

walter heeft echter ook als opdracht gekregen om te onderzoeken of het centrum van de voornaamste belangen in Duitsland is gelegen. Het oordeel van de Duitse rechter over het centrum van de voornaamste belangen lijkt daarvoor niet definitief. Bij de verdere beoordeling van het onderhavige verzoek zal de rechtbank dit oordeel wel volgen, aangezien er op dit moment geen objectieve factoren vastgesteld kunnen worden waaruit blijkt dat het centrum van de voornaamste belangen elders zou zijn gelegen. De voorlopige Insolvenzverwalter staat vermeld op lijst C bij de Insolventieverordening. Uit het Beschluss van 26 oktober 2016 blijkt dat Hanjin Europe het beheer en de beschikking over haar vermogen (in ieder geval gedeeltelijk) is verloren. Dit leidt tot het oordeel dat de procedure die in Duitsland is geopend, een insolventieprocedure is als bedoeld in art. 3 lid 1 van de Insolventieverordening, geopend in het land waar het centrum van de voornaamste belangen is gelegen. De voorlopige Insolvenzverwalter is derhalve bevoegd om een secundaire procedure aan te vragen.

4.2.1 Aangezien Hanjin Europe een vestiging in Rotterdam heeft, kan de Nederlandse rechter een secundaire insolventieprocedure openen. Art. 27 Insolventieverordening bepaalt dat de insolventie van de Nederlandse vestiging van Hanjin Europe daarvoor niet behandeld hoeft te worden. De bewoordingen van deze bepaling laten enige ruimte voor toetsing. In dit geval is dat ook op zijn plaats, aangezien de twee beslissingen die zijn overgelegd geen definitief oordeel bevatten omtrent de insolventie van Hanjin Europe. De voorlopige Insolvenzverwalter heeft in de Duitse voorlopige procedure de opdracht gekregen om onderzoek te doen naar de staat van de boedel. In het verzoek heeft de voorlopige Insolvenzverwalter uiteen gezet dat Hanjin Europe vanwege insolventie heeft gevraagd om toepassing van de Insolvenzverfahren, en dat de verwachting is dat deze definitief zal worden toegekend op of omstreeks 1 december 2016. De voorlopige Insolvenzverwalter schat in dat er onvoldoende boedelactief zal zijn om het salaris van het personeel over de opzegtermijn te voldoen. Gezien het voorgaande acht de rechtbank de insolventie op dit moment voldoende gebleken.

4.2.2 Er is ook belang bij de opening van een secundaire insolventieprocedure. De voorlopige Insolvenzverwalter heeft gesteld dat de salarissen van de werknemers vanaf november 2016 niet meer kunnen worden betaald. Het gaat om een maandelijks bedrag van ongeveer € 150.000. Het Duitse Bundesagentur für Arbeit biedt geen compensatie aan Nederlandse werknemers voor wegens faillissement onbetaald gebleven loon. De voorlopige Insolvenzverwalter heeft een secundaire procedure nodig, teneinde de huur- en arbeidsovereenkomsten in Nederland af te wik-

kelen en de Nederlandse activa te gelde te maken.

4.2.3 Op grond van het voorgaande zal de rechtbank het faillissement van Hanjin Europe uitspreken en daarbij bepalen dat het een secundaire insolventieprocedure betreft.

## 5 De beslissing

De rechtbank,

verklaart Hanjin Shipping Europe GmbH & Co. KG vernoemd in staat van faillissement;

bepaalt dat dit een secundaire insolventieprocedure betreft;

benoemt tot rechter-commissaris mr. A. Lablans, lid van deze rechtbank;

stelt aan tot curator mr. C.F.W.A. Hamm, advocaat te Rotterdam;

geeft last aan de curator tot het openen van brieven en telegrammen aan de gefailleerde gericht.

## RI 2017/31

### RECHTBANK ZEELAND-WEST-BRABANT

2 maart 2016, nr. C/02/287330 / HA ZA 14-651 (Mr. Combee)

Art. 6:162 BW; art. 42 en 54 Fw

ECLI:NL:RBZWB:2016:8181

### **Onrechtmatige daad. Pauliana. Verrekening. Is het overnemen van activiteiten voorafgaand aan faillissement onrechtmatig of paulianeus? Zijn vordering en schuld terecht verrekend?**

