

2010/185, m.nt. Bartman). De Jong en Schild vragen zich in, Supersnelrecht bij de Afdeling. De nationalisatie van SNS, *NJB* 2013/606 af of de OK niet op grond van art. 2:8 lid 2 BW een eventueel enquêteverzoek ontvankelijk zou achten. Als de OK wil zou er een weg moeten zijn, maar de voorwaarde daarvoor is vanzelfsprekend dat de OK ook de kans krijgt om zich uit te spreken. Daarvoor zou niet nodig zijn dat de nieuwe aandeelhouder een enquêteverzoek doet, SNS Reaal NV bij overeenkomst het recht een enquête te verzoeken aan een derde toekent of de advocaat-generaal op grond van het openbaar belang een onderzoek vordert. Voor de voormalige aandeelhouders geldt in dit opzicht wellicht: wie niet waagt die niet wint. Met een positieve beantwoording van de ontvankelijkheidsvraag is vanzelfsprekend niet gezegd dat ook een onderzoek zou worden bevolen.

M.W. Josephus Jitta
advocaat bij Stibbe te Amsterdam

Financiering, zekerheden en insolventie

251

Rechtbank Amsterdam, sector kanton
20 maart 2012, rolnr. 1288366 CV EXPL
11-33054, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW3250
(mr. Ruizeveld)
Noot mr. R.J. van der Weijden

Faillissementpauliana. Betaling van declaratie van advocaat voor werkzaamheden ter voorkoming van faillissement. Wetenschap dat het faillissement was aangevraagd. Betaling in casu niet paulianeus. Verwijzing naar Rb. Rotterdam 26 maart 2008, «JOR» 2010/202, m.nt. NEDF.

[Fw art. 47]

Gedaagde sub 1 wist op het moment dat zij de betaling van de declaratie door failliet ontving, dat het faillissement was aangevraagd; zij had de aanvraag immers zelf namens failliet ingediend. Deze betaling dient naar maatstaven van redelijk-

heid en billijkheid in de gegeven omstandigheden buiten de toepassing van art. 47 Fw te blijven omdat deze betaling zag op werkzaamheden die in het teken stonden van het voorkomen van het faillissement van failliet. Vanaf het moment dat failliet in de problemen was gekomen als gevolg van de opzegging door haar cliënt van de overeenkomst tussen deze partijen, was duidelijk dat een faillissement van failliet dreigde. Het lag dus in de rede dat failliet ter voorkoming van het faillissement juridisch advies is gaan inwinnen, waarvoor zij gedaagde sub 1 heeft benaderd. De werkzaamheden waar de betaling op zag, betroffen een juridisch onderzoek naar de mogelijkheid om de werknemers van failliet onder te brengen bij haar cliënt met het doel om faillissement te voorkomen. Immers, als onweersproken staat vast dat deze werknemers een grote kostenpost voor failliet vertegenwoordigden, die met een mogelijke overname weggenomen zou zijn. Daarmee was het belang van alle schuldeisers gediend. Dat deze poging niet tot het gewenste resultaat heeft geleid, doet daar niet aan af. De omvang van de werkzaamheden was voorts niet onredelijk. Niet gebleken is dat gedaagde sub 1 tegen beter weten in is doorgegaan met het verlenen van bijstand die zag op het voorkomen van faillissement. De hoogte van de gedeclareerde kosten was evenmin onredelijk, te minder nu gedaagde sub 1 voor het verzoekschrift faillissement, het bijwonen van de zitting en het overleg met de curator geen kosten in rekening heeft gebracht. Onder deze omstandigheden was de betaling van dit juridisch advies niet onzorgvuldig jegens de overige schuldeisers van failliet. Een andere uitkomst zou in casu als maatschappelijk onaanvaardbaar moeten worden aangemerkt. In dit verband wordt verwezen naar r.o. 4.4 van de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 26 maart 2008, «JOR» 2010/202, m.nt. NEDF (Quist q.q./Borsboom & Hamm c.s.). Van gedeclareerde werkzaamheden die in geen enkel opzicht aan het faillissement kunnen worden gerelateerd en waarop art. 47 Fw onverkort van toepassing zou zijn geweest, is niet gebleken.

