

Schikken in zwaar weer

N.W.M. van den Heuvel & E.A.M. Meeuse

1 Inleiding

Voor een onderneming in zwaar weer en haar crediteuren is het aan de orde van de dag: het treffen van een regeling met betrekking tot een opeisbare vordering. Legio situaties zijn denkbaar: een betalingsregeling ter zake een opeisbare vordering om een faillissement te voorkomen, de afspraak dat de crediteur een deel van de voorraad mag komen ophalen als alternatief voor een betaling in cash, enzovoort. Maar wat als de onderneming vervolgens toch failliet gaat? Kunnen betalingen verricht aan de vooravond van dit faillissement met een beroep op de actio pauliana worden aangetast? En hoe zit het met vaststellingsovereenkomsten? Loopt de bestuurder nog gevaar? Aanleiding om deze problematiek eens onder de loep te nemen is het arrest van de Hoge Raad van 3 december 2010, NJ 2010, 651 (Ingwersen q.q./Vliegers Air Holland) met betrekking tot de vaststellingsovereenkomst die door Air Holland I BV voorafgaand aan haar faillissement met haar piloten was gesloten teneinde een einde te maken aan een geschil over achterstallige betalingen van salaris en andere beloningscomponenten. De curatoren die zijn belast met de afwikkeling van het faillissement van Air Holland hebben, naar het zich nu laat aanzien succesvol, gepoogd deze vaststellingsovereenkomst met een beroep op de actio pauliana aan te tasten.

2 Betalen in het zicht van faillissement

Rechtshandelingen verricht aan de vooravond van faillissement kunnen door de curator met een beroep op de actio pauliana worden aangetast. Over de actio pauliana zijn inmiddels boekenkasten vol geschreven. Wij beperken ons in het navolgende tot de onderwerpen die in het kader van deze bijdrage van belang zijn en verwijzen slechts naar standaardarresten en -literatuur. De fijnproever zij voor verdere verwijzingen verwezen naar Polak-Wessels III (2).¹

Van belang zijn art. 42 Faillissementswet (Fw) met betrekking tot onverplichte rechtshandelingen en, met betrekking tot verplichte rechtshandelingen, art. 47 Fw. Ratio van de regeling is – kort gezegd – dat voorkomen moet worden dat schuldeisers ongelijk worden behandeld door de schuldenaar aan de vooravond van diens faillissement. In faillissement is het uitgangspunt immers de *paritas creditorum* (art. 3:277 Burgerlijk Wetboek (BW)): de activa van de schuldenaar worden te gelde gemaakt en naar rato van ieders vordering verdeeld onder de schuld-

1 B. Wessels, (Polak-Wessels), Insolventierecht, Deel III, Gevolgen van faillietverklaring (2), Deventer: Kluwer 2003.

eisers, dit behoudens in de wet erkende redenen van voorrang.² Voorkomen moet worden dat schuldeisers in het zicht van faillissement een voorrangspositie wordt gegund, in die zin dat zij meer krijgen dan hun op grond van voormeld uitgangspunt zou toekomen.

Van belang bij de toepassing van de *actio pauliana* is het onderscheid tussen betaling van een opeisbare (lees: verplichte) vordering en betaling van een niet-opeisbare (lees: onverplichte) vordering. Uitgangspunt is dat de *actio pauliana* slechts handelingen treft die de schuldenaar onverplicht verricht. Reden hiervoor is dat het de schuldenaar niet verweten kan worden dat hij doet waartoe hij rechtens verplicht is en, omgekeerd, dat er geen rechtsgrond is om de schuldeiser die ontving waarop hij uit hoofde van zijn vorderingsrecht aanspraak had, tot teruggave te noodzaken.³

Een rechtshandeling is onverplicht als zij wordt verricht zonder dat daartoe een op wet of overeenkomst steunende verplichting bestaat.⁴ Een handeling die wordt verricht zonder dat daartoe een rechtsgrond bestaat, is onverplicht, ook al is de feitelijke situatie zo dat de debiteur eigenlijk geen andere keus had.⁵ Zo is het denkbaar dat een leverancier van voor het productieproces van de schuldenaar cruciale grondstoffen betaling van een niet-opeisbare vordering afdwingt met het argument dat anders niet zal worden geleverd. De schuldenaar zal zich hierdoor genoodzaakt voelen de niet-opeisbare vordering te betalen. Dit maakt echter niet dat de betaling kwalificeert als een verplichte rechtshandeling. Er is immers geen overeenkomst of andere rechtsgrond die tot de betaling verplicht.