*Transportbedrijf Dekker wordt op 27 maart 2012 failliet verklaard. Op 19 maart 2012 bood Transportbedrijf Dekker aan Vermeer Transport de diensten van haar chauffeurs aan. Dezelfde dag wilde financier De Lage Landen vrachtauto's terughalen, maar zij bevonden zich al bij Vermeer Transport. Per 20 maart 2012 beëindigden Transportbedrijf Dekker en (privé)persoon Vermeer de huur van het door Transportbedrijf Dekker gebruikte magazijn. Daardoor kreeg Vermeer Transport de beschikking over de daarin opgeslagen goederen van een belangrijke klant van Transportbedrijf Dekker. Vermeer Transport voerde van 20 tot en met 27 maart 2012 transporten voor die belangrijke klant uit. Zij brengt deze werkzaamheden bij die klant in rekening. Transportbedrijf Dekker brengt de kosten voor het inzetten van haar chauffeurs aan Vermeer Transport in rekening. Vermeer Transport verrekenet deze schuld met een reeds bestaande vordering op Transportbedrijf Dekker. De curator verwijt Vermeer Transport zonder recht en/of titel – en dus onrechtmatig – activiteiten en/of opdrachten van Transportbedrijf Dekker vóór da-*

tum faillissement te hebben overgenomen. Dat Vermeer Transport dat zonder vergoeding deed, acht de curator voorts paulianeus. Daarnaast vindt hij de verrekening van de schuld van Vermeer Transport aan Transportbedrijf Dekker uit hoofde van het inhuren van de chauffeurs, met de vordering van Vermeer Transport in strijd met art. 54 Fw.

*Rb.: Het handelen met iemand terwijl men weet dat deze door dit handelen een door die persoon met een derde gesloten overeenkomst of verbintenis uit de wet schendt, is op zichzelf tegenover die derde niet onrechtmatig. Onrechtmatigheid zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Wat er van die omstandigheden van het geval echter zij, het causaal verband tussen de verweten onrechtmatige gedraging en de gestelde schade ontbreekt. Omdat financier De Lage Landen op 19 maart 2012 de vrachtwagens had willen weghalen, zou Transportbedrijf Dekker niet in de gelegenheid zijn geweest zelf transportdiensten ten behoeve van de belangrijke klant te verrichten. Er is geen schade. Om dezelfde reden wijst de rechtbank vordering uit hoofde van de faillissementspauliana af.*

De verrekening door Vermeer Transport van haar schuld uit hoofde van het inlenen van de chauffeurs met haar vordering op Transportbedrijf Dekker wordt niet getroffen door het verrekeningsverbod van art. 54 Fw. Vermeer Transport heeft die schuld immers niet van een derde overgenomen. De verrekening strandt ook niet op art. 42 Fw, nu de verrekening heeft plaatsgevonden ná datum faillissement en art. 42 Fw ziet op rechtshandelingen verricht vóór datum faillissement.

**Zie ook:**

- HR 10 juli 2015, RI 2015/85, JOR 2015/282 (*Wemaro/De Bok q.q.*);
- HR 21 juni 2013, RI 2013/90 (*Eringa q.q./ABN AMRO Bank*);
- HR 7 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:A10280, NJ 2004/61, JOR 2004/57 (*Bouma c.s./Van der Heijden*);
- N.E.D. Faber, 'Artikel 54 Fw.: Anno 2015', in: Ph. W. Schreurs c.s. (red.) *Insolad Jaarboek 2015*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 393 e.v.

**Zie anders:**

- Noot Faber onder HR 10 juli 2015, JOR 2015/282 (*Wemaro/De Bok q.q.*), nr. 2 (overzicht lagere rechtspraak).

**Wenk:**

In deze procedure probeert de curator de in zijn ogen benadelende handelingen van schuldeiser Vermeer Transport jegens de boedel aan te tasten. Het zint de curator niet dat de schuldeiser in de week voor failliet-

verklaring omzet op een belangrijke klant van de schuldenaar heeft gerealiseerd. Hij acht dat onrechtmatig of paulianeus. Het zint hem bovendien niet dat de schuldeiser in de week voor faillissement een schuld aan de schuldenaar heeft gekregen die zij ná datum faillissement met haar al voor datum faillissement bestaande vordering verrekent.

De onrechtmatiggedaadsvordering doet de rechtbank af met een beroep op het ontbreken van causaal verband tussen de beweerdelijke onrechtmatige gedragingen en de beweerdelijke schade. Voor zover de vordering was gebaseerd op de actio pauliana oordeelt de rechtbank dat geen sprake is van benadeling. De schuldeiser had immers de gevraagde diensten niet zelf kunnen uitvoeren. Zij is dus geen omzet misgelopen. Dat lijkt maar een gedeelte van het verhaal. Had de crediteur niet vlak voor faillissement de diensten verricht, dan had de curator na datum faillissement mogelijk nog enige business kunnen verkopen (de mogelijkheid de diensten alsnog te verrichten en daar een klant aan over te houden). Die 'business opportunity' is uiteraard geld waard. Het niet kunnen realiseren van deze 'business opportunity' zou dan de benadeling kunnen zijn.

