

De vaststellingsovereenkomst in faillissement

TvI 2019/24

In deze bijdrage wordt de invloed van het faillissement op vaststellingsovereenkomsten (met name schikkingen) onderzocht. Verschillende vragen die in dit verband rijzen worden aan de orde gesteld, zoals (i) de gebondenheid van de boedel aan een door de schuldenaar gesloten vaststellingsovereenkomst; (ii) de door de curator in acht te nemen regels bij een door hem te sluiten vaststellingsovereenkomst en kwalificatie van daaruit voortvloeiende verbintenissen en gevolgen van niet-nakoming daarvan; en (iii) de gevolgen van een door de curator gesloten vaststellingsovereenkomst voor de gezamenlijke en individuele schuldeisers.

1. Inleiding

De vaststellingsovereenkomst in de zin van titel 7.15 BW vormt een *contractueel* alternatief voor geschilbeslechting door overheidsrechtspraak. Met een vaststellingsovereenkomst binden partijen, ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt, zich jegens elkaar aan een vaststelling daarvan. Die vaststelling is bestemd om ook te gelden voor zover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken.²

Een faillissementscurator kan op verschillende manieren worden geconfronteerd met vaststellingsovereenkomsten. In de eerste plaats kan de schuldenaar dergelijke overeenkomsten zijn aangegaan. In de tweede plaats kan de curator vaststellingsovereenkomsten sluiten in het kader van het beheer en de vereffening van de boedel. In deze bijdrage onderzoek ik de invloed van het faillissement op dergelijke vaststellingsovereenkomsten. In het bijzonder spelen de vragen naar de gebondenheid van de boedel aan een door de schuldenaar gesloten vaststellingsovereenkomst (par. 3),³ de bijzondere eisen aan een door de faillissementscurator te sluiten vaststellingsovereenkomst (par. 4) en de gevolgen van een door de curator gesloten vaststellingsovereenkomst voor de individuele schuldeisers die daarbij geen partij zijn (par. 5).

Alvorens die vragen te beantwoorden, is het van belang in te gaan op de vaststellingsovereenkomst in het algemeen, onder meer om te illustreren dat een “vaststellingsovereen-

komst” niet altijd een vaststellingsovereenkomst is in de zin van titel 7.15 BW en om een aantal misvattingen te elimineren dat bestaat over de onmogelijkheden van aantasting van een eenmaal gesloten vaststellingsovereenkomst.

2. De vaststellingsovereenkomst in het algemeen

2.1 Enkele relevante begrippen

Met de *vaststellingsovereenkomst* nemen partijen samen een bindende *beslissing* over het geschil of onzekerheid of komen zij overeen wie daarover bindend zal *beslissen*. Als de door partijen gezamenlijk genomen beslissing in de vaststellingsovereenkomst is opgenomen, als onderhandelingsresultaat, dan is sprake van een *schikking* (ook wel *minnelijke regeling* genoemd). Als de beslissing door een derde zal worden genomen spreekt men van *bindend advies*. De beslissing kan echter ook door een partij bij de vaststellingsovereenkomst worden genomen. In dat geval is sprake van een *bindende partijbeslissing*. De krachtens de beslissing beoogde rechtsverhouding is de *vaststelling*. Met het sluiten van de vaststellingsovereenkomst verplichten partijen zich om deze vaststelling tot stand te brengen.⁴ Een vaststellingsovereenkomst is daarmee een bron van verbintenissen waarvan het bestaan of de inhoud niet wordt bepaald door de overeenkomst zelf, maar door de beslissing.⁵ Door de nakoming van deze verbintenissen komt de vaststelling tot stand.⁶

Ter illustratie van het voorgaande een voorbeeld. A en B twisten over wie eigenaar is van een roerende zaak. Met de *vaststellingsovereenkomst* spreken zij af dat C bindend over dit geschil zal *beslissen*. C beslist dat A eigenaar moet zijn. De *vaststelling* is dan de beoogde rechtstoestand dat A eigenaar wordt. De vaststelling kan worden gerealiseerd door nakoming van de verbintenis tot levering van de roerende zaak van B aan A.⁷ Met het aangaan van de vaststellingsovereenkomst hebben partijen zich tot die verbintenis verbonden.