Mr. X, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Y BV,
eiser,
tegen

1. A NV te Amsterdam,

gedaagde,

gemachtigde: mr. G.J. Westerhuis,

2. de vennootschap naar het recht van het Verenigd Koninkrijk B te Londen (Verenigd Koninkrijk),

gedaagde,

gemachtigde: mr. G.J. Westerhuis.

(...; red.)

Gronden van de beslissing

Feiten en omstandigheden

1. Als gesteld en niet (voldoende) weersproken staan de volgende feiten en omstandigheden vast:

1.1. [Naam B.V.] (hierna [naam B.V.]) hield zich bezig met het verlenen van diensten in de grafische sector. In 2010 had [naam B.V.] twee werknemers in dienst, die werkzaam waren op de locatie van de op dat moment enige cliënt van [naam B.V.], [naam cliënt].

1.2. [Naam cliënt] heeft de overeenkomst met [naam B.V.] opgezegd. Dientengevolge heeft [naam B.V.] juridische advies ingewonnen bij [gedaagde sub 1].

1.3. Tussen 9 februari 2010 2 juni 2010 heeft [gedaagden sub 1] werkzaamheden verricht voor [naam B.V.]. Onder meer heeft [gedaagde sub 1] geadviseerd over de mogelijkheid om de werknemers van [naam B.V.] bij [naam cliënt] onder te brengen op basis van overgang van onderneming.

1.4. Op 8 maart 2010 heeft [naam cliënt] op grond van een advies van haar advocaat betwist dat sprake is van overgang van onderneming.

1.5. [Gedaagde sub 1] heeft op 12 mei 2010 € 1.428,00 inclusief btw (€ 1.200,00 exclusief btw) gedeclareerd bij [naam B.V.]. De nota heeft de omschrijving: mei 2010.

1.6. Namens [naam B.V.] heeft [gedaagde sub 1] op 19 mei 2010 een verzoekschrift ingediend strekkende tot faillietverklaring van [naam B.V.].

1.7. [Naam B.V.] heeft de declaratie van [gedaagde sub 1] op 20 mei 2010 voldaan.

1.8. Ter zitting van 1 juni 2010 is de aangifte tot faillissement behandeld en bij vonnis van gelijke datum is [naam B.V.] failliet verklaard, waarbij [curator 1] tot curator is aangesteld.

1.9. Op 8 december 2010 heeft de curator aan [gedaagde sub 1] geschreven dat zij de betaling van de declaratie als paulianeus op de voet van artikel 47 Fw vernietigt. Verder is meegedeeld dat de curator voor door [gedaagde sub 1] verrichte werkzaamheden in verband met de faillissementsaanvraag een redelijke vergoeding accepteert, die de curator heeft bepaald op € 750,00. De curator heeft [gedaagde sub 1] verzocht om een bedrag van € 678,00 op de boedelrekening te storten.

1.10. [Gedaagde sub 1] heeft de betaling ondanks diverse aanmaningen onbetaald gelaten.

1.11. De rechter-commissaris heeft op 14 juni 2011 toestemming verleend tot het voeren van deze procedure.

1.12. In mei 2011 hebben [gedaagde sub 1] en [naam kantoor] een deel van hun activa ingebracht in het nieuw opgerichte [gedaagde sub 2]. [Gedaagde sub 1] is daarnaast blijven bestaan als entiteit.

1.13. Bij beschikking van 1 november 2011 heeft de rechtbank op haar verzoek ontslag verleend aan [curator 1] als curator en [curator 2] aangesteld als curator.

Vordering

2. De curator vordert, na vermindering van eis bij conclusie van repliek, dat [gedaagden] bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis veroordeeld zal worden tot betaling van:

a. € 1.428,00 aan hoofdsom, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 8 maart 2011;

b. € 1.048,97 aan buitengerechtelijke incassokosten;

c. de proceskosten.

