

*Rotterdam Institute of Private Law
Accepted Paper Series*

Pauliana en vaststellingsovereenkomst

Vernietiging van een vaststellingsovereenkomst na HR 3 december 2010, LJN BN9366 (Ingwersen q.q./Vliegers Air Holland).

*M.L. Tuil**

Published in MvV 2011, p. 60-65

* Mr. M.L. Tuil is als postdoc verbonden aan het Rotterdam Institute of Private Law van de Erasmus Universiteit Rotterdam.

Abstract

In het arrest *Ingwersen q.q./Vliegers Air Holland* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de vaststellingsovereenkomst in beginsel een onverplichte rechtshandeling is die met de actio pauliana kan worden vernietigd. In deze bijdrage wordt onderzocht aan welke voorwaarden moet zijn voldaan wil deze vernietiging succesvol zijn en welk bedrag na een geslaagde vernietiging door de curator kan worden teruggevorderd.

Keywords

actio pauliana, vaststellingsovereenkomst, causaal verband, benadeling, privaatrecht, burgerlijk recht, faillissementsrecht

De originele paginanummering wordt in deze tekst aangegeven door deze tussen [] te plaatsen.

[60]

1. Inleiding

In het arrest *Ingwersen q.q./Vliegers Air Holland*¹ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de vaststellingsovereenkomst een onverplichte rechtshandeling is. Dit betekent dat een vaststellingsovereenkomst kan worden vernietigd door middel van de actio pauliana, mits aan de overige vereisten voor toepassing hiervan wordt voldaan. Het gegeven dat de vaststellingsovereenkomst binnen het bereik van de actio pauliana valt, heeft belangrijke rechtspolitieke consequenties. Op deze wijze wordt immers de vrijheid van partijen beperkt om door het sluiten van een vaststellingsovereenkomst een tussen hen bestaand geschil te beëindigen of te voorkomen. In deze bijdrage zal ik onderzoeken in welke mate deze vrijheid van partijen daadwerkelijk wordt ingeperkt. Daartoe zal ik eerst kort ingaan op de actio pauliana (2) en de vaststellingsovereenkomst (3), om daarna in te gaan op de casus van het arrest (4). Zoals zal blijken houdt de Hoge Raad in deze uitspraak vast aan de geldende leer ten aanzien van de vraag wanneer een rechtshandeling 'onverplicht' is in de zin van de actio pauliana (5). Om de vraag te beantwoorden in welke mate de vrijheid van partijen om een vaststellingsovereenkomst te sluiten door de actio pauliana wordt beperkt, behandel ik daarom nog twee vereisten van de pauliana, namelijk het vereiste dat de rechtshandeling tot benadeling moet hebben geleid (6) en het vereiste dat tussen de rechtshandeling en de benadeling een causaal verband moet bestaan (7). Vervolgens beoordeel ik aan de hand van een aantal clausules die in een vaststellingsovereenkomst kunnen voorkomen in welke mate de vrijheid van partijen om een vaststellingsovereenkomst te sluiten door de actio pauliana wordt ingeperkt (8). Bij dit alles besteed ik geen aandacht aan het vereiste dat de bij de rechtshandeling betrokken partijen wetenschap moeten hebben van de door de rechtshandeling veroorzaakte benadeling, aangezien de invulling van dit vereiste zeer feitelijk van aard is. Ik sluit af met een conclusie (9).

¹ HR 3 december 2010, NJ 2010, 651, LJN BN9366 (*Ingwersen q.q./Vliegers Air Holland*).

2. Actio Pauliana

De actio pauliana geeft de curator de bevoegdheid om een door de schuldenaar, de latere failliet, verrichte rechtshandeling te vernietigen, indien deze rechtshandeling door de schuldenaar onverplicht is verricht en deze heeft geleid tot een benadeling van de schuldeisers. Voorwaarde hiervoor is dat de schuldenaar, en bij een rechtshandeling om baat bovendien zijn wederpartij, zich van deze benadeling bewust was, of had moeten zijn (art. 42 e.v. Fw).² De ratio van de actio pauliana is daarin gelegen dat de vrijheid van de schuldenaar om naar zijn eigen goeddunken over zijn vermogen te beschikken een grote vrijheid is, maar dat deze vrijheid niet zo ver gaat dat het de schuldenaar vrij zou staan om zijn schuldeiser willens en wetens in hun verhaalsmogelijkheden te benadelen.³ Met de actio pauliana wordt het de curator mogelijk gemaakt om dergelijke benadelende rechtshandelingen te vernietigen en daarmee het voor verhaal vatbare vermogen te reconstrueren.