Onverplichte rechtshandelingen kunnen worden vernietigd indien zij benadelend zijn en de schuldenaar en zijn schuldeiser wetenschap van benadeling hadden.⁶ Een rechtshandeling is benadelend indien achteraf, wanneer de curator een beroep doet op de *actio pauliana*,⁷ de schuldeisers van de schuldenaar slechter af blijken te zijn dan zonder de gewraakte rechtshandeling het geval zou zijn geweest.⁸ Dit betekent dat vrijwel elke onverplichte betaling voorafgaand aan fail-

2 Art. 2:278 BW bepaalt dat voorrang voortvloeit uit pand, hypotheek, voorrecht en andere in de wet aangegeven gronden. In de regel zijn het slechts deze bevoorrechte schuldeisers die een uitering uit het faillissement van hun schuldenaar kunnen verwachten.

3 MvT Van der Feltz I (1986), p. 434. Zie voor een concrete toepassing van dit uitgangspunt HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578 (Van Dooren/ABN AMRO I).

4 Zie reeds HR 8 januari 1937, NJ 1937, 431 en, recenter, HR 10 december 1976, NJ 1977, 617 (Eneca).

5 Deze benadering is vaste rechtspraak en heersende leer in de doctrine, zie Polak-Wessels III (2), nr. 3060 met verdere verwijzingen.

6 Zie voor een overzicht van benadelingsvarianten bijv. M. Pannevis, N.J. Polak & C.E. Polak, *Failissementsrecht*, Deventer: Kluwer 2008, par. 5.1.2. Van belang is dat eventuele voordelen bij de beoordeling van de benadeling moeten worden betrokken (HR 10 december 1976, NJ 1977, 617 (Eneca)) en dat van benadeling geen sprake is indien de schuldeisers slechts een voordeel is ontgaan (HR 22 maart 1991, NJ 1992, 214 (Loeffen q.q./BMH II)). Uit art. 42 Fw volgt dat wetenschap van benadeling niet is vereist indien sprake is van een rechtshandeling om niet (bijv. een schenking).

7 Vgl. HR 22 september 1995, NJ 1996, 706 (Ravast/Ontvanger).

8 Vgl. HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 654 (Diepstraten/Gilhuis q.q.).

lissement benadelend zal zijn. De schuldeisers waren immers beter af geweest indien de betaling niet had plaatsgevonden en de voor de betaling aangewende middelen beschikbaar waren geweest voor uitkering aan de schuldeisers in faillissement. Door de betaling heeft de betaalde schuldeiser als het ware een voorrangspositie ten opzichte van zijn medeschuldeisers: hij is volledig voldaan zonder met hen te hoeven delen.

Dit betekent echter niet dat elke onverplichte betaling kan worden aangetast. Vernietiging is slechts aan de orde wanneer zowel de schuldenaar als zijn schuldeiser ten tijde van de gewraakte handeling wist of behoorde te weten dat benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn.⁹ Van wetenschap van benadeling is sprake, zo leert HR 22 december 2009, NJ 2010, 273 (Van Dooren q.q./ABN AMRO III), indien ten tijde van de gewraakte rechtshandeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor zowel de schuldenaar als zijn wederpartij. Het is aan de curator om te bewijzen dat hiervan sprake was. In geval van voldoening van een niet-opeisbare schuld, of zekerheidstelling voor zo'n schuld, binnen één jaar voor faillietverklaring wordt de curator geholpen door de bewijsvermoedens van art. 43 Fw (zie lid 1 sub 1).¹⁰ Dan wordt wetenschap van benadeling bij de schuldenaar en zijn wederpartij vermoed aanwezig te zijn, behoudens tegenbewijs. In een dergelijke situatie is het aan de wederpartij – in de regel de partij waartegen de actio pauliana is gericht – om aannemelijk te maken dat zij ten tijde van de voldoening niet wist of behoorde te weten dat het faillissement van haar schuldenaar waarschijnlijk zou volgen.

Dit systeem heeft tot gevolg dat de curator in de regel erin zal slagen voldoening van een niet-opeisbare schuld binnen één jaar voor faillietverklaring te vernietigen.

Dit is anders wanneer de voldoening ziet op een opeisbare schuld. Op grond van art. 47 Fw is de vernietiging van een opeisbare verplichting slechts aan de orde indien de curator erin slaagt aan te tonen dat de wederpartij van de schuldenaar wist dat het faillissement van de schuldenaar reeds was aangevraagd of dat sprake is geweest van samenspanning. Deze vereisten worden restrictief uitgelegd.¹¹ Vernietiging op basis van dit artikel geschiedt slechts in zeer uitzonderlijke situaties.¹²

9 Wetenschap van de kans op benadeling is onvoldoende, vgl. HR 17 november 2000, NJ 2001, 272 (Bakker/Katco).

10 Art. 43 Fw kent nog andere bewijsvermoedens, maar deze zijn voor het onderwerp van deze bijdrage niet van belang en zullen buiten beschouwing worden gelaten.