Titel 7.15 is overigens niet altijd consequent in het gebruik van de begrippen vaststellingsovereenkomst, beslissing en vaststelling. Zie bijvoorbeeld art. 7:902 BW, waarin staat dat een vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied ook geldig is als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht, tenzij zij tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde. Hier wordt de beslissing krachtens de vaststellingsovereenkomst bedoeld.⁸

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: G.G. Boeve, 'De vaststellingsovereenkomst in faillissement', TvI 2019/24. Mr. G.G. Boeve is advocaat bij Recoup advocaten in Utrecht. De auteur dankt prof. mr. B.A. Schuijling graag voor zijn kritische commentaar op de eerdere concepten van deze bijdrage.

2 Art. 7:900 lid 1 BW.

3 Buiten beschouwing laat ik zoveel mogelijk de gevolgen van een faillissement voor een door de schuldenaar overeengekomen en nog niet gegeven bindend advies of bindende partijbeslissing. Zie nader T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss.) 2012, p. 297-298, en Wessels, *Insolventierecht II* 2019/2336.

4 De vaststellingsovereenkomst heeft dispositieve in plaats van declaratoire werking, *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6, Aanpassing BW 1991*, p. 441. Zie ook art. 7:901 BW.

5 *Asser/Van Schaick 7-VIII 2018*, nr. 133.

6 MvT Gewijzigd ontwerp, art. 7.15.2, p. 37.

7 Welke leveringshandeling gezien art. 3:115 sub a of b BW volgens art. 7:901 lid 3 BW in de vaststellingsovereenkomst kan liggen besloten.

8 O.a. P.E. Ernste, *Bindend advies* (diss.), 2012, p. 68.

2.2 De kwalificatie van een afspraak als vaststellingsovereenkomst

Het wezenskenmerk van de vaststellingsovereenkomst is dat partijen bereid zijn om bij het sluiten van de vaststellingsovereenkomst te accepteren dat de beslissing op het geschil of de onzekerheid zal kunnen afwijken van hun oorspronkelijke standpunten, en dus over wat rechtens was.⁹ Voor wat betreft schikking of minnelijke regeling wordt aangenomen dat, wil er sprake zijn van een vaststellingsovereenkomst, beide partijen ten opzichte van hun oorspronkelijke standpunten ook daadwerkelijk water bij de wijn hebben gedaan. Anders heeft de overeenkomst geen wederkerig karakter, wat dan wordt veroorzaakt door het feit dat zij niet beantwoordt aan het hiervoor genoemde wezenskenmerk van de vaststellingsovereenkomst, aldus Van Schaick.¹⁰ In dat licht is een overeenkomst waarbij de ene partij simpelweg het standpunt van de andere partij als juist erkent of verklaart afstand te doen van zijn eerdere eigen standpunt dan ook geen vaststellingsovereenkomst. In die gevallen is eerder sprake van erkenning of kwijtschelding van schuld of afstand van recht. Ook het geval waarbij partijen een beëindigingsovereenkomst sluiten die niet ziet op een (mogelijk) geschil over de rechtsverhouding van de betrokken partijen (partijen maken met andere woorden eensgezind een einde aan hun relatie) is geen vaststellingsovereenkomst. Dat geldt ook voor het geval waarbij partijen een regeling treffen die aan een geschil of onzekerheid geen einde maakt, maar bijvoorbeeld leidt tot een afkoelingsperiode of aanvulling of wijziging van de bestaande rechtsverhouding. In deze gevallen is titel 7.15 BW niet van toepassing.¹¹ Een gevolg daarvan is dat een partij bij die "oneigenlijke vaststellingsovereenkomst" de overeenkomst in beginsel wél kan vernietigen op grond van dwaling als hij (achteraf) ontdekt dat zijn oorspronkelijke standpunt toch juist was.