Met deze ratio hangen de vereisten die gelden voor de vernietiging van een rechtshandeling op grond van de actio pauliana nauw samen. In de literatuur worden doorgaans een vijftal eisen voor vernietiging van een rechtshandeling op grond van de actio pauliana onderscheiden:⁴ (1) Allereerst kan vanzelfsprekend alleen een rechtshandeling worden vernietigd. (2) Bovendien moet die rechtshandeling onverplicht zijn verricht en (3) moet die rechtshandeling tot een benadeling van de schuldeisers hebben geleid. (4) Daarnaast geldt de eis dat de schuldenaar zich bewust was of zich bewust had moeten zijn van die benadeling. (5) Tot slot geldt bij een rechtshandeling om baat dat ook de wederpartij zich van de benadeling bewust was of zich **[61]** bewust had moeten zijn. Deze laatste twee eisen worden ook wel aangeduid als de 'wetenschap van benadeling'.⁵ Op grond van de actio pauliana kunnen in beginsel alleen onverplicht verrichte rechtshandelingen worden vernietigd. De wet maakt hierop een uitzondering. Krachtens art. 47 Fw kunnen ook verplicht verrichte rechtshandelingen worden vernietigd indien deze hetzij ná de faillissementsaanvraag zijn verricht en degene die de betaling ontving wist dat het faillissement is aangevraagd, hetzij de betaling het gevolg is van 'samenspanning' tussen de schuldenaar en zijn wederpartij met het doel om deze boven andere schuldeisers te begunstigen.⁶

3. Vaststellingsovereenkomst

Een vaststellingsovereenkomst wordt door partijen gesloten ter beëindiging of voorkoming van een geschil of onzekerheid (art. 7:900 BW). Strijden partijen bijvoorbeeld over de vraag waar de erfgrans tussen hun percelen gelegen is, dan kunnen zij deze erfgrans

² Naast de in de Faillissementswet geregelde faillissementspauliana kent ook het Burgerlijk Wetboek in art. 3:45 BW een actio pauliana die de individuele schuldeiser buiten faillissement ten dienste staat. Aangezien de faillissementspauliana voor de praktijk verreweg de belangrijkste vorm van de actio pauliana is, beperk ik mij daartoe. Zie voor andere verschijningsvormen van de actio pauliana: Wessels, *Insolventierecht. Gevolgen van de faillietverklaring*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 3022 e.v.

³ Van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling. Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslaging enz.*, Haarlem: De erven F. Bohn 1896, p. 437, Wessels, *Insolventierecht. Gevolgen van de faillietverklaring*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 3018, De Weijs, *Faillissementspauliana, Insolvenzanzfechtung & Transaction Avoidance in Insolventies*, Kluwer: Deventer 2010, p. 224.

⁴ Zie bijvoorbeeld Van Dijck, *Pauliana*, Deventer: Kluwer 2008, p. 27 e.v.

⁵ Zie Wessels, 'Actio Pauliana en wetenschap van benadeling: drie voorstellen tot verbetering', *Vermogensrechtelijke Analyses* 2007, p. 55-78.

⁶ HR 24 maart 1995, NJ 1995, 628, m.nt. Van Schilfgaarde (*Gispens q.q./IFN*).

in de vaststellingsovereenkomst vastleggen. Vervolgens zijn zij gehouden om de geldende rechtstoestand in overeenstemming te brengen met de overeengekomen rechtstoestand. Daarbij geldt dat de vaststellingsovereenkomst een dispositief karakter heeft en daarmee noch terugwerkende kracht noch goederenrechtelijk effect heeft.⁷ Dit houdt in dat als partijen de geldende rechtstoestand in overeenstemming willen brengen met de overeengekomen rechtstoestand, zij gehouden zijn die handelingen te verrichten die daarvoor nodig zijn. Daaruit vloeit voort dat partijen zich in de vaststellingsovereenkomst (voorwaardelijk) moeten verplichten tot het verrichten van die prestaties die nodig zijn om de geldende rechtstoestand in overeenstemming te brengen met de overeengekomen rechtstoestand. In het geval van de vaststellingsovereenkomst ten aanzien van de loop van de erfgrens houdt dit in dat partijen zich voorwaardelijk verplichten om de geldende erfgrens aan te passen aan de overeengekomen erfgrens. Dat wil zeggen dat zij zich (voorwaardelijk) verplichten om die grond aan de ander over te dragen die aan de andere zijde van de vastgestelde erfgrens is gelegen. Dit houdt in dat in het gegeven voorbeeld de vaststellingsovereenkomst een titel voor overdracht vormt die moet worden gevolgd door een notariële akte die wordt ingeschreven in de openbare registers (art. 7:901 jo. 3:89 BW). Tot slot vloeit uit de vaststellingsovereenkomst de verplichting voor partijen voort om zich naar de overeengekomen rechtstoestand te gedragen. Dat wil zeggen dat partijen de overeengekomen erfgrens dienen te respecteren. In het geval dat partijen zijn overeengekomen dat één van hen aan de ander een bepaald bedrag betaalt, dan is deze partij tot nakoming gehouden.