3. De curator baseert zijn eis op de onder punt 1 weergegeven feiten en stelt dat [gedaagde sub 1] wist dat het faillissement van [naam B.V.] onvermijdelijk was en uiteindelijk ook het faillissement namens [naam B.V.] heeft aangevraagd. Als gevolg van de betaling van de declaratie door [naam B.V.] aan [gedaagde sub 1] zijn de andere schuldeisers van de boedel van [naam B.V.] benadeeld. De betaling van de declaratie is dan ook terecht vernietigd.

4. Omdat aanvankelijk een gespecificeerde nota ontbrak, waardoor de curator niet kon vaststellen welke werkzaamheden op het faillissement zagen en een bedrijf juridische bijstand moet kunnen krijgen als haar faillissement wordt aangevraagd, heeft de curator aangeboden om een bedrag van € 750,00 als redelijke kosten in verband met de

faillissementsaanvraag te verrekenen met de declaratie. [Gedaagde sub 1] is niet op dat aanbod ingegaan en gebleken is dat de declaratie uitsluitend ziet op algemene advieswerkzaamheden verricht vóór 12 mei 2010. Het maatschappelijk belang strekt niet zo ver dat ook voor die werkzaamheden de actio pauliana moet wijken. Het aanbod is terecht ingetrokken. Aan de voorwaarden van artikel 47 Fw is voldaan, zodat, zodat geen ruimte is voor tegenbewijs. De curator verwijst daarbij naar het arrest Loeffen/Mees en Hope II (HR 22 maart 1991, LJN ZS0561).

5. De curator stelt dat 7,42 uur is gewerkt ter volvoering van de vordering buiten rechte en stelt [gedaagden] aansprakelijk voor de schade. De curator acht zowel [gedaagde sub 1] als [gedaagde sub 2] aansprakelijk voor de vordering. Hoewel beide entiteiten nog bestaan is het De curator niet duidelijk geworden hoe de fusie heeft plaatsgevonden en dus of [gedaagde sub 1] verhaal kan bieden voor de onderhavige vordering.

Verweer

6. [Gedaagden] verweert zich en voert allereerst aan dat de curator ten aanzien van [gedaagde sub 2] niet-ontvankelijk moet worden verklaard in zijn vordering. Een deel van de activa van [gedaagde sub 1] en een deel van [naam kantoor] is ingebracht in het nieuw opgerichte [gedaagde sub 2]. [Gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 2] zijn los van elkaar bestaande vennootschappen. [Gedaagde sub 1] was de contractspartij van [naam B.V.]. [Gedaagde sub 1] heeft de betaling van de declaratienota ontvangen. Het is niet aan [gedaagde sub 2] en haar aandeelhouders uit te leggen dat [gedaagde sub 2] verweer moet voeren tegen deze vordering.

7. [Gedaagden] betwist verder dat sprake is van paulianeus handelen. [Gedaagde sub 1] heeft de meeste werkzaamheden in mei 2010 voor [naam B.V.] verricht. [Gedaagde sub 1] heeft op 12 mei 2010 een bedrag in rekening gebracht aan [naam B.V.], daarna heeft zij niets meer in rekening gebracht. Omdat [naam B.V.] van meet van aan duidelijk had gemaakt dat zij niet veel te besteden had heeft [gedaagde sub 1] met [naam B.V.] afgesproken dat zij de declaratie zou bepalen op een sterk gemodereerd bedrag van € 1.200,00. Als [naam B.V.] zelf haar faillissement zou aanvragen, was de afspraak dat [gedaagde sub 1] haar zonder extra kosten, zou bijstaan. [Gedaagde sub 1] heeft de aanvraag van het faillissement gedaan, de zit-