2.3 Vernietiging vanwege dwaling

Een vaststellingsovereenkomst leent zich naar zijn aard slecht voor vernietiging vanwege dwaling.¹² Partijen waren immers bereid te accepteren dat de beslissing zou kunnen afwijken van hun oorspronkelijke standpunten, ook als achteraf zou blijken dat hun oorspronkelijke standpunten juist waren. Zie het slot van art. 7:900 lid 1 BW en ook art. 6:228 lid 2 BW, waarin is bepaald dat vernietiging niet kan wor-

den gegrond op dwaling die verband houdt met de aard van de overeenkomst. Dit geldt overigens alleen voor het onderwerp van het geschil of de onzekerheid waarover een beslissing wordt genomen.¹³

Ter illustratie, als partijen van mening verschillen over de hoogte van schadevergoeding als gevolg van een onrechtmatige gedraging van de ene partij jegens de andere partij en na het treffen van een schikking blijkt dat die ene partij niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens de andere partij, dan staat een beroep op dwaling voor de ene partij open. Dit laatste is anders als partijen ook van mening verschilden over de vraag of de ene partij al dan niet onrechtmatig jegens de andere partij heeft gehandeld, in welk geval die gedraging ook onderwerp is van het geschil of de onzekerheid waaraan met de schikking een einde werd gemaakt.¹⁴

De aard van de vaststellingsovereenkomst staat overigens niet altijd aan een beroep op vernietiging in de weg. Zo volgt bijvoorbeeld uit het arrest *Van Leeuwen/Lips* dat vernietiging vanwege dwaling mogelijk is, indien het een partij bij de vaststellingsovereenkomst valt te verwijten dat zij voor het sluiten van de vaststellingsovereenkomst ten onrechte relevante informatie heeft achtergehouden of deze de dwalende verkeerd heeft ingelicht over hetgeen waarover wordt getwist.¹⁵

2.4 Ontbinding

Verzet de aard van de vaststellingsovereenkomst zich ook tegen ontbinding ingeval de ene partij tekortschiet in de nakoming van een daaruit voortvloeiende verbintenis? Bijvoorbeeld die tot betaling van het geschikte bedrag of die tot geheimhouding van het onderwerp van de vaststellingsovereenkomst. Die vraag wordt bij mijn weten steeds ontkennend beantwoord.¹⁶ Iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen geeft aan de wederpartij de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt (art. 6:265 lid 1 BW). Deze bevoegdheid wordt echter beperkt door art. 7:905 BW indien de ontbinding een reeds tot stand gekomen bindend advies of bindende partijbeslissing zou treffen (dus niet in geval van een door partijen gezamenlijk genomen beslissing in de vorm van een schikking, zie paragraaf 2.1 hierboven). In die gevallen kan ontbinding niet door een eenzijdige verklaring geschieden, maar dient deze in rechte te worden gevorderd. De rechter kan haar vervolgens afwijzen op de grond dat degene die

9 Zie het slot van art. 7:900 lid 1 BW, waarin is bepaald dat de vaststellingsovereenkomst partijen bindt ook voor zover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken. Zie ook *Asser/Van Schaick 7-VIII* 2018, nr. 133.

10 *Asser/Van Schaick 7-VIII* 2018, nr. 147.

11 *Asser/Van Schaick 7-VIII* 2018, nr. 147. Dat kwalificatie overigens niet altijd eenvoudig is blijkt wel uit onder andere HR 9 december 2005, *BNB* 2006/201, HR 20 maart 2009, *NJ* 2010/153 (*Echtscheidingsconvenant*), HR 27 maart 2009, *NJ* 2009/579 (*Merck/Euromedica*) en HR 26 november 2010, *RvdW* 2010/1411 (*De Thuiskopie/IRDA*).

12 In beginsel niet, zie bijvoorbeeld HR 15 november 1985, *NJ* 1986/228, m.nt. Van der Grinten (*Ebele Dillema II*). Ook de beslissing kan onder omstandigheden worden vernietigd of nietig zijn. Denk voor een geval van vernietigbaarheid aan de situatie dat een partijbeslissing of een beslissing door een derde in verband met de inhoud of de wijze van totstandkoming in gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 7:904 BW). Zie voor een geval van nietigheid art. 7:902 BW. Verder: P.E. Ernste, *Bindend advies* (diss.) 2012, p. 72 e.v.

13 *Asser/Van Schaick 7-VIII* 2018, nr. 160.