4. Casus

De casus die de aanleiding vormt voor het arrest *Ingwersen q.q./Vliegers Air Holland* is als volgt. Tussen Air Holland B.V. (hierna: 'Air Holland') en (een deel van) de bij Air Holland werkzame verkeersvliegers is een geschil ontstaan over het onbetaald laten van pensioenpremies en loon. Bij dit geschil heeft de Vereniging van Nederlandse Verkeersvliegers (hierna: 'de VNV') de vliegers van Air Holland bijgestaan. Gedurende dit geschil, op 19 december 2003, heeft Air Holland met Holland Excel (hierna: 'Excel') een samenwerkingsovereenkomst gesloten die heeft geresulteerd in de overgang van de door Air Holland gevoerde onderneming per 1 januari 2004. Enkele dagen later, op 24 december hebben de VNV en een aantal vliegers Air Holland gedagvaard en betaling van onder meer het achterstallig loon en pensioenpremies gevorderd. In verband met deze vordering is conservatoir derdenbeslag gelegd onder D-Reizen BV (hierna: 'D-Reizen'). Bovendien is de VNV op 22 januari 2004 een enquêteprocedure begonnen bij de Ondernemingskamer.

Ter beëindiging van de procedure bij de Ondernemingskamer is op 27 januari 2004 een vaststellingsovereenkomst gesloten tussen de VNV, Air Holland en (een aantal vennootschappen behorende tot) Excel. In deze vaststellingsovereenkomst is onder meer bepaald dat de VNV en Excel een stichting zullen oprichten die tot doel heeft (1) de vóór 1 januari 2004 door Air Holland aan de vliegers verschuldigde bedragen uit te betalen en (2) het nemen van regres op Air Holland ter zake van betaalde schulden. In de vaststellingsovereenkomst is bepaald dat de stichting zal worden 'gefund' met onder meer het door het derdenbeslag onder D-Reizen getroffen bedrag.

⁷ Asser/Van Schaick 2004 5-IV, nr. 276 en 278.

In het kader van de uitvoering van deze vaststellingsovereenkomst is op 9 februari 2004 de Stichting Garantiefonds Vliegers Air Holland I (hierna: 'de Stichting') opgericht. Op diezelfde dag heeft D-Reizen het door het derdenbeslag getroffen bedrag van € 283.595,95 aan de Stichting betaald. Een dag later, op 10 februari 2004 is aan Air Holland de voorlopige surséance van betaling verleend. Op 25 maart 2004 is Air Holland failliet verklaard.

Na de faillietverklaring hebben de curatoren een beroep gedaan op de vernietigbaarheid op grond van de actio pauliana van de betaling aan de Stichting alsmede van de daaraan ten grondslag liggende vaststellingsovereenkomst. De curatoren hebben vervolgens een verklaring voor recht gevorderd dat deze vernietigingen doel hebben getroffen en hebben gevorderd dat de Stichting wordt veroordeeld tot afdracht van het bedrag van € 283.595,95. Het geschil spitst zich vervolgens toe op de vraag of de vaststellingsovereenkomst een onverplichte rechtshandeling in de zin van art. 42 Fw is. Nadat de rechtbank heeft geoordeeld dat dit het geval is en de Stichting tot [62] betaling heeft veroordeeld,⁸ heeft het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd. Het hof oordeelt dat de vaststellingsovereenkomst een verplichte rechtshandeling is. Dit oordeel baseert het hof op de overweging dat Air Holland in de vaststellingsovereenkomst geen niet op haar rustende verplichtingen op zich heeft genomen, maar slechts afspraken heeft gemaakt over de wijze waarop zij haar betalingsverplichtingen zou nakomen.⁹

Tegen dit oordeel van het hof hebben de curatoren cassatie ingesteld. De Hoge Raad oordeelt in r.o. 4.2:

“Bij de beoordeling van het onderdeel moet worden vooropgesteld dat volgens vaste rechtspraak een rechtshandeling onverplicht in de zin van art. 42 F. is indien deze wordt verricht zonder dat daartoe een op de wet of overeenkomst berustende rechtsplicht bestaat.

De rechtbank oordeelde dat het sluiten van de vaststellingsovereenkomst een onverplichte rechtshandeling was, en tegen dat oordeel richtte zich de eerste grief van de Stichting. Het hof diende dan ook de vraag te beantwoorden of voor Air Holland een rechtsplicht bestond om de vaststellingsovereenkomst te sluiten, een vraag die - anders dan het hof heeft aangenomen - niet bevestigend kan worden beantwoord op de grond dat die overeenkomst slechts afspraken inhoudt over de wijze waarop zij haar betalingsverplichting jegens de vliegers zou nakomen.”

Op grond van deze overwegingen vernietigt de Hoge Raad het arrest van het hof en verwijst de zaak naar een ander hof.

5. Onverplicht

In dit arrest oordeelt de Hoge Raad dat de onderhavige vaststellingsovereenkomst slechts dan een verplichte rechtshandeling is, indien tot het aangaan van deze overeenkomst een op de wet of overeenkomst gebaseerde rechtsplicht bestaat. Dat wordt niet anders, aldus de Hoge Raad, als de overeenkomst slechts afspraken inhoudt over de wijze waarop reeds bestaande verplichtingen zullen worden nagekomen. Dit oordeel ligt geheel in de lijn van eerdere rechtspraak, waarin dezelfde norm wordt gehanteerd.¹⁰ Zo

⁸ Rb. Haarlem 23 mei 2007, *JOR* 2007, 195.