De curator tracht ook de verrekening van de kosten van inhuur van chauffeurs door Vermeer Transport met haar vordering op Transportbedrijf Dekker, aan te tasten. De rechtbank had kunnen volstaan met een verwijzing naar de arresten *Eringa q.q./ABN AMRO Bank* en *Wemaro/De Bok q.q.* Zowel op grond van de letterlijke tekst als de strekking van art. 54 Fw is het beroep op dit artikel af te wijzen. Vermeer Transport heeft de schuld uit hoofde van de inhuur van chauffeurs immers niet van een derde overgenomen: het is een schuld van haarzelf. Daarop heeft art. 54 Fw, anders dan in lagere rechtspraak wel werd aangenomen (zie noot Faber onder *Wemaro/De Bok q.q.*, nr. 2), geen betrekking.

In het arrest *Wemaro/De Bok q.q.* overweegt de Hoge Raad dat indien art. 54 Fw niet van toepassing is, de art. 42 Fw en 6:162 BW dat wel kunnen zijn. In deze zaak acht de rechtbank art. 42 Fw niet van toepassing, omdat de gewraakte rechtshandeling – de verrekening – na datum faillissement heeft plaatsgevonden, terwijl art. 42 Fw ziet op rechtshandelingen verricht vóór faillissement. Gevolg is dat Vermeer Transport haar vordering voor een deel voldaan ziet ten koste van de boedel: zou verrekening niet mogelijk zijn, dan zou de vordering uit hoofde van de inhuur van chauffeurs in de boedel zijn gevloeid. Het door de rechtbank gehanteerde criterium lijkt niet juist. In lijn

met vaste jurisprudentie van de Hoge Raad zou de inhuur als benadelende rechtshandeling aan de actio pauliana ten grondslag moeten liggen (vgl. noot Faber onder *Wemaro/De Bok q.q.*, nr. 6). Vervolgens zou de te nemen horde die van de vereiste wetenschap van benadeling zijn: waren ten tijde van de handeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te voorzien? (HR 22 december 2009, *RI 2010/17, ABN AMRO Bank/ Van Dooren q.q.*). In dit geval lijkt een beroep op art. 42 Fw wel kans van slagen te hebben. (J.A. Stal)

C, in hoedanigheid van curator in het faillissement van Internationaal Transportbedrijf A. Dekker en Zn. BV, eiser, adv. mr. P.A. Kerkhof, tegen

Chr. Vermeer Transport BV, te Loon op Zand, gedaagde, adv. mr. E.L. de Haan.

### Rechtbank, locatie Breda:

#### 1 De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
  - het tussenvonnissen van 17 december 2014 en de daarin genoemde stukken,
  - het proces-verbaal van comparitie, gehouden op 11 maart 2015,
  - de akte overleggen producties, met producties genummerd 5 t/m 7, zijdens Vermeer Transport,
  - de conclusie van repliek tevens houdende wijziging van eis, met producties genummerd 8 t/m 11,
  - de conclusie van dupliek.

- 1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

#### 2 Het geschil

2.1. De curator vordert, na eiswijziging, dat de rechtbank bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, Vermeer Transport veroordeelt tot betaling aan de curator:

- a. van € 44.390,11, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening alsmede,
- b. van € 11.406,15, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening en,
- c. van € 1.815,00 ter zake buitengerechtigde incassokosten en,
- d. van de proceskosten.

2.2. Vermeer Transport voert verweer.

#### 3 De beoordeling

3.1. Tussen partijen kan in dit geding van de navolgende vaststaande feiten worden uitgegaan.

3.1.1. Op 27 maart 2012 is Internationaal Transportbedrijf A. Dekker en Zn. BV (hierna: Dekker) in staat van faillissement verklaard

door de rechtbank te Breda. Tot curator is benoemd mr. J.L.G.M. Verwiël.

3.1.2. Dekker verrichtte in het verleden transporten vanuit Dongen en Montfort. Er werd hoofdzakelijk voor vaste opdrachtgevers gewerkt. Bij de onderneming waren laatstelijk 21 werknemers in dienst. Dekker had de beschikking over 27 vrachtwagens. Een deel daarvan was eigendom van Den Dekker, een deel werd geleased via Lage Landen. Vanuit de vestiging in Montfort werden circa acht vrachtwagens ingezet, de overige circa negentien vrachtwagens werden ingezet vanuit Dongen.