14 Zie voor een vergelijkbare casus HR 15 november 1985, *NJ* 1986/228, m.nt. Van der Grinten (*Ebele Dillema II*), en HR 29 september 1995, *NJ* 1998/81, m.nt. Brunner (*ABN AMRO/Hendriks*), zoals nader besproken door A.A. van Rossum, *Vaststellingsovereenkomst* (Mon. BW nr. B80), nr. 26.

15 HR 1 februari 2013, *JOR* 2013/160, m.nt. Ernste (*Van Leeuwen/Lips*). Zie ook HR 27 april 2007, *BNB* 2007/201, m.nt. Zwemmer.

16 O.a. *Asser/Van Schaick 7-VIII* 2018, nr. 168, en A.A. van Rossum, *Vaststellingsovereenkomst* (Mon. BW nr. B80), nrs. 28 en 29.

haar vordert, voldoende middelen heeft om van de wederpartij opheffing van of vergoeding voor de tekortkoming te verkrijgen. De gedachte van deze dubbele beperking op de hoofdregel van art 6:265 lid 1 BW is dat de hervatting van de twist over het oorspronkelijke geschil zoveel mogelijk wordt beperkt.¹⁷ De rechter dient in die gevallen dan ook terughoudend te zijn met toewijzing van de gevorderde ontbinding.¹⁸ Aangezien art. 6:265 BW van regelen recht is,¹⁹ kan de bevoegdheid tot ontbinding in de vaststellingsovereenkomst worden uitgesloten, beperkt en verruimd. Ditzelfde geldt voor de beperkende werking van art. 7:905 BW, nu wordt aangenomen dat ook art. 7:905 BW van regelen recht is.²⁰

3. Gebondenheid van de boedel aan door de schuldenaar gesloten vaststellingsovereenkomst

Hoe dient een faillissementscurator een door de schuldenaar voor zijn faillissement gesloten vaststellingsovereenkomst te waarderen? Is de boedel gebonden aan daaruit voortvloeiende verbintenissen? En heeft de curator bijzonder mogelijkheden om die overeenkomst aan te tasten? In het navolgende ga ik op deze vragen in. Buiten beschouwing laat ik de bevoegdheid van de curator om een door de schuldenaar gesloten vaststellingsovereenkomst aan te tasten op grond van de algemene regels uit Boek 3 en Boek 6 BW over nietigheid, vernietigbaarheid en ontbinding.²¹ Eveneens laat ik buiten beschouwing de gebondenheid van de curator aan een door de schuldenaar tijdens zijn faillissement gesloten vaststellingsovereenkomst.²²

3.1 Hoofdregels

De wetgever geeft in ieder geval een stellig antwoord: in beginsel oefent het faillissement “niet den minste” invloed uit op bestaande wederkerige overeenkomsten.²³ Als wederkerige overeenkomst valt daaronder ook de door de schuldenaar voor zijn faillietverklaring gesloten vast-

stellingsovereenkomst.²⁴ Kan nu voor de afwikkeling van deze overeenkomst de ‘gewone’ regeling uit de faillissementswet worden gevolgd, of vraagt de aard van de vaststellingsovereenkomst een daarvan afwijkende regeling? Voor dat laatste bestaat volgens mij geen goede reden. In geval van schikking of een reeds voor de faillietverklaring gegeven bindend advies of bindende partijbeslissing zou ik daarom willen aannemen dat, net als bij andere wederkerige overeenkomsten, de uit de vaststellingsovereenkomst voortvloeiende vorderingen, zo nodig onder toepassing van art. 131 Fw (waardebepaling van niet opeisbare vorderingen) of art. 133 Fw (schatten van waarde), op de voet van art. 110 Fw ter verificatie kunnen worden ingediend (art. 26 Fw). Dit geldt ook voor de uit de vaststellingsovereenkomst voortvloeiende – ten tijde van faillietverklaring nog niet nagekomen – verbintenis tot levering van een goederenrechtelijk recht, voor zover die levering niet reeds ligt besloten in de vaststellingsovereenkomst (zie noot 8 hierboven). Voorts kan de curator de vorderingen van de schuldenaar op de schuldeiser ter realisatie van de vaststelling geldend maken. Indien en voor zover de verbintenissen om de vaststelling tot stand te brengen door de schuldenaar en zijn wederpartij in het geheel nog niet of slechts gedeeltelijk zijn nagekomen, geldt daarnaast ook de regeling van de artikelen 37 en 37a Fw; de schuldeiser kan de curator een redelijke termijn stellen om te verklaren de overeenkomst gestand te doen. Verklaart de curator zich daartoe niet bereid, dan verliest hij zijnerzijds het recht nakoming te vorderen.