⁹ Hof Amsterdam 9 december 2008, *LJN* BH3117, *JOR* 2009, 57.

¹⁰ HR 10 december 1976, *NJ* 1977, 617 (*Eneca*); HR 18 december 1992, *NJ* 1993, 169 (*KIN/Emmerig q.q.*)

heeft de Hoge Raad bijvoorbeeld geoordeeld dat de betaling van een schuld in goederen in plaats van in geld een onverplichte rechtshandeling is.¹¹ Immers, zo is de gedachte, de schuldenaar is tot een dergelijke handelwijze wel bevoegd, maar niet verplicht.¹²

Aan het oordeel van de Hoge Raad kan nog worden toegevoegd dat ook het gegeven dat Air Holland zich door de druk vanuit de VNV en de diverse procedures wellicht gedwongen zag de vaststellingsovereenkomst te sluiten de vaststellingsovereenkomst niet tot een verplichte rechtshandeling maakt. In het Eneca-arrest heeft de Hoge Raad immers geoordeeld dat het feit dat een schuldenaar wellicht praktisch niet anders kan handelen, een rechtshandeling niet verplicht maakt.¹³ Het voorgaande wil niet zeggen dat een vaststellingsovereenkomst altijd een onverplichte rechtshandeling is. Een vaststellingsovereenkomst is wél een verplichte rechtshandeling indien de bij de vaststellingsovereenkomst betrokken partijen zich eerder tot bindend advies (dat zelf een vaststellingsovereenkomst vormt) hebben verbonden.¹⁴

6. Benadeling

Voor vernietiging van een rechtshandeling met de *actio pauliana* is vereist dat de gewraakte rechtshandeling de boedel heeft benadeeld. Deze benadeling kan – *grosso modo* – twee vormen aannemen.¹⁵ Ten eerste kan de faillissementsboedel door de rechtshandeling zijn verminderd, bijvoorbeeld door een afname van het actief, of door een toename van het passief. Ten tweede kan door de rechtshandeling de onderlinge rangorde tussen de crediteuren zijn verstoord. Hiermee wordt bedoeld dat door de rechtshandeling een nieuwe rangorde gaat gelden waarbij één of enkele crediteuren betere af zijn dan onder de oorspronkelijk geldende rangorde. Het eenvoudigste voorbeeld hiervan is een onverplichte zekerheidstelling. Door deze zekerheidstelling ‘promoveert’ de crediteur die zijn vordering gesecureerd ziet, van concurrente tot preferente crediteur.¹⁶

Bij de vraag of van benadeling van de schuldeisers sprake is, neemt de Hoge Raad genoegen met het enkele feit dat door de gewraakte rechtshandeling een goed zich niet meer in de boedel bevindt, zodat het niet voor de schuldeisers beschikbaar is, al is er voor dit goed een prijs betaald die overeenkomt met de executiewaarde van het uit de boedel verdwenen goed.¹⁷ Wel moeten de positieve effecten van een rechtshandeling, zoals het feit dat een aangeschafte machine de productie aanzienlijk vergroot, worden meegewogen bij de beantwoording van de vraag of van benadeling sprake is.¹⁸

¹¹ Vgl. HR 18 december 1992, *NJ* 1993, 169 (*KIN/Emmerig q.q.*).

¹² Vgl. Kortmann in zijn noot onder HR 20 november 1998, *NJ* 1999, 611, m.nt. Kortmann (*Verkerk/Tiethoff q.q.*).

¹³ HR 10 december 1976, *NJ* 1977, 617 (*Eneca*).

¹⁴ In dat geval staat wel de mogelijkheid open om de overeenkomst tot bindend advies te vernietigen, vgl. voor de mogelijkheid om een verplichte zekerheidstelling aan te tasten door de pijlen te richten op de daaraan ten grondslag liggende geldleenovereenkomst HR 8 juli 2005, *NJ* 2005, 457, m.nt. Van Schilfgaarde (*Van Dooren q.q./ABN AMRO II*).

¹⁵ Wessels, *Insolventierecht. Gevolgen van de faillietverklaring*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 3092 en 3092, vgl. De Weijs, *Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & Transaction Avoidance in Insolvensies*, Kluwer: Deventer 2010, p. 241. Zie ook Van Dijck, *Pauliana*, Deventer: Kluwer 2008, p. 36, die het bemoeilijken van verhaal als een afzonderlijke categorie van benadeling behandelt.

¹⁶ Zie voor een ander geval van verstoring van de rangorde: HR 8 juli 2005, *NJ* 2005, 457, m.nt. Van Schilfgaarde (*Van Dooren q.q./ABN AMRO II*).

¹⁷ HR 22 mei 1992, *NJ* 1992, 526 (*Bosselaar q.q./Interniber*).

¹⁸ HR 10 december 1976, *NJ* 1977, 617 (*Eneca*).