11 Zie m.b.t. de eerste variant HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578 (Van Dooren q.q./ABM AMRO I) en m.b.t. de tweede variant HR 24 maart 1995, NJ 1995, 628 (Gispen q.q./IFN).

12 Vgl. R.M. Wibier, Faillissementspauliana in de rechtspraak van de Hoge Raad, TOP 2010-6, p. 230, die stelt dat vernietiging op grond van art. 47 Fw vrijwel onmogelijk is. Zie voor een voorbeeld van een succesvolle vernietiging HR 7 maart 2003, NJ 2003, 429 (Cikam).

In het kader van het onderwerp van deze bijdrage – schikken in zwaar weer – is in verband met art. 47 Fw de volgende situatie van belang. Een schuldeiser die ondanks herhaalde aanmaningen onbetaald wordt gelaten, dient een faillissementsrekest in. Vlak voor de behandeling, onder druk van het dreigende faillissement, betaalt de schuldenaar alsnog en de schuldeiser trekt het rekest in. Wat de schuldeiser niet weet, is dat er nóg een faillissementsrekest aanhangig is. De schuldenaar wordt vervolgens op basis van dit rekest failliet verklaard. Kan de curator vervolgens met succes de betaling aan de eerste aanvrager aantasten? Het antwoord hierop luidt ontkennend, uiteraard mits de aanvrager niet van het tweede faillissementsrekest op de hoogte was.¹³ In zo'n geval kan de aanvrager van faillissement dus met een gerust hart betaling accepteren. Een variant op deze casus is de schuldeiser die het faillissement heeft aangevraagd en vervolgens gedeeltelijk wordt voldaan. Deze doet er goed aan het faillissementsrekest in te trekken teneinde te voorkomen dat de curator deze gedeeltelijke betaling vervolgens met succes kan vernietigen.

Uit het voorgaande volgt dat de curator die constateert dat er voorafgaand aan het faillissement betalingen hebben plaatsgevonden, zijn aandacht primair zal richten op onverplichte betalingen. Hier heeft hij immers de grootste kans op succes. Omgekeerd zullen schuldeisers die onder druk van een faillissement betaling of voldoening op andere wijze willen afdwingen er alert op moeten zijn in de sfeer van de onverplichte rechtshandelingen en art. 42 Fw terecht te komen.

3 Betalingsmodaliteiten

Wanneer een onderneming in zwaar weer verkeert en door haar schuldeisers onder druk wordt gezet, zal zij zoeken naar mogelijkheden die schuldeisers zo veel mogelijk tevreden te stellen. Zij zal bijvoorbeeld pogen betalingsregelingen te treffen of schuldeisers te bewegen met een alternatieve of geringere prestatie genoeg te nemen. De vraag is hoe dit past binnen het stramien van de actio pauliana, zoals hiervoor uiteengezet.

Sinds 1992 weten we dat inbetalinggeving kwalificeert als een onverplichte rechtshandeling.¹⁴ Wanneer een particulier zijn Audi S4 in consignatie geeft aan een autodealer en vanwege de verkoop van de auto een opeisbare vordering op de autodealer krijgt, is sprake van een onverplichte handeling indien de autodealer ter voldoening van zijn schuld aan de particulier een andere Audi uit zijn collectie aan de particulier levert. Dit geldt ook indien er een schakel aan de keten wordt toegevoegd en de autodealer en de particulier een koopovereenkomst aangaan met betrekking tot de nieuwe Audi, waarna de particulier zijn vordering op de autodealer uit hoofde van de consignatieovereenkomst verrekent met de door

13 Zie Pannevis, Polak & Polak 2008, par. 5.1.5.2, onder verwijzing naar HR 14 december 1934, NJ 1935, p. 95, en Rb. Amsterdam 26 juni 1996, JOR 1996/74.

14 Dit volgt uit HR 20 november 1998, NJ 1999, 611 (Verkerk/Tiethoff q.q.). Zie voor voorbeelden van inbetalinggeving o.a. Rb. Rotterdam 27 augustus 2008, LJN BG2480 en Rb. Leeuwarden 8 juli 2009, LJN BJ2525.