3.1.3. In Dongen was een grote opdrachtgever Den Braven Sealants BV (hierna: Den Braven), gevestigd te Oosterhout. Dekker bezorgde de producten van Den Braven, te weten kisten, bij afnemers in Nederland. In dat verband hield Dekker een magazijn aan op het adres (adresgegevens). Daarin lagen de goederen van Den Braven opgeslagen. Den Braven was verantwoordelijk voor 70% van de omzet van Dekker. De gemiddelde factuurwaarde van deze door Dekker aan Den Braven gefactureerde omzet beliep circa € 40.000.

3.1.4. Per datum faillissement was enig (indirect) aandeelhouder en statutair bestuurder van Dekker de heer A. A was niet of nauwelijks op de vestigingen in Dongen en Montfort aanwezig. De administratie van Dekker werd voor een deel vanuit de kantoorruimte te Dongen gevoerd door mevrouw B. Ook de echtgenote van A hield zich bezig met de administratie. De administrateur van Dekker voor faillissement was D, verbonden aan administratiekantoor WEA Deltaland Accountants en Adviseurs.

3.1.5. In de weken voorafgaand aan het faillissement was A ziek en niet meer betrokken bij de bedrijfsactiviteiten van Dekker. Vanwege teruglopende omzetten, aanhoudende verliezen en liquiditeitsproblemen heeft A D opgedragen in zijn naam het faillissement aan te vragen.

3.1.6. Dekker had voorafgaand aan het faillissement meerdere relaties met de heer (voorletters de heer Vermeer) Vermeer in privé (hierna: Vermeer) dan wel zijn vennootschappen. Zo werd de kantoorruimte met kantine-ruimte in Dongen gehuurd van Vermeer in privé. Ook waren tussen Vermeer en Dekker afspraken gemaakt over het gebruik van een aangrenzend magazijn door Vermeer. Ook een deel van de kantoorinventaris werd door Vermeer aan Dekker ter beschikking gesteld.

3.1.7. Vermeer is enig bestuurder en indirect enig aandeelhouder van Vermeer Transport. Vermeer Transport verrichtte transportwerkzaamheden voor en leverde goederen (brandstof) aan Dekker. In dat kader stond per faillissementsdatum een vordering van € 41.366,61 van Vermeer Transport open op Dekker.

3.1.8. Chr. Vermeer Services BV verrichtte reparaties aan voertuigen van Dekker. Uit deze hoofde was er een vordering ad € 76.492,86 op Dekker per datum faillissement.

3.1.9. Chr. Vermeer Vastgoed BV had per datum faillissement een vordering van € 3.032,97 op Dekker.

3.1.10. Voorafgaand aan het faillissement heeft D op 19 maart 2012 al het personeel van Dekker op de vestiging te Dongen bijeengeroepen. Op deze bijeenkomst heeft D het woord gevoerd namens A, die vanwege ziekte afwezig was. Er is door D aangegeven dat het bedrijf technisch failliet was en dat de aanvraag voor het faillissement pas in de week daarna door de rechtbank kon worden behandeld.

3.1.11. D en Vermeer Transport hebben op 19 maart 2012 afgesproken dat Vermeer Transport chauffeurs van Dekker kon inzetten en dat Dekker daarvoor een bedrag van € 20 exclusief btw per uur per chauffeur in rekening zou brengen.

3.1.12. Op dezelfde datum is tussen D en Vermeer afgesproken dat de huurrelatie met betrekking tot het magazijn per 20 maart 2012 werd beëindigd. Vermeer kreeg daarmee weer zelf de beschikking over het magazijn en de zich daarin bevindende goederen van Den Braven.

3.1.13. Door Vermeer Transport zijn transportwerkzaamheden verricht voor Den Braven in de periode vanaf 20 maart 2012 tot en met 27 maart 2012, de datum van het faillissement van Dekker. Vermeer Transport heeft deze werkzaamheden aan Den Braven in rekening gebracht.

3.1.14. Dekker heeft over week 12 een factuur d.d. 23 maart 2012 aan Vermeer Transport gezonden voor een totaal bedrag van € 7.836,15 inclusief btw. Voor week 13 is geen factuur uitgebracht.

3.1.15. Per de faillissementsdatum is door de curator geen enkele vrachtauto aangetroffen op de locatie van Dekker in Dongen.

