevatte een verplichting tot het in zekerheid overdragen van vorderingen. Nu fiduciaire zekerheidsoverdracht sinds de invoering van het huidige BW in 1992 niet meer mogelijk is (art. 3:84 lid 3 BW), hebben partijen invulling gegeven aan deze bepaling door de vorderingen stil te verpanden. TW Steel beroept zich erop dat partijen in de distributieovereenkomst ook hebben afgesproken dat wanneer een bepaling niet geldig is, partijen deze zullen vervangen door een geldige bepaling met zoveel mogelijk dezelfde gevolgen. Om die reden zou volgens TW Steel de stille verpanding geen onverplichte rechtshandeling zijn als bedoeld in art. 42 Fw. De rechtbank sluit zich daarbij aan en oordeelt (r.o. 4.15) dat sprake is van een verplichte rechtshandeling.

8. Art. 86 Overgangswet nieuw BW bevat voor de ten tijde van invoering van het huidige BW reeds bestaande zekerheidsoverdrachten een conversiebepaling ten behoeve van degene aan wie het goed tot zekerheid was overgedragen. De vraag is of een zekerheidsoverdracht van vorderingen, die heeft plaatsgevonden ná invoering van het huidige BW, zonder meer kan worden geconverteerd (art. 3:42 BW) in een stil pandrecht. Voor een stil pandrecht gelden immers vestigingsvereisten (authentieke of onderhands geregistreerde akte, art. 3:239 BW). Als de zekerheidsoverdracht niet bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte heeft plaatsgevonden, komt het mij voor dat conversie in een stil pandrecht niet mogelijk is (vgl. de noot van Rongen bij Ktr. Terneuzen 19 augustus 1998, «**JOR**» **1999/43**). In onderhavige zaak bevatte de distributieovereenkomst echter niet de zekerheidsoverdracht zélf, maar de *verplichting* tot zekerheidsoverdracht. Mijns inziens kan die bepaling wél worden geconverteerd in een *verplichting* tot verpanding, als voor de verpanding zélf vervolgens aan de vestigingsvereisten wordt voldaan. Hieraan doet niet af dat partijen ten tijde van het sluiten van de rechtshandeling hadden kunnen of behoren te weten dat een zekerheidsoverdracht in strijd is met het fiduciaverbod (Parl. Gesch. Boek 3, p. 200). De bedoeling van partijen strekte ertoe een verplichting tot het verschaffen van zekerheid te creëren en een (stil) pandrecht is de meest voor hand liggende vervanging voor een zekerheidsoverdracht (vgl. *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/567*).

9. Ook bij vernietiging van een verplicht verrichte rechtshandeling is vereist dat sprake is van benadeling van schuldeisers, hoewel dat niet met zoveel woorden in art. 47 Fw staat, vgl. HR 22 maart 1991, *NJ* 1992/214 m.nt. PvS (*Loeffen q.q./Mees & Hope II*). Daarnaast dient sprake te zijn van de situatie dat ofwel (a) de schuldeiser die de prestatie ontving, wist dat het faillissement reeds was aangevraagd ofwel (b) er overleg was tussen schuldenaar en schuldeiser dat ten doel had de schuldeiser boven andere schuldeisers te bevoordelen. Ook hier slaat de rechtbank de toets of sprake was van benadeling over, en gaat direct over op deze criteria (r.o. 4.16 t/m 4.19), om vervolgens te concluderen dat geen sprake was van overleg tussen TW Steel en Celebration in de zin van art. 47 Fw.

10. De curator heeft zich ook nog (zonder succes) beroepen op het feit dat opzegging van de distributieovereenkomst in strijd was met de redelijkheid en billijkheid (r.o. 4.20 t/m 4.23), dat er sprake was van ongerechtvaardigde verrijking (r.o. 4.24 en 4.25), en dat de opzegging onrechtmatig was en misbruik van recht opleverde (r.o. 4.26 en 4.27). Ik maak hierbij nog een enkele kanttekening. De rechtbank oordeelt (r.o. 4.27) dat niet valt in te zien waarom een

feitencomplex dat niet paulianeus is, zonder bijkomende omstandigheden wél onrechtmatig zou kunnen zijn. In HR 16 juni 2000, «**JOR**» **2000/201** (*Van Dooren q.q./ABN AMRO I*) heeft de Hoge Raad inderdaad geoordeeld dat slechts in uitzonderingsgevallen sprake kan zijn van een onrechtmatige daad, wanneer vaststaat dat géén sprake is van een paulianeuze rechtshandeling. Waar het om gaat is of, zoals de rechtbank in deze zaak ook terecht oordeelt, er “bijkomende omstandigheden” aanwezig zijn buiten de verrichte rechtshandeling zélf die maken dat de wederpartij van die niet-paulianeuze rechtshandeling, tóch onrechtmatig heeft gehandeld jegens de schuldenaar. In zijn *NJ*-annotatie onder *Van Dooren/ABN AMRO I* (*NJ* 2000/578) noemt Van Schilfgaarde als voorbeeld de situatie dat de rechtshandeling het gevolg is geweest van de uitoefening van “ongeoorloofde pressie” op de schuldenaar. In dat geval zou sprake kunnen zijn van dergelijke bijkomende omstandigheden die een op zichzelf niet-paulianeuze rechtshandeling toch onrechtmatig kan maken. Dergelijke omstandigheden waren in deze zaak, zo leid ik uit het vonnis af, niet aanwezig.

mr. F. Ortiz Aldana, advocaat en curator bij Dekker en Smits advocaten te Rosmalen