7. Causaliteit van de benadeling

Een vereiste voor toepassing van de actio pauliana dat in de rechtspraak en de literatuur tot nu toe weinig aandacht heeft gekregen is het vereiste dat tussen de gewraakte rechtshandeling en de benadeling een causaal verband moet bestaan.¹⁹ Dat dit een vereiste is dat geldt voor de actio pauliana blijkt uit de tekst van art. 42 en 51 Fw. In art. 42 Fw stelt de wet dat de curator alleen een rechtshandeling kan vernietigen indien de schuldenaar bij het verrichten wist of behoorde te weten dat 'daarvan' benadeling van de schuldeisers 'het gevolg' zou zijn. Art. 51 Fw bepaalt dat hetgeen 'door' de vernietigde rechtshandeling uit het vermogen van de schuldenaar is gegaan door hem tegen wie de vernietiging werkt aan de curator moet worden teruggegeven.

De verhullende bewoordingen in deze bepalingen verklaren wellicht waarom het vereiste van een causaal verband tussen de rechtshandeling en de benadeling tot nu toe weinig aandacht heeft gekregen. Het verband dat tussen de rechtshandeling en de benadeling moet bestaan levert eenvoudigweg weinig problemen op. Immers, dit verband wordt gegeven door de bestreden rechtshandeling. Leidt het vernietigen van deze rechtshandeling ertoe dat hetgeen door de bestreden rechtshandeling uit het vermogen is gegaan – achteraf gezien – onverschuldigd is betaald in de zin van art. 6:203 BW, dan ontstaat voor de wederpartij een teruggaveplicht en bestaat causaal verband tussen de benadeling en de rechtshandeling. Bestaat geen causaal verband tussen de rechtshandeling en de benadeling, dan ontstaat ook geen teruggaveplicht, hetgeen in de praktijk betekent dat de curator niet eens zal proberen de rechtshandeling te vernietigen. Het vereiste van causaal verband houdt dus in dat de gewraakte rechtshandeling de titel moet vormen voor het uit het vermogen verdwijnen van de schuldenaar van een het goed.²⁰

Het belang van het causaliteitsvereiste is hierin gelegen dat een verplichte betaling de boedel eveneens benadeelt, zij het dat een verplichte betaling uiteraard niet op grond van art. 42 Fw kan worden vernietigd. Het is dus van belang om een onderscheid te maken tussen de benadeling die het gevolg is van een verplichte rechtshandeling en die benadeling die het gevolg is van het nakomen van de betalingsplicht door de schuldenaar. Een illustratief voorbeeld vormt het arrest *Verkerk/Tiethoff q.q.*²¹ In dit arrest betaalde de latere failliet aan Verkerk een schuld van fl. 184.652,67 met fl. 80.000 in geld en een tweetal vrachtauto's. De inbetalinggeving van de vrachtauto's is een onverplichte rechtshandeling, de betaling van fl. 80.000 is daarentegen een verplichte rechtshandeling die alleen met art. 47 Fw is aan te tasten.

¹⁹ Vgl. Wessels, *Insolventierecht. Gevolgen van de faillietverklaring*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 3056, 3123 en 3124. Zie ook Van Hees, 'Enkele pauliana-perikelen', in: Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar Burgerlijk Recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 572, die spreekt over 'een zekere mate van conexiteit (...) tussen de overeenkomst en de benadeling'.

²⁰ Wessels verdedigt overigens dat art. 51 Fw een verbintenis uit de wet bevat (om aan de curator terug te geven hetgeen uit het vermogen is geraakt). Zie Wessels, 'Rechtsgevolgen van de vernietiging op grond van de faillissementspauliana', *WPNR* 2003 (6535).

²¹ HR 20 november 1998, *NJ* 1999, 611, m.nt. Kortmann (*Verkerk/Tiethoff q.q.*). Zie over dit arrest ook noot van Faber onder *JOR* 1999, 19 en de noot van Vriesendorp in *Ars Aequi* 1999, p. 164 en het naschrift van Kortmann en Faber in *Ars Aequi* 1999, p. 538 en de reactie van Vriesendorp vanaf p. 539.

8. Enkele clausules in vaststellingsovereenkomsten

8.1 Eigenlijke vaststellingsovereenkomst

De eigenlijke vaststellingsovereenkomst is een overeenkomst zoals hierboven onder 3 beschreven. Het is een overeenkomst waarin partijen ter voorkoming of beëindiging van onzekerheid of geschil zich binden aan een overeengekomen rechtstoestand. Als een dergelijke overeenkomst wordt vernietigd, dan moet de vraag of sprake is van benadeling en of er een causaal verband bestaat tussen de benadeling en de rechtshandeling, worden beantwoord door te bepalen in hoeverre een verschil bestaat tussen de geldende rechtstoestand vóór de vaststellingsovereenkomst en de overeengekomen rechtstoestand. Dit kan het best worden geïllustreerd aan de hand van een voorbeeld. Stel dat tussen A (de latere failliet) en B (zijn schuldeiser) een geschil bestaat waarbij B stelt dat A op grond van een koopovereenkomst € 20.000 aan B schuldig is en A beweert slechts € 10.000 schuldig te zijn. Stel dat A en B in een vaststellingsovereenkomst overeenkomen dat A € 15.000 aan B zal betalen. De verplichting van A en B om de daadwerkelijke rechtstoestand aan de overeengekomen rechtstoestand aan te passen houdt nu in dat A en B ieder een voorwaardelijke verbintenis op zich neemt. B verplicht zich om afstand te doen van dat deel van zijn vordering dat de € 15.000 te boven gaat, mocht blijken dat de vordering van B groter is dan € 15.000. A verplicht zich om een extra bedrag aan B schuldig te worden in het geval dat blijkt dat de vordering van B kleiner is dan € 15.000.