3.2. De curator grondt zijn vordering onder a. primair op art. 6:162 BW. Hij voert daartoe aan dat Vermeer Transport zich zonder recht en/of titel de activiteiten en/of opdrachten en/of opdrachtgever van Dekker vóór de faillissementsdatum heeft overgenomen. Vermeer Transport heeft dat in ieder geval gedaan vanaf 20 maart 2012. Vanaf die periode tot de datum van het faillissement (het gaat om zes werkdagen) heeft zij de transportwerkzaamheden verricht voor een vaste opdrachtgever van Dekker, namelijk Den Braven en heeft zij de verrichte transportwerkzaamheden aan die opdrachtgever gefactureerd. Vermeer Transport heeft ook altijd de bedoeling gehad om de bedrijfsactiviteiten/opdrachtgever over te nemen. Daarover is nimmer overeenstemming geweest met Dekker. Daarmee staat het onrechtmatige

karakter van de gedragingen van Vermeer Transport vast. Duidelijk is ook dat er sprake is van opzet. Voorts is duidelijk dat sprake is van causaal verband tussen de onrechtmatige daad en de schade. De schade bestaat voor Dekker uit het mislopen van de omzet die Dekker aan Den Braven in rekening had kunnen brengen. Het gaat dan om een bedrag van € 44.390,11 (inclusief btw). Dit schadebedrag blijkt uit de facturen die door Den Braven zijn ontvangen van Vermeer Transport en zijn voldaan.

3.3. Vermeer Transport betwist dat zij onrechtmatig heeft gehandeld. Voor zover Vermeer Transport al een recht of titel nodig zou hebben om Den Braven te bedienen, beschikte zij daarover nu D namens Dekker haar gevraagd had om Den Braven tijdelijk te bedienen. Het staat Vermeer Transport overigens vrij om een opdracht die haar door Den Braven wordt aangeboden te aanvaarden, of hier nou een actief wervingsproces van haar zijde aan vooraf is gegaan of niet. Dat wordt niet anders als Vermeer Transport weet dat Den Braven reeds klant is bij Dekker. Dat heet gewoon concurreren, aldus Vermeer Transport.

3.4. Als uitgangspunt bij beoordeling van de vordering van de curator jegens Vermeer Transport vanwege onrechtmatig handelen heeft het volgende te gelden. Het handelen met iemand terwijl men weet dat deze door dit handelen een door die persoon met een derde gesloten overeenkomst of verbintenis uit de wet schendt, is op zichzelf tegenover die derde niet onrechtmatig. Of een dergelijk handelen jegens die derde onrechtmatig is, hangt af van de omstandigheden van het geval.

3.5. De curator stelt in dit verband de volgende omstandigheden:

- Vermeer Transport hoorde mogelijk eerder, maar in ieder geval op de bijeenkomst van 19 mei 2012 dat Dekker haar faillissement zou aanvragen.

- Vermeer heeft Den Braven ingelicht over naderende faillissement van Dekker.

- Den Braven was bezorgd over de continuïteit van de bezorging van haar producten aan haar afnemers gelet op het aanstaande faillissement van Dekker.

- Vermeer Transport wilde Den Braven overnemen en heeft zich, juist met de voorkennis die zij had, gepresenteerd als reddende engel.

- Vermeer Transport wist dat Den Braven de belangrijkste klant van Dekker was.

- Vermeer Transport heeft de opdrachten voor Den Braven kunnen verrichten omdat zij gebruikmaakte van chauffeurs die bij Dekker in dienst waren.

- Vermeer Transport heeft het Dekker onmogelijk gemaakt om zelf de transportwerkzaamheden in opdracht van Den Braven te verrichten nu Vermeer Transport op 19 mei 2012 de

vrachtwagens van Dekker onder zich heeft genomen.

– Dekker heeft Vermeer Transport geen toestemming gegeven om Den Braven over te nemen en heeft Den Braven hierover niet ingelicht.

– Vermeer Transport heeft geprofiteerd van opdracht van Den Braven ten koste van boedel. Dit profiteren bestaan uit de omvang van de omzet.

– Vermeer Transport heeft ten onrechte geen vergoeding aan Dekker betaald in verband met het overnemen van de werkzaamheden.

3.6. De rechtbank overweegt dat zelfs indien voornoemde omstandigheden vast komen te staan, hetgeen niet zonder meer het geval is nu deze door Vermeer Transport merendeels worden betwist, sprake moet zijn van een causaal verband (de zogenaamde *conditio sine qua non*) tussen de verweten onrechtmatige gedragingen en de gestelde schade. Van belang is in dit verband dat de werkzaamheden door Vermeer Transport voor Den Braven hebben plaatsgevonden vanaf 20 maart 2012.