ting bijgewoond en een telefonisch overleg met de curator gevoerd. De nota van 12 mei 2010 ziet alleen op de advieswerkzaamheden die zij heeft verricht tot 12 mei 2010 en die zagen op het voorkomen van een faillissement. Nadat [naam B.V.] haar enige klant was verloren, waarmee het voortbestaan van [naam B.V.] op de tocht kwam te staan, moest [naam B.V.] op zoek naar oplossingen. Met [gedaagde sub 1] is toen gesproken over de mogelijke scenario's die [naam B.V.] kon verwachten, waaronder de liquidatie van de vennootschap, het onderbrengen van de enige twee werknemers van [naam B.V.] bij [naam cliënt] op basis van overgang van onderneming en de mogelijkheid van faillissement. Omdat [naam cliënt] afwijzend op het voorstel van [gedaagde sub 1] reageerde om de werknemers van [naam B.V.] over te nemen en het [naam B.V.] niet was gelukt om nieuwe klandizie aan te trekken, leek een faillissement onvermijdelijk. Voor zowel de werkzaamheden vóór als na 12 mei 2010 geldt dat de actio pauliana moet wijken voor het maatschappelijke belang dat een bedrijf juridische bijstand moet kunnen krijgen bij de mogelijkheid een eventueel faillissement af te wenden en bij een faillissementsaanvraag. In dit verband wijst [gedaagde sub 1] op de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 26 maart 2008 (JOR 2010/202 (m.nt. NEDF (*Quist q.q./Borsboom & Hamm c.s.*); *red.*)) Dit maatschappelijk belang is ook verdisconteerd in artikel 47 Fw en vaste jurisprudentie. De curator heeft dit ook erkend door te aanvaarden dat voor de aanvraag van het faillissement een bedrag van € 750,00 in mindering mocht worden gebracht. De betaling van [naam B.V.] was daarom niet onzorgvuldig jegens andere schuldeisers van [naam B.V.], zodat een vernietiging niet gerechtvaardigd was.

8. [Gedaagden] bewist de buitengerechtigde incassokosten. De werkzaamheden hebben deels betrekking op de voorbereiding van de gedingstukken en de instructie van de zaak, zodat de curator voor die werkzaamheden geen beroep toekomt op artikel 6:96 lid 1 sub c BW, en overigens moeten de (buitengerechtigde incasso)kosten worden bepaald aan de hand van het gebruikelijke systeem dan wel op de voet van artikel 242 Rv worden gematigd.

*Beoordeling**Ontvankelijkheid [gedaagde sub 2]*

9. Nu [gedaagden] niet heeft opgehouden te bestaan noch gebleken is van enige overgang onder algemene titel of schuldoverneming wordt de curator niet-ontvankelijk verklaard in zijn vordering jegens [gedaagde sub 2].

Actio pauliana

10. [Gedaagde sub 1] wist op het moment dat zij de betaling van de declaratie door [naam B.V.] ontving dat faillissement was aangevraagd; zij had de aanvraag immers zelf namens [naam B.V.] ingediend. De kantonrechter is evenwel van oordeel dat deze betaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de gegeven omstandigheden buiten de toepassing van artikel 47 Fw dient te blijven, omdat deze betaling zag op werkzaamheden die in het teken stonden van het voorkomen van het faillissement van [naam B.V.]. Vanaf het moment dat [naam B.V.] in de problemen was gekomen als gevolg van de opzegging door [naam cliënt] van de overeenkomst tussen deze partijen, was duidelijk dat een faillissement van [naam B.V.] dreigde. Het lag dus in de rede dat [naam B.V.] ter voorkoming van het faillissement juridisch advies is gaan winnen, waarvoor zij [gedaagde sub 1] heeft benaderd. De werkzaamheden waar de betaling op zag betroffen een juridisch onderzoek naar de mogelijkheid om de werknemers van [naam B.V.] onder te brengen bij [naam cliënt] met het doel om faillissement te voorkomen. Immers, als onweersproken staat vast dat deze werknemers een grote kostenpost voor [naam B.V.] vertegenwoordigden, die met een mogelijke overname weggenomen zou zijn. Daarmee was het belang van alle schuldeisers gediend. Dat deze poging niet tot het gewenste resultaat heeft geleid doet daar niet aan af. De omvang van de werkzaamheden was voorts niet onredelijk. Niet gebleken is dat [gedaagde sub 1] tegen beter weten is doorgegaan met het verlenen van bijstand die zag op het voorkomen van faillissement. De hoogte van de gedeclareerde kosten was evenmin onredelijk, te minder nu [gedaagde sub 1] voor het verzoekschrift faillissement, het bijwonen van de zitting en het overleg met de curator geen kosten in rekening heeft gebracht. Onder deze omstandigheden was de betaling van dit juridisch advies niet onzorgvuldig jegens de overige schuldeisers van [naam B.V.]. Een andere uit-