3.2 *Failissementspauliana*

Voor de gevolgen van een faillissement voor een daarvoor gesloten vaststellingsovereenkomst wijs ik in het bijzonder op de mogelijkheid van de curator om die als benadelend buitengerechtelijk te vernietigen. Doorgaans zal dan aan de voorwaarden van art. 42 Fw voor de vernietiging van onverplicht verrichte rechtshandelingen moeten zijn voldaan en niet aan de voorwaarden van art. 47 Fw voor de vernietiging van verplicht verrichte rechtshandelingen. Zie het arrest *Curatoren Air Holland/Stichting Garantiefonds*.²⁵ De Hoge Raad besliste in die zaak dat de vraag of een rechtsplicht bestaat om een vaststellingsovereenkomst te sluiten, anders dan het hof had geoordeeld, niet bevestigend kan worden beantwoord op de grond dat die overeenkomst slechts afspraken inhoudt over de wijze waarop de later gefailleerde rechtspersoon een betalingsverplichting moet nakomen.

Voor vernietiging op de voet van art. 42 Fw moet kort gezegd sprake zijn van (a) een onverplicht verrichte rechts-

17 MvT, Kamerstukken II 1982/83, 17779, 3, p. 41.

18 MvT, Kamerstukken II 1982/83, 17779, 3, p. 41

19 Asser/Sieburgh 6-III 2018, nr. 686. Vgl. *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 1011.

20 Asser/Van Schaick 7-VIII 2018, nr. 168, en A.A. van Rossum, *Vaststellingsovereenkomst* (Mon. BW nr. B80), nr. 29, onder verwijzing naar Toelichting Voorontwerp, p. 1148. In die zin ook Hof Arnhem 3 februari 2009, NJF 2009/270.

21 Deze bevoegdheid kan o.m. worden afgeleid uit de art. 23 en 25 lid 1 Fw (Polak & Pannevis, *Insolventierecht* 2017, par 5.1.1.). Vgl. F.M.J. Verstijlen, in: T&C *Insolventierecht*, 2019, art. 42 Fw aant. 1.

22 Wat dat betreft is de regel dat de schuldenaar tijdens faillissement de boedel (vermogensrechtelijk) niet kan binden gelet op art. 23 Fw, tenzij en voor zover de boedel ten gevolge daarvan is gebaat (art. 24 Fw). Er blijft dan een beperkt deel over van geschillen waarover hij nog vaststellingen kan overeenkomen (alle rechten die buiten de boedel blijven). Dit ziet bijvoorbeeld op de in art. 21 en 22a Fw bedoelde goederen die buiten faillissement blijven.

23 *Van der Feltz I*, p. 419: “Uit haren aard oefent de faillietverklaring op bestaande wederkerige overeenkomsten niet den minsten invloed uit; de verbintenissen van den gefailleerde en diens medecontractant worden er niet door gewijzigd”.

24 Van Schaick gaat ervan uit dat de vaststellingsovereenkomst steeds wederkerig is (Asser/Van Schaick 7-VIII 2018, nr. 141 en 145). Van Rossum wijst er daarentegen op dat uit de wetsgeschiedenis niet geheel duidelijk is of de wederkerigheid steeds is gegeven vanwege het feit dat partijen zich wederzijds verplichting om een onzekerheid of geschil te beëindigen of dat de wederkerigheid van de overeenkomst afhangt van de inhoud van de beslissing. Van Rossum noemt het onderscheid evenwel vooral theoretisch van aard en meent dat in de praktijk spoedig aan het wederkerigheidsvereiste zal zijn voldaan (A.A. van Rossum, *Vaststellingsovereenkomst* (Mon. BW nr. B80), nr. 9).