Vernietigt nu de curator de vaststellingsovereenkomst, dan moet B slechts datgene aan de curator terugbetalen dat zijn oorspronkelijke vordering te boven gaat. Immers, stel dat deze vordering € 15.000 blijkt te zijn, dan heeft A aan B betaald op grond van de koopovereenkomst en niet op basis van de vaststellingsovereenkomst. De vaststellingsovereenkomst heeft dan geen wijziging gebracht in de rechtsverhouding tussen A en B en A heeft B dus verschuldigd betaald. Dit ligt anders als A en B zijn overeengekomen dat A € 17.500 aan B schuldig was. In dat geval blijkt, als wordt vastgesteld dat in werkelijkheid A slechts een € 15.000 verschuldigd was, A te hebben betaald op grond van twee titels. Dit zijn in de eerste plaats de oorspronkelijke koopovereenkomst tot een bedrag van € 15.000 en in de tweede plaats de verbintenis die A bij de vaststellingsovereenkomst op zich heeft genomen. Door de vernietiging van de vaststellingsovereenkomst is uitsluitend hetgeen op grond van deze laatste overeenkomst is betaald onverschuldigd betaald. Dat wil zeggen dat de curator € 2.500 bij B kan opeisen.²²

Het bovenstaande kan overigens anders zijn als de vaststellingsovereenkomst het karakter heeft van een novatie of objectieve schuldvernieuwing.²³ In een dergelijke vaststellingsovereenkomst komen A en B overeen dat de verbintenissen uit de koopovereenkomst teniet gaan en worden vervangen door de verbintenissen die voortvloeien uit de vaststellingsovereenkomst. Dit is natuurlijk een mogelijkheid om het doel van de vaststellingsovereenkomst te bereiken, maar het lijkt doorgaans niet de aangewezen weg. Bovendien wordt de verbintenis om de geldende rechtstoestand aan te passen aan de overeengekomen rechtstoestand doorgaans aangemerkt als een *voorwaardelijke*

²² Zie van deze strekking Rb. Zutphen 7 maart 2007, LJV BA8606.

²³ Zie voor een voorbeeld van een vaststellingsovereenkomst die het karakter had van een objectieve schuldvernieuwing HR 27 maart 2009, NJ 2009, 579, m.nt. Van Mierlo (*MSD/Euromedica*), waarover Van Schaick, 'Een overeenkomst over de tenuitvoerlegging van een voorlopige rechterlijke uitspraak. Een vaststellingsovereenkomst?' HR 27 maart 2009, LJV BH1544 (*MSD/Euromedica*), *NTBR* 2009, p. 257 e.v.

verbintenis²⁴, terwijl de verbintenis tot het tenietgaan van de oorspronkelijke rechtsverhouding en het doen ontstaan van een nieuwe rechtsverhouding een *onvoorwaardelijke* verbintenis is.

8.2 'Executie' van de vaststellingsovereenkomst

Een vaststellingsovereenkomst geeft zelf geen executoriale titel. Komt een bij de vaststellingsovereenkomst betrokken partij deze niet vrijwillig na, dan kan bij de rechter nakoming van de vaststellingsovereenkomst worden gevorderd. Deze procedure zal betrekkelijk snel verlopen, nu de rechter zich doorgaans zal beperken tot de vraag of de vaststellingsovereenkomst op een juiste wijze tot stand is gekomen (vgl. art. 7:904 BW). Partijen kunnen bij een vaststellingsovereenkomst echter ook bepalingen opnemen die tot doel hebben extra zekerheid omtrent de naleving van de vaststellingsovereenkomst te geven. Ik zal deze bedingen aanduiden als executiebedingen. Verreweg het eenvoudigste executiebeding is het beding om de vaststellingsovereenkomst zelf tot een executoriale titel te maken, bijvoorbeeld door deze in een notariële akte vast te laten leggen. De grosse van deze akte vormt immers een executoriale titel (art. 430 Rv). Op grond van een dergelijke grosse hadden de vliegers beslag kunnen leggen op het zich onder D-Reizen bevindende bedrag. Daarnaast is het mogelijk dat partijen – gelijk in het onderhavige geval is gebeurd – specifieke afspraken maken die inhouden dat de overeenkomst op een andere wijze zal worden nagekomen dan door betaling in geld door de oorspronkelijk schuldenaar. Zo zegde Air Holland toe de vliegers te betalen met het door het beslag onder D-Reizen getroffen bedrag.