komst zou in casu als maatschappelijk onaanvaardbaar moeten worden aangemerkt. De kantonrechter wijst in dit verband naar rechtsoverweging 4.4 van de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 26 maart 2008 («JOR» 2010/202, m.nt. NEDF (*Quist q.q./Borsboom & Hamm c.s.*); red.) (LJN BC9717), welke overweging de kantonrechter tot de hare maakt. Van gedeclareerde werkzaamheden, die in geen enkel opzicht aan het faillissement kunnen worden gerelateerd en waarop artikel 47 Fw onverkort van toepassing zou zijn geweest, is niet gebleken.

11. Uit het voorgaande volgt dat de curator zich ten onrechte heeft beroepen op vernietigbaarheid van de betaling aan [gedaagde sub 1]. Van een onverschuldigde betaling is dan ook geen sprake. Dit betekent dat de vordering van de curator wordt afgewezen.

12. Bij deze uitkomst van de procedure wordt de curator veroordeeld in de proceskosten.

Beslissing

De kantonrechter:

I. verklaart [curator 2] in de hoedanigheid van curator in het faillissement van de besloten vennootschap [naam B.V.] niet-ontvankelijk jegens [gedaagde sub 2];

II. wijst de vordering af;

III. veroordeelt [curator 2] in de hoedanigheid van curator in het faillissement van de besloten vennootschap [naam B.V.] in de proceskosten (...; red.);

IV. verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. Nadat X BV (hierna: "X") in financiële problemen was geraakt, heeft hij gedaagde benaderd voor juridisch advies. Het doel van dit advies was het voorkomen van het faillissement van X. Gedaagde en X waren een vast honorarium van € 1.428 overeengekomen. Toen na enige maanden bleek dat het faillissement van X niet meer kon worden afgewend, heeft gedaagde dit op verzoek van en namens X aangevraagd. Een dag later heeft X het overeengekomen honorarium van € 1.428 aan gedaagde betaald. Na de faillietverklaring van X heeft de curator deze betaling aangevochten op basis van de eerste vernietigingsgrond van art. 47 Fw ("wetenschap

van de faillissementsaanvraag"). Omdat gedaagde de aanvraag die tot het faillissement van X heeft geleid, zelf namens X heeft ingediend, was aan alle vereisten voor een succesvol beroep op deze bepaling voldaan. De curator vorderde aanvankelijk echter niet het volledige door gedaagde ontvangen bedrag terug. Hij was bereid de betaling in stand te laten voor zover het betaalde een redelijke vergoeding betrof voor werkzaamheden die gedaagde in verband met de *faillissementsaanvraag* had verricht. Volgens de curator brengt het maatschappelijk belang mee dat een bedrijf betaalde juridische bijstand moet kunnen krijgen bij een faillissementsaanvraag en moet het belang van de benadeelde schuldeisers hiervoor wijken. Dit geldt volgens hem echter niet voor betalingen die zien op *andere* werkzaamheden. Het bedrag dat daarmee verband houdt, vorderde hij daarom terug. Gedaagde heeft hiertegen verweer gevoerd. Volgens hem geldt niet alleen voor juridische bijstand bij een faillissementsaanvraag, maar ook voor (andere) advieswerkzaamheden die zien op het voorkomen van een faillissement, dat de betaling daarvan niet kan worden vernietigd met een beroep op art. 47 Fw. Het belang van de benadeelde schuldeisers zou in laatstbedoelde situaties moeten wijken voor het maatschappelijk belang dat een bedrijf betaalde juridische bijstand moet kunnen krijgen bij een poging een dreigend faillissement af te wenden, aldus gedaagde.