N.W.M. van den Heuvel & E.A.M. Meeuse

hem verschuldigde koopprijs.¹⁵ Met het accepteren van een alternatieve prestatie zal een schuldeiser veelal binnen de sfeer van art. 42 Fw geraken, ook wanneer de alternatieve prestatie ziet op een opeisbare vordering. Hieraan doet niet af dat op grond van art. 6:45 BW een schuldenaar zich van zijn oorspronkelijke verbintenis kan bevrijden door een andere prestatie dan de overeengekomene, en dat een dergelijke inbetalinggeving geldt als nakoming van de oorspronkelijke verbintenis.¹⁶ Het gaat er dus niet om of de oorspronkelijke verbintenis is nagekomen, maar hoe dit is gebeurd. Dit bepaalt of de voldoening een verplicht of onverplicht karakter heeft.

En wat nu als een slimme crediteur die het faillissement van zijn schuldenaar ziet aankomen, maar wiens vordering nog niet opeisbaar is, met zijn schuldenaar afspreekt genoeg te nemen met betaling van een geringer bedrag indien dit bedrag direct en dus voor het verstrijken van de betalingstermijn wordt voldaan? Uit lagere rechtspraak volgt dat een dergelijke betaling niet geldt als onverschuldigd, maar wel als onverplicht in de zin van art. 42 Fw.¹⁷ Ook hier zitten partijen dus in de gevarezone.

Dit is niet het geval wanneer een crediteur zich laat voldoen door een andere, al dan niet aan zijn debiteur gelieerde partij (zoals een zuster- of moedervennootschap). Dan gaat de betaling immers niet ten laste van het vermogen van de debiteur en dus worden zijn schuldeisers niet benadeeld. Ook wanneer de voldoening niet had plaatsgevonden, hadden zij zich immers niet op de voor de voldoening aangewende middelen kunnen verhalen. Dit handelingencomplex is dan weliswaar onverplicht, maar kan door de curator vanwege het gebrek aan benadeling niet worden vernietigd.

De vraag is of dit anders is indien de gelieerde vennootschap op haar beurt een som geld verschuldigd is aan de schuldenaar en de instructie krijgt om rechtstreeks aan een crediteur van de schuldenaar te betalen. Dan wordt een vordering van de schuldenaar – een activum dus – aangewend om één schuldeiser te voldoen. In dit geval is wel sprake van benadeling aangezien zonder dit handelingencomplex deze vordering beschikbaar was geweest voor verhaal door de gezamenlijke schuldeisers. We zouden willen betogen dat een geval als dit, net als bij inbetalinggeving, moet worden aangemerkt als een onverplichte rechtshandeling. De schuldenaar presteert immers iets anders dan waartoe hij was gehouden.

Uit het voorgaande volgt dat in een situatie waarin onder druk van dreigend faillissement allerlei noodsprongen worden gemaakt, het risico groot is dat een handeling die is bedoeld als voldoening van een opeisbare vordering, van kleur verschieft en moet worden aangemerkt als een onverplichte rechtshandeling. Het

15 Vgl. HR 18 december 1992, NJ 1993, 169 (Kin/Emmerig q.q.).

16 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 233 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II*, nr. 314 en 327.

17 Zie Rb. Rotterdam 6 juli 2000, JOR 2000/200 en 224 en Rb. Rotterdam 11 december 1997, TvI 1998, p. 14.

arrest dat aanleiding was voor deze bijdrage, en dat in de volgende paragraaf wordt besproken, maakt dit nog eens duidelijk.

4 Het arrest van 3 december 2010

Het geschil dat ten grondslag ligt aan het arrest van 3 december 2010 is een geschil tussen de werkgever Air Holland I B.V. (hierna: Air Holland) en zijn werknemers – de piloten – verenigd in de Vereniging van Nederlandse Vliegers (hierna: VNV).

Air Holland heeft vanaf medio 2002 geen salaris meer betaald aan haar piloten. Ook heeft zij nagelaten de premies aan de pensioenverzekeraars te betalen, als gevolg waarvan deze verzekeringen door de verzekeraars zijn geroyeerd. VNV heeft Air Holland diverse malen gesommeerd de achterstallige salarissen, vakantiedagen, pensioenpremies en andere emolumenten te betalen. Air Holland heeft aan deze sommaties geen gehoor gegeven.

In december 2003 hebben Air Holland en Holland Exel (hierna: Exel) een samenwerkingsovereenkomst gesloten op grond waarvan de onderneming van Air Holland per 1 januari 2004 aan Exel is overgedragen. Air Holland heeft de piloten over deze overdracht in december 2003 schriftelijk geïnformeerd, door mee te delen dat de piloten vanaf 1 januari 2004 bij Exel in dienst zouden zijn en dat Air Holland zou zorgen voor de ‘normale eindafrekening’ van het dienstverband. Hier werd onder begrepen betaling van achterstallig salaris, vakantiedagen, pensioenpremies en andere emolumenten. Na ontvangst van deze brief heeft VNV een procedure aanhangig gemaakt bij de Rechtbank Haarlem en Air Holland gedagvaard teneinde de toegezegde betaling van de eindafrekening te bewerkstelligen. Ook heeft VNV ten laste van Air Holland derdenbeslag doen leggen onder D-Reizen. In januari 2004 heeft VNV tevens een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer gestart.