Deze clausules brengen de vaststellingsovereenkomst in ruime zin al snel binnen het bereik van de *actio pauliana*. Immers, als gevolg van deze clausules verdwijnt een bepaald actief, in casu het door het beslag onder D-Reizen getroffen bedrag, uit het vermogen van de schuldenaar, terwijl dit actief zonder deze clausules beschikbaar zou zijn geweest voor de schuldeisers.²⁵ Daarbij geldt dat in beginsel een causaal verband bestaat tussen het executiebeding en het verdwijnen van het gehele door het beslag onder D-Reizen getroffen bedrag. Dit geldt in elk geval voor de door Air Holland en de VNV gebruikte bedingen. Bij het notarieel opmaken van de vaststellingsovereenkomst ligt dit mogelijk anders. De voltooide executie op basis van een dergelijke vaststellingsovereenkomst moet mijns inziens gelijk worden gesteld aan de voltooide executie op basis van een vonnis. Een dergelijke executie kan door de curator niet meer worden aangetaast, nu hij na het fourneren van de stukken voor vonnis zich niet meer in de procedure kan mengen (art. 30 Fw), tenzij – in hoger beroep of cassatie – tegen hem kan worden voortgezet. Alleen in dat laatste geval kan hij paulianeuze proceshandelingen vernietigen (art. 31 Fw).

8.3 Bundelen van de vorderingen

In de onderhavige vaststellingsovereenkomst was er ook in voorzien dat de individuele vorderingen van de vliegers op Air Holland zouden worden gebundeld in één vordering van de Stichting op Air Holland. Hiermee wisselde Air Holland de ene (groep van) crediteur(en), de vliegers, in voor de andere, de Stichting, zij het dat voorzien was dat de Stichting zou subrogeren in de rechten van de vliegers. Dergelijke bundelingen van vorderingen in vaststellingsovereenkomsten zijn niet ongebruikelijk. In de meeste vaststel-

²⁴ Asser/Van Schaick 2004 5-IV, nr. 276.

²⁵ Vgl. HR 22 mei 1992, NJ 1992, 526 (*Bosselaar q.q./Interniber*).

lingsovereenkomsten die worden gesloten in het kader van massaschadezaken wordt een zekere bundeling van vorderingen voorzien, althans is het de bedoeling dat de uitkering van de in de vaststellingsovereenkomst voorziene bedragen aan de benadeelden wordt uitgekeerd via een stichting.²⁶

Ook bundelingsbedingen zijn in beginsel onverplicht en benadelen de schuldeisers, nu zij ertoe leiden dat door het onverplicht instemmen met bundeling gevolgd door betaling, een goed onverplicht uit de boedel verdwijnt naar een ander dan de oorspronkelijke schuldeiser. Gelijk als bij het executiebeding geldt bij het bundelingsbeding dat tussen het bundelingsbeding en het gehele verdwijnen van een bedrag uit de boedel een causaal verband bestaat. Immers, ten aanzien van de stichting bestond geen enkele rechtsplicht tot betaling.

Hierbij moet wel worden opgemerkt dat het zeer wel mogelijk is om een bundeling van vorderingen zo vorm te geven dat deze bundeling niet zijn grondslag vindt in een rechtshandeling door de latere failliet en voor de latere failliet de verplichting schept om aan het collectief in plaats van de individuele schuldeisers te betalen. Zo hadden de vliegers aan de Stichting (proces)volmacht of een cessie of last ter incasso kunnen geven. In dat geval waren de vliegers rechthebbende gebleven van hun vorderingen, maar was de Stichting bevoegd geweest om deze vorderingen te innen. De vliegers hadden hun vorderingen op Air Holland ook aan de Stichting kunnen cederen voor het bedrag dat de Stichting uiteindelijk op Air Holland zou blijken te kunnen innen. In die gevallen verkrijgt de Stichting een positie die vergelijkbaar is met die van een incassobureau. Daarnaast zou de Stichting zich jegens de vliegers borg of hoofdelijk schuldenaar kunnen stellen voor de schulden van [65] Air Holland aan de vliegers. Vervolgens zou de Stichting, na betaling van de vliegers, subrogeren in de rechten van de vliegers en regres kunnen nemen. Het nadeel van deze borgtochtconstructie is dat de Stichting over voldoende middelen moet beschikken om de vliegers te kunnen voldoen. Om pauliana-perikelen te voorkomen verdient het de aanbeveling om in het geval dat in een vaststellingsovereenkomst wordt voorzien in het bundelen van vordering, te kiezen voor één van de bovenstaande technieken en niet voor de door Air Holland en de VNV gekozen constructie.

8.4 Te snelle vernietiging?

Uit het voorgaande mag blijken dat een vaststellingsovereenkomst in al zijn vormen veelal onverplicht is en daarmee tot benadeling van de boedel leidt en daarmee in aanmerking komt voor vernietiging met de actio pauliana. Dit roept de vraag op of hiermee een vaststellingsovereenkomst niet te snel vastbaar wordt voor vernietiging. Juist in de situatie dat een onderneming in zwaar weer verkeert is het van groot belang dat zakelijke geschillen niet escaleren, maar op een flexibele wijze worden opgelost.²⁷ Mijns inziens past daarom enige terughoudendheid bij de vernietiging van vaststellingsovereenkomsten met behulp van de actio pauliana.