2. De vordering van de curator wordt door de rechtbank afgewezen. De aangevochten betaling moet volgens haar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid buiten de toepassing van art. 47 Fw blijven, omdat deze ziet op "werkzaamheden die in het teken stonden van het voorkomen van het faillissement van de schuldenaar". Met deze werkzaamheden was het belang van alle schuldeisers gediend. Dat de poging een faillissement te voorkomen niet tot het gewenste resultaat heeft geleid, doet daar niet aan af. Bovendien waren de omvang en de kosten van de werkzaamheden niet onredelijk. Onder deze omstandigheden acht de rechtbank de betaling niet onzorgvuldig jegens de overige schuldeisers. Een andere uitkomst zou volgens haar als maatschappelijk onaanvaardbaar moeten worden aangemerkt. Zij verwijst hierbij naar Rechtbank Rotterdam 26 maart 2008, «JOR» 2010/202, m.nt. NEDF (*Quist q.q./Borsboom &*

Hamm), en maakt r.o. 4.4 van deze uitspraak tot de haren: "(...) Een ander oordeel zou tot gevolg hebben dat een bedrijf waarvan het faillissement is aangevraagd, zonder financiële bijstand van derden geen juridische bijstand meer zou kunnen verkrijgen ter zake van die aanvraag en bij een mogelijke doorstart om de eenvoudige reden dat haar adviseurs niet betaald zouden kunnen worden c.q. alleen betaald zouden kunnen worden indien vast komt te staan dat de crediteuren uiteindelijk zijn gebaat door de verrichte werkzaamheden. Een dergelijke uitkomst zou maatschappelijk ongewenst zijn."

3. Hoewel in het onderhavige geval aan alle vereisten voor vernietiging was voldaan, slaagde het beroep op de faillissementspauliana niet. De reden hiervoor is dat voor het in stand laten van rechtshandelingen als die in kwestie volgens de rechtbank een bijzondere rechtvaardiging bestaat. Voor het maken van een dergelijke uitzondering kan in de tekst van art. 47 Fw geen aanknopingspunt worden gevonden. Uit de lagere jurisprudentie zijn echter wel meer gevallen bekend waarin dit is gebeurd. Het verdient aanbeveling een dergelijke uitzonderingsmogelijkheid bij een volgende herziening van de Faillissementswet in de wettekst op te nemen. Hiervoor zou bijvoorbeeld inspiratie kunnen worden geput uit de "tenzij-clausule" uit het voorgestelde art. 3.2.5 van het Voorontwerp Insolventiewet. Zie hierover R.J. van der Weijden, *De faillissementspauliana* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht, deel 75, Deventer: Kluwer 2012, p. 163-167.

4. Ik kan mij vinden in de beslissing van de rechtbank om de vorderingen van de curator af te wijzen, evenals in een groot deel van de motivering die de rechtbank aan deze beslissing ten grondslag legt. De rechtbank erkent in haar uitspraak het maatschappelijk belang dat een onderneming in financiële moeilijkheden nog gebruik moet kunnen maken van betaalde (juridische) bijstand bij een poging een dreigend faillissement te voorkomen. Het is onwenselijk dat een beoogd adviseur niet aan een reddingspoging wil meewerken omdat het risico bestaat dat de betaling van zijn factuur in een eventueel faillissement met een beroep op art. 47 Fw wordt vernietigd. Deze problematiek speelt niet alleen in situaties waarin de adviseur pas wordt ingeschakeld wanneer het faillissement al is aangevraagd, maar ook in situaties als de onderhavige

waarin dit nog *niet* het geval is. Strikt genomen kan in laatstbedoelde situaties eenvoudig aan een succesvol beroep op art. 47 Fw worden ontkomen door de adviseur vóór aanvang van zijn werkzaamheden te betalen (zie hierna onder 6), maar in de praktijk zal dit vanwege liquiditeitsproblemen bij de schuldenaar veelal niet mogelijk en/of wenselijk zijn. De verwijzing naar de hiervoor onder 2 geciteerde overweging van de Rechtbank Rotterdam – die slechts ziet op de situatie waarin de betaalde adviseur pas wordt benaderd op een moment waarop het faillissement van de schuldenaar *wel* reeds is aangevraagd – is om die reden wat ongelukkig.