Ter beëindiging van deze enquêteprocedure hebben Air Holland, Exel en VNV een vaststellingsovereenkomst gesloten waarin zij een regeling hebben getroffen over de voldoening van de achterstallige betalingen aan de piloten. Deze regeling hield in dat Exel en VNV gezamenlijk de Stichting Garantiefonds Vliegers Air Holland op zouden richten (hierna: de Stichting). Deze Stichting is op 9 februari 2004 opgericht. Het doel van de Stichting was ten eerste betaling van de schulden van Air Holland aan de piloten en VNV. Voorts had de Stichting tot doel het nemen van regres op Air Holland of derden ter zake van de betaalde schulden, in het kader waarvan de piloten de Stichting zouden subrogeren in hun rechten. Op de dag van oprichting beschikte de Stichting over de navolgende financiële middelen: een door Air Holland betaald bedrag van € 283.595,95 ten behoeve van de achterstallige pensioenpremies en een door Exel betaald bedrag van € 300.000 (welk bedrag uiterlijk op 29 februari 2004 zou worden verhoogd tot € 450.000). Air Holland en VNV hebben vervolgens op grond van de vaststellingsovereenkomst

N.W.M. van den Heuvel & E.A.M. Meeuse

bewerkstelligd dat D-Reizen het beslagen bedrag van € 283.595,95 op 9 februari 2004 aan de Stichting heeft betaald.

Na de oprichting hebben de piloten een vordering van circa € 1.600.000 bij de Stichting ingediend. Een dag na de oprichting van de Stichting is surseance van betaling aan Air Holland verleend, waarna het faillissement van Air Holland op 25 maart 2004 is uitgesproken. De curatoren van Air Holland waren van oordeel dat het sluiten van de vaststellingsovereenkomst door Air Holland als paulianeus was aan te merken omdat dit een onverplichte rechtshandeling zou zijn geweest en overigens aan de vereisten van art. 42 Fw was voldaan. Zij hebben de vernietiging van de betaling van Air Holland aan de Stichting en de aan deze betaling ten grondslag liggende vaststellingsovereenkomst op grond van de pauliana van art. 42 Fw ingeroepen.¹⁸

De rechtbank heeft in eerste aanleg geoordeeld dat het sluiten van de vaststellingsovereenkomst is aan te merken als een onverplichte rechtshandeling, waarbij de schuldeisers van Air Holland zijn benadeeld en waarvan de partijen bij de vaststellingsovereenkomst wetenschap hadden. De curatoren van Air Holland hebben naar de mening van de rechtbank de vaststellingsovereenkomst terecht vernietigd. Het hof was echter een andere mening toegedaan. Het hof heeft bij tussenarrest van 9 december 2008 geoordeeld dat de vaststellingsovereenkomst afspraken bevat over de wijze waarop Air Holland de opeisbare vordering van de vliegers zal voldoen. Hierdoor komt het hof tot de conclusie dat Air Holland door het sluiten van die overeenkomst geen enkele niet reeds op haar rustende verplichting op zich heeft genomen, maar slechts afspraken heeft gemaakt over de wijze waarop zij haar betalingsverplichting zou nakomen. Dus: de vaststellingsovereenkomst kan niet door de curatoren worden vernietigd op grond van art. 42 Fw, omdat geen sprake is van het aangaan van een onverplichte rechtshandeling. Dit oordeel houdt echter in cassatie geen stand. De Hoge Raad constateert dat de rechtbank oordeelde dat het aangaan van de vaststellingsovereenkomst een onverplichte rechtshandeling was en dat de grief in appèl tegen dit oordeel was gericht. De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat het hof had moeten oordelen over de vraag of er een rechtsplicht bestond om de vaststellingsovereenkomst aan te gaan. Deze vraag kan naar het oordeel van de Hoge Raad niet bevestigend worden beantwoord.

De Hoge Raad houdt vast aan de het criterium van de 'rechtsplicht', dat hiervoor in paragraaf 2 reeds aan de orde is geweest. Is die rechtsplicht er niet, dan is de handeling onverplicht en valt zij onder het regime van art. 42 Fw. Dit is niet anders indien de rechtshandeling ten doel had een opeisbare vordering te voldoen.