Op 19 mei 2012 heeft D aan het personeel van Dekker onder meer medegedeeld dat het bedrijf technisch failliet was, dat het faillissement zou worden aangevraagd en dat er geen geld was om de lonen uit te betalen (pagina 6 onder c in de dagvaarding). Daarnaast heeft D op 19 mei 2012 met Vermeer Transport afgesproken dat deze chauffeurs van Dekker kon inhuren tegen een bedrag van € 20 per uur. Voorts heeft D die dag de huurrelatie met Vermeer in privé met betrekking tot het magazijn per direct beëindigd. Vermeer kreeg daarmee de beschikking over het magazijn en de zich daarin bevindende goederen van Den Braven.

In de brief gedateerd 25 maart 2015 heeft de curator weergegeven wat D aan hem heeft verklaard, welke verklaring is ondertekend door de heer D. In deze brief is opgenomen dat Vermeer een groot aantal auto's (de rechtbank begrijpt vrachtauto's) heeft weggehaald op de avond van 19 maart 2012. Voorts is opgenomen:

“Blijkbaar was Vermeer op de hoogte van het feit dat Lage Landen de auto's kwam ophalen. Lage Landen is die avond gekomen om de auto's op te halen, maar toen bleek dat Vermeer de auto's al achter zijn eigen hek had gezet. Lage Landen wilde een beroep doen op haar retentierecht.”

Uit het vorenstaande leidt de rechtbank af dat Dekker op 20 maart 2012, ook in het geval dat Vermeer de vrachtauto's niet zou hebben weggenomen (zoals Vermeer stelt), niet de beschikking zou hebben gehad over al haar vrachtauto's, omdat Lage Landen deze, in ieder geval gedeeltelijk, wenste mee te nemen. Ter comparitie heeft de curator desgevraagd aangegeven dat Den Braven door Dekker bediend

had kunnen worden wanneer Vermeer de vrachtauto's niet had meegenomen, indien er voldoende diesel aanwezig was geweest.

3.7. Gelet op de in de vorige rechtsoverweging genoemde omstandigheden had het op de weg van de curator gelegen zijn stellingen in dit verband nader te onderbouwen, omdat zonder deze motivering niet zonder meer de conclusie kan worden getrokken dat Dekker voldoende personeel, vrachtauto's en diesel ter beschikking had om voor Den Braven te rijden en dat Dekker daarnaast toegang had tot de te vervoeren goederen. Daarmee kan de rechtbank niet vaststellen dat zonder de gestelde gedragingen door Vermeer Transport de gevorderde omzet door Dekker zou zijn gerealiseerd. Nu dit niet is gebeurd, kan deze grondslag van de curator niet leiden tot toewijzing van zijn vordering ten aanzien van zijn vordering onder a.

De overige stellingen en verweren in dit verband behoeven dan ook geen bespreking.

3.8. Vervolgens komt de rechtbank toe aan beoordeling van de subsidiaire grondslag zoals aangevoerd ten aanzien van de vordering onder a. De curator stelt dat sprake is van pauliaenus handelen, indien vast zou komen te staan dat een afspraak is gemaakt op grond waarvan Vermeer Transport de werkzaamheden voor Den Braven kon gaan uitvoeren, omdat daarvoor geen enkele vergoeding is voldaan en de boedel daarmee is benadeeld.

3.9. Eén van de vereisten om dit beroep te doen slagen is dat de afspraak dat Vermeer Transport werkzaamheden kon verrichten voor Den Braven benadeling van de schuldeisers van Dekker tot gevolg heeft gehad. Deze benadeling moet aanwezig zijn ten tijde dat omtrent het beroep van de curator wordt beslist. De vraag of benadeling aanwezig is moet worden beantwoord door de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerd zonder de gewraakte afspraak te vergelijken met de situatie waarin zij feitelijk verkeren als die afspraak onaangetast blijft.

Naar het oordeel van de rechtbank kan het beroep op de faillissementspauliana om dezelfde reden niet slagen als het hiervoor besproken beroep op onrechtmatige daad. Immers kan de rechtbank op grond van de gestelde feiten en omstandigheden niet vaststellen dat voor zover de door Vermeer gestelde afspraak niet gemaakt was, Dekker zelf de werkzaamheden voor Den Braven had kunnen verrichten. Voorts is onvoldoende gesteld om te kunnen vaststellen op welke grond Vermeer Transport een vergoeding voor het overnemen van de werkzaamheden van Den Braven verschuldigd was naast een vergoeding voor het inhuren van de chauffeurs.