5. Het maatschappelijk belang van een goed reorganiserend vermogen van ondernemingen in financiële moeilijkheden – waarin ook een algemeen schuldeisersbelang ligt besloten – weegt in gevallen als het onderhavige in beginsel zwaarder dan het belang van de individuele schuldeisers die worden benadeeld wanneer een reddingspoging niet het gewenste effect heeft gehad. Het is een adviseur daarom toegestaan zich voor faillissementsgerelateerde werkzaamheden te laten betalen – en op betaling aan te dringen – ondanks dat hij wetenschap van de faillissementsaanvraag heeft. Hij handelt hiermee niet onoorbaar jegens de overige schuldeisers. Dit wordt pas anders als hij van de ontstane situatie misbruik heeft proberen te maken, bijvoorbeeld door een onredelijk tarief te rekenen of onredelijk veel werkzaamheden te verrichten. In dat geval geldt niet dat het maatschappelijk belang van een goed reorganiserend vermogen meebrengt dat de werkzaamheden verricht moeten kunnen worden (en de kosten daarvan moeten kunnen worden betaald). Voor een uitzondering op de gewone vereisten van de faillissementspauliana is dan ook geen plaats meer.

6. Laat de adviseur zich betalen vóórdat het faillissement van de schuldenaar is aangevraagd, dan zal aan de eerste vernietigingsgrond van art. 47 Fw niet zijn voldaan. Een beroep op een “bijzondere rechtvaardiging” is in dat geval dan ook niet nodig (zie hiervoor onder 4). Dit geldt niet alleen voor de betaling van een gefixeerd honorarium, maar ook voor de betaling van een voorschot voor nog tegen uurtarief te verrichten werkzaamheden. Dat de desbetreffende werkzaamheden mogelijk pas zijn verricht op een moment waarop het faillissement van de

schuldenaar al *wel* is aangevraagd, doet daar niet aan af. De voldoening van hetgeen de schuldenaar aan zijn adviseur verschuldigd is, vindt immers plaats door (en op het moment van) de *betaling* van het voorschot. Anders dan de Rechtbank Rotterdam in de hiervoor onder 2 genoemde uitspraak lijkt te veronderstellen (zie r.o. 4.9 en 4.10), is het in beginsel dus niet zo dat de schuldenaar door de betaling van het voorschot van meet af aan een restitutievordering op de adviseur heeft en die vordering pas op een later moment wordt *verrekend* met de vordering die de adviseur op de schuldenaar verkrijgt wanneer hij zijn werkzaamheden daadwerkelijk verricht. Dat de betaling van een voorschot voor nog niet verrichte werkzaamheden er in beginsel juist *niet* toe leidt dat van meet af aan een restitutievordering bestaat, volgt immers uit HR 3 december 2010, «JOR» 2011/63, m.nt. Schuijling (*ING/Nederend q.q.*).

R.J. van der Weijden
advocaat bij Stibbe te Amsterdam

252

Gerechtshof Arnhem
28 augustus 2012, zaaknr. 200.084.493,
ECLI:NL:GHARN:2012:BX6047
(mr. Bethlem, mr. Wattel, mr. Sijmons)

Faillissementspauliana. Aanvang verjaringstermijn op tijdstip waarop curator daadwerkelijk bekend wordt met de paulianeuze rechtshandeling. Stelplicht en bewijslast. Verwijzing naar HR 17 februari 2012, «JOR» 2012/84.

[Fw art. 42; BW art. 3:52 lid 1 aanhef en onder c]

Op grond van art. 3:52 lid 1 aanhef en onder c BW verjaart een rechtsvordering tot vernietiging van een rechtshandeling wegens benadeling door verloop van drie jaren nadat de benadeling is ontdekt. Als uitgangspunt dient te worden genomen dat de termijn van verjaring van de rechtsvordering tot vernietiging is gaan lopen vanaf het tijdstip waarop de curator met de koopovereenkomst van de inventaris daadwerkelijk bekend is geworden. De stelplicht en – bij voldoende betwisting – de bewijslast van de feiten waaruit deze bekendheid