Aldus geldt ten aanzien van de Air Holland-casus hetzelfde als de ten aanzien van de hiervoor in paragraaf 3 behandelde inbetalinggeving. De voldoening ziet op

18 De subsidiaire vordering van de curatoren op grond van art. 47 Fw zal in het navolgende buiten beschouwing blijven.

een opeisbare vordering, maar valt toch onder het regime van art. 42 Fw omdat de geleverde prestatie een andere is dan de overeengekomene. Gevolg van het oordeel van de Hoge Raad in het besproken arrest is waarschijnlijk dat de vaststellingsovereenkomst geen stand zal houden. De Stichting zal vervolgens gehouden zijn de betaling van de beslagen gelden ongedaan te maken, aangezien de grondslag voor die betaling – de vaststellingsovereenkomst – is komen te vervallen.

Het oordeel van de Hoge Raad is goed nieuws voor de curator, maar kan dus slecht nieuws zijn voor de crediteur die dacht zijn vordering althans deels veilig te hebben gesteld. De vraag is of dit resultaat *in casu* voorkomen had kunnen worden door de schikking anders vorm te geven. Deze vraag is van belang aangezien debiteur en crediteur in de praktijk hun schikking zo veel mogelijk 'faillissementsproof' zullen willen maken.

5 Een faillissementsbestendige schikking?

In de praktijk is het aan de orde van de dag dat debiteur en crediteur onder druk van het dreigende faillissement van de debiteur tot een creatieve oplossing komen. In paragraaf 3 zijn al diverse modaliteiten genoemd. In de Air Holland-casus hebben partijen ervoor gekozen om een derde partij, de Stichting, te introduceren en om via deze nieuwe partij de – verplichte – betaling aan de piloten te doen. De gekozen constructie bleek echter bloot te staan aan vernietiging door de curatoren in het faillissement van Air Holland. De vraag is nu of partijen een faillissementsbestendig alternatief hadden. Wij nemen de volgende vereenvoudigde casus als uitgangspunt.

De vennootschap X B.V. (een beleggingsinstelling) verkeert in zwaar weer. De beleggers zijn van oordeel in het verleden onjuist te zijn voorgelicht door X B.V. en hebben uit dien hoofde een aansprakelijkheidsvordering op X B.V. die wordt begroot op een bedrag van € 1 miljoen. De middelen van X B.V. schieten echter tekort om de beleggers te kunnen voldoen. Zij heeft slechts € 200.000 beschikbaar voor de beleggers. X B.V. heeft nog wel een opeisbare vordering op haar opdrachtgever Z B.V. van € 500.000. Voor het overige zijn er slechts schulden.

5.1 Een betalingsregeling

Hiervoor (par. 2) werd al duidelijk dat het van belang is om te voorkomen dat betaling kan worden aangemerkt als een onverplichte rechtshandeling. Daarom moet aansluiting worden gezocht bij de reeds bestaande betalingsverplichting van de vennootschap jegens de beleggers.

Stel dat X B.V. en de beleggers in een vaststellingsovereenkomst overeenkomen dat X B.V. de beschikbare € 200.000 direct zal betalen aan de beleggers en dat zij, indien de opdrachtgever Z B.V. over de brug komt, nog eens een betaling van € 500.000 zal doen. De resterende € 300.000 zal vervolgens door de beleggers worden kwijtgescholden.

De vraag is vervolgens of een dergelijke betalingsregeling faillissementsbestendig zou zijn. Alvorens deze vraag te beantwoorden, een kort zijpad. In veel gevallen behelst een schikking niet alleen een betalingsregeling en/of gedeeltelijke kwijtschelding, maar ziet zij ook op de vaststelling van het door de schuldenaar verschuldigde bedrag wanneer partijen het hierover niet eens zijn. Wij zijn van oordeel dat een dergelijke vaststelling de toets aan de *actio pauliana* kan doorstaan, aangezien van benadeling van schuldeisers geen sprake is, mits er sprake is van een realistische vaststelling.¹⁹ De vaststelling doet immers geen vordering ontstaan, maar ziet slechts op de begroting ervan.

Terug naar de vraag of de betalingsregeling zoals vervat in de vaststellingsovereenkomst faillissementsbestendig is. De eerste hobbel is het onverplichte karakter van de vaststellingsovereenkomst. Dat het aangaan van deze vaststellingsovereenkomst door X B.V. kwalificeert als een onverplichte rechtshandeling, is duidelijk. Er bestond immers geen rechtsplicht voor X B.V. voor het aangaan ervan.²⁰ Anders dan in de *Air Holland*-casus is het volgens echter de vraag of wel sprake is van benadeling. De vaststellingsovereenkomst in de hypothetische casus behelst immers geen nieuwe verplichtingen of gewijzigde prestaties. Bovendien geldt dat met de vernietiging van de vaststellingsovereenkomst de rechtsgrond niet aan de betalingen komt te vervallen. X B.V. was immers ook zonder de vaststellingsovereenkomst verplicht tot betaling aan de beleggers.