3.10. De curator vordert daarnaast een bedrag van € 11.406,15 vanwege de overeengeko-

men werkzaamheden die chauffeurs van Dekker voor Vermeer Transport hebben verricht. In dat verband heeft Dekker reeds € 7.836,15 inclusief btw aan Vermeer Transport in rekening gebracht, maar voor week 13 is geen factuur meer uitgebracht. Indien rekening wordt gehouden met het tussen partijen afgesproken uurtarief van de ingezette werknemers, had nog een bedrag van € 3.570 inclusief btw in rekening gebracht moeten worden (in totaal dus € 11.406,15 inclusief btw). Op grond van art. 54 Fw komt Vermeer Transport geen beroep op verrekening toe, omdat de verrekening is gedaan in strijd met de goede trouw.

Subsidiar meent de curator dat art. 42 e.v. Fw in de weg staat aan een beroep op verrekening door Vermeer Transport. De verrekening is paulianeus. Volgens de curator is volstrekt helder dat Vermeer Transport zich in een positie heeft gemanoeuvereerd kort voor het faillissement, waarbij hij een schuld aan Dekker kon opbouwen (door gebruik te maken van de werknemers van Dekker) die hij vervolgens wilde verrekenen met een reeds bestaande vordering van Vermeer Transport op Dekker. Door de verrekening zijn de schuldeisers van Dekker benadeeld. Deze benadeling dient te worden weggenomen en dit brengt mee dat Vermeer Transport het gevorderde bedrag aan de boedel dient te vergoeden.

3.11. Vermeer Transport erkent dat tussen Dekker en Vermeer Transport is overeengekomen dat Vermeer Transport personeel van Dekker kon inzetten. De factuur van € 7.836,15 inclusief btw is door Vermeer Transport na datum faillissement verrekend. Vermeer Transport betwist dat in week 13 nog gebruik is gemaakt van werknemers van Dekker, laat staan dat conform tussen partijen gemaakte afspraken voor een dergelijk bedrag aan werknemers van Dekker is ingeleend in die week.

Het beroep van de curator op art. 54 Fw gaat niet op. Dit nu het betreffende artikel allereerst ziet op het niet te goeder trouw *overnemen* van een schuld c.q. vordering van een derde en daarvan is geen sprake. Deze schuld is er gewoon een van haarzelf. Nu Dekker zelf betrokken is geweest bij het ontstaan van de verrekenbare schuld doet de situatie waarop art. 54 Fw ziet zich niet voor. Vermeer Transport heeft haar schuld te goeder trouw laten ontstaan omdat zij Dekker uit de brand wilde helpen. Vermeer Transport ontkent te hebben geweten van het aanstaande faillissement van Dekker. Ook het beroep op art. 42 Fw gaat niet op, omdat dit artikel enkel ziet op rechtshandelingen die hebben plaatsgevonden voor het faillissement en de verrekening heeft plaatsgevonden na de datum van het faillissement.

3.12. Op grond van art. 53 Fw is het degene die zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is, toegestaan om zijn schuld met

de vordering van de gefailleerde te verrekenen. Daarbij is wel van belang dat zowel de schuld als de vordering zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen die vóór de faillietverklaring met gefailleerde zijn verricht. Aan een op grond van art. 53 Fw toegestane verrekening kan echter art. 54 Fw in de weg staan. De wetgever heeft namelijk onmogelijk willen maken dat doelbewust compensatiemogelijkheden worden gecreëerd door het overnemen van een schuld of vordering van een derde, waarbij andere schuldeisers worden benadeeld, indien bij de overneming niet te goeder trouw zou zijn gehandeld. Men handelt volgens vaste jurisprudentie niet te goeder trouw bij verrekening, wanneer men bij de overneming van een schuld of vordering wist of behoorde te weten dat de latere gefailleerde in zodanige toestand verkeerde dat zijn faillissement te verwachten was.