Deze terughoudendheid kan worden bereikt door in het achterhoofd te houden dat partijen een vaststellingsovereenkomst sluiten ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil (vgl. art. 7:900 lid 1 BW). Met andere woorden, aangenomen dat par-

²⁶ Zie Wessels en Verheij (red.), *Bijzondere overeenkomsten*, 2e druk, 2010 (Wessels), nr. 439.

²⁷ Adriaanse, 'Mediation bij reddingsoperaties van bedrijven in financiële moeilijkheden?' *Tijdschrift voor Mediation* 2006, p. 65-74.

tijen op goede gronden van standpunt verschillen, moet worden gezegd dat partijen in onzekerheid verkeren. Deze onzekerheid moet mijns inziens worden meegewogen bij de beantwoording van de vraag of van benadeling van de schuldeisers sprake is. Bij de beantwoording van deze vraag moet het belang dat is gemoeid met het beëindigen van deze onzekerheid als een positief effect van de rechtshandeling worden meegewogen. Daarbij moet niet alleen de monetaire waarde van het geschil worden meegewogen, maar ook het tijdsbeslag dat met de beslechting van het geschil voor de (bestuurders van) de onderneming gepaard gaat en de reputatie-effecten die gepaard gaan met het beslechten van het geschil via de traditionele weg.

Bovendien dient – wederom onder de voorwaarde dat de partijen op verdedigbare gronden meenden dat tussen hen een geschil of onzekerheid diende te worden voorkomen of beëindigd – het standpunt van partijen voor het aangaan van de vaststellingsovereenkomst te worden meegewogen bij de beantwoording van de vraag of partijen wetenschap hadden of hadden behoren te hebben van de benadeling van de schuldeisers die het gevolg zou zijn van de vaststellingsovereenkomst. Van een partij die op goede gronden meent dat hij een vordering had van € 20.000 en die uiteindelijk genoeg neemt met betaling van € 17.500 kan niet op voorhand worden gezegd dat hij op de hoogte was van de benadeling die het gevolg is van de vaststellingsovereenkomst als blijkt dat in werkelijkheid de vordering € 15.000 euro bedroeg. Dit sluit aan bij het gegeven dat de wetenschap van *de kans op* benadeling onvoldoende is om vernietiging op grond van de *actio pauliana* te bewerkstelligen.²⁸

Als met deze twee bovenstaande beperkingen rekening wordt gehouden, dan lijkt mij dat een evenwichtig stelsel wordt bereikt, waarbij partijen die op goede gronden menen dat tussen hen onzekerheid of een geschil bestaat een vaststellingsovereenkomst kunnen sluiten, zonder dat zij zich al te veel zorgen hoeven te maken dat deze overeenkomst op grond van de *actio pauliana* wordt vernietigd. Deze mogelijkheid ontstaat pas op het moment dat de partijen – in aanmerking genomen de onzekerheid waarin zij verkeerden – wisten of hadden moeten weten dat benadeling van de crediteuren het gevolg zou zijn. Hiermee wordt aangesloten bij de ratio van de *pauliana*.

9. Conclusie

In het arrest *Ingwersen q.q./Vliegers Air Holland* heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat een vaststellingsovereenkomst een onverplichte rechtshandeling is, ook als in deze vaststellingsovereenkomst slechts afspraken worden gemaakt hoe de bestaande verplichtingen zullen worden nagekomen. Daarmee heeft de Hoge Raad de vaststellingsovereenkomst binnen het bereik van de *actio pauliana* gebracht. Dit wil echter niet zeggen dat deze vaststellingsovereenkomst ook daadwerkelijk op grond van deze actie kan worden vernietigd. Daarvoor moet ook aan de overige eisen die voor deze vernietiging gelden worden voldaan. Daarbij brengt de eis dat tussen de benadeling en de gewraakte rechtshandeling een causaal verband moet bestaan mee dat in beginsel slechts datgene kan worden teruggevorderd dat de oorspronkelijke rechtsverhouding te boven gaat. Dit is anders indien de betaling het gevolg is van executie- of bundelingsbedingen in de vaststellingsovereenkomst. In die gevallen kan in beginsel het gehele bedrag dat als uitvloeisel van de vaststellingsovereenkomst is betaald, worden teruggevorderd. Bij de

²⁸ HR 1 oktober 1993, *NJ* 1994, 257, m.nt. Kleijn (*Ontvanger/Pellicaan*); HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 272, m.nt. Van Schilfgaarde (*Bakker q.q./Katko*).

vernietiging van de vaststellingsovereenkomst moet een zekere terughoudendheid in acht worden genomen die is gegrond op de onzekerheid waarin partijen verkeerden. Als deze terughoudendheid in acht wordt genomen vallen slechts die vaststellingsovereenkomsten binnen het bereik van de pauliana waarbij partijen bij het sluiten van de overeenkomst daadwerkelijk wisten of behoorden te weten dat de overeenkomst zou leiden tot benadeling van de schuldeisers.