Maar wat nu als onderdeel van de schikking is dat X B.V. niet rechtstreeks aan de beleggers betaalt, maar aan een derde?

5.2 Een ander betaaladres

Omdat de groep beleggers van de vennootschap een diffuse groep is van veel beleggers met ieder een relatief geringe vordering, ligt het voor de hand dat wordt getracht de schikking zo te construeren dat met één betaling kan worden volstaan, in plaats van vele kleine deelbetalingen. Denkbaar is dat één belegger – de *agent* – zich opwerpt als betaaladres voor alle beleggers en door hen ook als zodanig wordt aangewezen. Meer voor de hand liggend is echter dat, net als in de *Air Holland*-casus, een stichting wordt opgericht die verantwoordelijk is voor de inning en de verdeling van de gelden.

• *Optie 1: betaling aan een agent*

Om de betaling door X B.V. aan de *agent* mogelijk te maken is het van belang dat de beleggers de *agent* aanwijzen als adres waar X B.V. aan moet betalen. Art. 6:116

19 Vgl. HR 19 oktober 2001, NG 2001, 654 (Diepstraten/Gilhuis q.q.). Aan de orde was een vaststellingsovereenkomst tussen twee echtelieden waarin wordt vastgesteld de omvang van hetgeen de ene echtgenoot aan de andere is verschuldigd op grond van het tussen hen geldende huwelijks-goederenregime. De rechtbank oordeelde dat deze vaststelling niet tot benadeling van schuldeisers leidt, mits de vaststelling realistisch is. Dit punt was in cassatie niet meer aan de orde. Daar ging het nog slechts om de vraag op welk moment moet worden beoordeeld of sprake is van benadeling. Zie hierover par. 2 hiervoor.

20 Vgl. Rb. Almelo 6 april 2011, LJN BQ2903, waar de rechtbank oordeelde dat in de desbetreffende omstandigheden geen verplichting bestond tot het aangaan van een vaststellingsovereenkomst in geval van wanprestatie van een van de partijen bij de oorspronkelijke overeenkomst.

BW biedt hiervoor de grondslag. Uit dit artikel volgt dat in beginsel de betaling door de schuldenaar dient te geschieden aan de woonplaats van de schuldeiser, maar dat de schuldeiser ook een andere plaats van betaling kan aanwijzen waar de schuldenaar bevrijdend aan de schuldeiser kan betalen. Het komt ons voor dat hierdoor de betaling aan de schuldeiser niet van kleur verschiet en niet verandert van een verplichte in een onverplichte rechtshandeling. Indien in onze hypothetische casus de beleggers de *agent* aanwijzen als betaaladres, komt de betaling door X B.V. aan de *agent* dus niet in de gevarenzone van art. 42 Fw.

• *Optie 2: betaling aan een 'tussenschakel'*

Indien de beleggers en X B.V. ervoor kiezen om de betaling via een nieuw op te richten stichting te laten verlopen, is het anders. De vaststellingsovereenkomst zal er dan in voorzien dat X B.V. jegens de stichting verplicht is betalingen te doen en dat de stichting de ontvangen gelden vervolgens conform een bepaalde verdeelsleutel zal verdelen onder de beleggers. Hiermee neemt X B.V. een verplichting op zich die zij voor het aangaan van de vaststellingsovereenkomst nog niet had en komt er een nieuwe prestatie in de plaats van de oorspronkelijke prestatie (namelijk vergoeding van schade aan de beleggers). Indien de vaststellingsovereenkomst vervolgens wordt vernietigd, komt de grondslag aan de betalingen aan de stichting te ontvallen en vissen de beleggers – net als de piloten in de Air Holland-casus – achter het net.

Het gaat er in dit type schikkingen volgens ons dus om dat de oorspronkelijke schuldeisers volstaan met het aanwijzen van een ander betaaladres, zonder dat de derde die als betaaladres wordt aangewezen een zelfstandige vordering op de schuldenaar verkrijgt en zonder dat de aard van de oorspronkelijke prestatie wordt gewijzigd.

6 Moet de bestuurder zich zorgen maken?

Met het faillissementsproof maken van de schikking op de in paragraaf 5 genoemde wijzen zijn we er echter nog niet. Niet alleen de schuldeiser moet alert zijn bij het aangaan van een vaststellingsovereenkomst met een vennootschap in zwaar weer, maar ook de bestuurders van deze vennootschap. Hoewel het gelet op het bestek van deze bijdrage te ver gaat om uitgebreid op deze bestuurdersaansprakelijkheden in te gaan, toch een enkel woord hierover.