3.13. Weliswaar is in de onderhavige zaak geen sprake van het overnemen van een schuld of vordering van een derde, maar met de curator stelt de rechtbank vast dat de Hoge Raad het begrip ‘schuldoverneming’ van art. 54 Fw in sommige gevallen extensief uitlegt (HR 8 juli 1987, NJ 1988), waarbij aansluiting wordt gezocht bij de strekking van de bepaling. In HR 10 juli 2015, ECLI:HR:2015:1825 heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over het beoordelingskader in verband met art. 54 Fw. Overwogen is:

“Art. 54 lid 1 Fw strekt ertoe verrekening uit te sluiten in die gevallen waarin een schuldenaar of een schuldeiser van de boedel een vordering respectievelijk een schuld van een derde overneemt met het doel zichzelf de mogelijkheid van verrekening te verschaffen (vgl. HR 7 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0280, NJ 2004/61). Anders dan het hof heeft overwogen, rechtvaardigt deze strekking niet om het toepassingsbereik van deze bepaling te doen uitstrekken tot een geval als het onderhavige, waarin – aldus het hof in rov. 7 – ‘voor de faillietverklaring een goed van de schuldenaar wordt gekocht en aldus een verrekenbare schuld wordt gecreëerd’.

Bij het vorenstaande verdient opmerking dat de art. 53 en 54 Fw de mogelijke toepasselijkheid van de art. 42 Fw en 6:162 BW op gevallen als het onderhavige onverlet laten.”

3.14. Aan de hand van deze overweging moet de rechtbank de vraag beantwoorden of de onderhavige situatie gelijk gesteld kan worden aan en daarmee valt onder het verbod tot verrekenen als neergelegd in art. 54 Fw. De rechtbank oordeelt dat dit niet het geval is. De verweten rechtshandeling betreft de afspraak tussen Dekker en Vermeer Transport voorafgaand aan het faillissement dat eerstgenoemde haar chauffeur

feurs aan Vermeer Transport ter beschikking stelt tegen een vergoeding van € 20 per uur.

De onderhavige situatie verschilt van de in art. 54 Fw bedoelde gevallen waarin sprake is van een schuld of vordering op de gefailleerde die wordt overgenomen en verrekend met respectievelijk een vordering of schuld van degene die overneemt ten aanzien van de gefailleerde. In die gevallen heeft de verrekening tot gevolg dat de gefailleerde (en later de boedel) een vordering kwijt raakt en een enkele schuldeiser wordt voldaan. Daarmee wordt de paritas creditorum verbroken. In het onderhavige geval had Dekker per datum van het faillissement een schuld aan Vermeer Transport van € 41.366,61. Was de overeenkomst met Vermeer Transport niet gesloten, dan was Vermeer Transport voor dit bedrag concurrent crediteur in het faillissement. Gesteld noch gebleken is dat er dan enige bate in dit verband in de boedel was gevloeid. Nu de overeenkomst wel is gesloten en na het faillissement is verrekend, is Vermeer nog steeds concurrent crediteur, maar voor een lager bedrag. Het bezwaar van de curator ligt in de verrekening door Vermeer Transport. De curator meent dat het verrekende bedrag in de boedel dient te vloeien. Nu deze situatie niet valt onder art. 54 Fw, mag echter verrekend worden op grond van art. 53 Fw.

3.15. Ten aanzien van de stelling van de curator dat de verrekening door Vermeer Transport paulianeus is, overweegt de rechtbank als volgt.

Uit art. 42 Fw volgt dat de curator bepaalde rechtshandelingen van de schuldenaar kan vernietigen die verricht zijn voorafgaand aan het faillissement. De verrekening door Vermeer Transport heeft echter plaatsgevonden na het faillissement. De verrekening kan daarmee niet vernietigd worden door middel van de faillissementpauliana. Gelet op het vorenstaande worden de vorderingen van de curator afgewezen. De rechtbank komt daarom niet toe aan de beantwoording van de vraag welk bedrag Vermeer Transport vanwege door de chauffeurs gewerkte uren verschuldigd is.

3.16. De curator zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Vermeer Transport worden begroot op € 5.021 (€ 1.892 griffierecht en € 3.129 salaris advocaat (3,5 punten x tarief € 894)).

De gevorderde nakosten zijn niet weersproken en zijn toewijsbaar als vermeld in het dictum.

De gevorderde wettelijke rente over de proceskosten zal worden toegewezen met inachtneming van de hierna te bepalen termijn.

#### 4 De beslissing

##### De rechtbank

4.1. wijst de vorderingen van de curator af,

4.2. veroordeelt de curator in de proceskosten, aan de zijde van Vermeer Transport tot op heden begroot op € 5.021, te voldoen binnen 14 dagen na de datum van dit vonnis, bij gebreke waarvan voormeld bedrag wordt vermeerderd met de wettelijke rente met ingang van de vijftiende dag na de datum van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

4.3. veroordeelt de curator in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 131 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat de curator niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak, vermeerderd met de wettelijke rente met ingang van de vijftiende dag na aanschrijving tot de dag van volledige betaling,

4.4. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

4.5. wijst het meer of anders gevorderde af.