In de eerste plaats geldt de zogenoemde Beklamel-norm.²¹ Deze norm schrijft voor dat een bestuurder die namens de vennootschap verplichtingen aangaat waarvan hij weet of behoort te weten dat de vennootschap deze niet zal nakomen en ook geen verhaal zal bieden, persoonlijk aansprakelijk is jegens de betreffende crediteuren. Deze norm geldt voor nieuwe verplichtingen, en is dus van toepassing indien de schikking erin voorziet dat de schuldenaar nieuwe verplichtingen aangaat. Deze norm geldt bovendien indien de bestuurder een derde weet te bewegen jegens de debiteur hoofdelijke aansprakelijkheid op zich te nemen met

21 HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286 (Beklamel).

N.W.M. van den Heuvel & E.A.M. Meeuse

een veel groter risico dan de derde wist of behoorde te begrijpen. Als de bestuurder ten tijde van het aangaan van de hoofdelijke aansprakelijkheid wist of behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet binnen redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen, is hij persoonlijk aansprakelijk jegens de derde.²²

Van belang is bovendien de aansprakelijkheid van bestuurders in verband met betalingstoezeggingen. Het uitgangspunt is dat een bestuurder vrij is in de keuze welke crediteur hij wel en welke hij niet betaalt. Aansprakelijkheid is slechts aan de orde in het geval van betalingsonwil.²³ In zijn arrest van 26 maart 2010, NJ 2010, 189 (ING/Zandvliet) oordeelde de Hoge Raad dat Zandvliet, in zijn hoedanigheid van indirect bestuurder van Standard Groep Holland B.V., persoonlijk aansprakelijk was jegens ING. ING was schuldeiser van Standard Groep Holland B.V. Zandvliet had ING betaling toegezegd na ontvangst van de betaling van een andere schuldenaar. Het betreffende bedrag werd ontvangen, maar betaling aan ING bleef vervolgens uit. Zandvliet had het ontvangen bedrag aangewend voor de betaling van andere schuldeisers. Volgens het hof en de Hoge Raad is Zandvliet persoonlijk aansprakelijk voor de schade van ING, doordat hij heeft bewerkstelligd dat de vennootschap haar contractuele verplichting tegenover ING tot betaling niet nakwam, terwijl hij wist dat de vennootschap niet over andere inkomstbronnen beschikte en hem duidelijk was of behoorde te zijn dat de vennootschap geen verhaal zou bieden.²⁴

Voor een bestuurder is het derhalve oppassen bij het doen van toezeggingen in het kader van een schikking. Omgekeerd kan het voor een schuldeiser van belang zijn een dergelijke toezegging uit te lokken om zo, indien nodig, verhaal te kunnen nemen op de bestuurder.

7 Conclusie

Het arrest van 3 december 2010 inzake Air Holland heeft het niet onmogelijk gemaakt een faillissementsbestendige schikking aan te gaan met een vennootschap in zwaar weer. Het arrest heeft slechts nogmaals benadrukt dat het voor de bestuurder van de schuldenaar, de schuldenaar en de schuldeiser van groot belang is om te bekijken hoe zij de schikking vormgeven. Voor de bestuurder van de schuldenaar geldt dat hij steeds alert moet zijn op toezeggingen die hij in verband met de schikking doet. Komt de vennootschap deze toezeggingen niet na, dan loopt de bestuurder het risico van persoonlijke aansprakelijkheid. De schuldeiser zal (met de schuldenaar) op zijn beurt steeds moeten nagaan of de schikking die

22 HR 26 juni 2006, NJ 2009, 418 (Kloosterbrink/Eurocommerce).

23 Zie HR 3 april 1992, NJ 1992, 411 (Van Waning/Van der Vliet) en HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (Ontvanger/Roelofsen).

24 R.o. 4.1.2. Zie voor een uitvoerige bespreking van het arrest S.M. Bartman, Bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve (wan)betaling, *Ars Aequi* 2011, p. 126-130. Zie voor voorbeelden van bestuurdersaansprakelijkheid in verband met betalingstoezeggingen Rb. Amsterdam 31 augustus 2005, LJN AU2373 en Rb. Amsterdam 9 mei 2007, LJN BB1859.

wordt bereikt geen nieuwe verplichtingen in de plaats stelt van de reeds bestaande verplichtingen. Is dat wel het geval, dan staan vaststellingsovereenkomst en/of vervulling van de nieuwe verplichting bloot aan vernietiging op grond van de actio pauliana (art. 42 Fw).

Maar als de bestuurder van de schuldenaar, de schuldenaar en de schuldeiser deze beperkingen steeds in het achterhoofd houden, kan een faillissementsbestendige schikking nog steeds worden bereikt.