25 HR 3 december 2010, NJ 2010/651, JOR 2011/62 (*Curatoren Air Holland/Stichting Garantiefonds*).

handeling (waarvan doorgaans sprake zal zijn bij het aangaan van een vaststellingsovereenkomst, zie de paragraaf hiervoor); (b) benadeling van schuldeisers; en (c) wetenschap van benadeling van schuldeisers. Voor wat betreft de vereisten van 'benadeling' en 'wetenschap van benadeling' is van belang – net als bij andere overeenkomsten – of de overeenkomst door partijen is uitgevoerd of niet. In het bevestigende geval zal de benadeling er, bijvoorbeeld, in kunnen zijn gelegen dat op grond van de schikking een bedrag is betaald terwijl aannemelijk is dat partijen zonder die regeling zouden zijn gaan procederen en die procedure niet voor het faillissement al tot een eindvonnis zou hebben geleid. De benadeling zit dan niet in het feit dat partijen de koek (bewust) niet eerlijk hebben verdeeld, maar in het feit dat de schikking een doorbreking van de *paritas creditorum* mogelijk heeft gemaakt. Hadden partijen van die benadeling – de doorbreking van de *paritas creditorum* als gevolg van de uitvoering van de overeenkomst – wetenschap, dan zie ik niet in waarom de schikking niet zou kunnen worden vernietigd (ook al is de koek daarin eerlijk verdeeld). Is de overeenkomst nog niet uitgevoerd, dan denk ik dat vooral van belang is wat partijen ten tijde van schikken wisten of behoorden te weten over de waarschijnlijke uitkomst van hun geschil. Van benadeling van schuldeisers zal in de regel slechts sprake zijn als de regeling onvoldoende recht doet aan de kansen van de schuldenaar in het geschil. Wisten partijen dit bij het treffen van de schikking, dan zal aan het wetenschapsvereiste zijn voldaan. Wisten zij dit niet – bijvoorbeeld omdat bepaalde feiten pas na het sluiten van de overeenkomst bekend zijn geworden, de Hoge Raad is omgegaan, *et cetera* – dan meen ik dat de schikking niet kan worden vernietigd op basis van het enkele feit dat partijen het faillissement van de schuldenaar en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid konden voorzien.²⁶ Bij de invulling van het vereiste van 'wetenschap van benadeling', komt volgens mij aldus in belangrijke mate betekenis toe aan de onzekerheid waarin partijen (in het typische geval) verkeerden ten tijde van het treffen van de schikking. Die onzekerheid werkt door in de mate waarin zij 'met een redelijke mate van waarschijnlijkheid' wisten of behoorden te weten dat de handeling benadelend was voor de schuldeisers van een van hen. Het zal in de regel een lastige bewijspositie opleveren voor de curator. De bewijsopgave voor de curator ligt vanzelfsprekend anders indien de vermoedens van art. 43 Fw opgeld doen. Met name schikkingsbedragen tegen een kennelijke onderwaarde (opvallend laag schikkingsbedrag) of met gelieerde partijen in het jaar voorafgaand aan het faillissement zijn verdacht.

26 Vgl. R.J. van der Weijden, 'Wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw en de voorzienbaarheid van het faillissement van de schuldenaar', *MvV* 2017/10, par 4. Van der Weijden verdedigt dat de wetenschap na *ABN/Van Dooren q.q. III* nog steeds ook betrekking moet hebben op de benadeling van schuldeisers, en niet uitsluitend op het faillissement van de schuldenaar, althans dat de feitenrechter ook na het arrest *ABN AMRO/Van Dooren q.q. III* nog voldoende ruimte heeft om doorslaggevend betekenis toe te kennen aan het ontbreken van wetenschap bij partijen omtrent het nadelige effect van de rechtshandeling.

De aan het arrest *Curatoren Air Holland/Stichting Garantiefonds* ten grondslag liggende casus ziet op de situatie van schikking of minnelijke regeling. Kan nu ook een reeds vóór de faillietverklaring gegeven bindend advies of bindende partijbeslissing, voor zover deze laatste niet door de schuldenaar is genomen, worden vernietigd op grond van art. 42 Fw, dan wel in uitzonderingsgevallen art. 47 Fw? De tekst van art. 42 en 47 Fw geeft daarvoor in ieder geval geen mogelijkheid nu deze uitsluitend ziet op door de schuldenaar verrichte rechtshandelingen. Dat laat echter onverlet dat de aan de bindende beslissing ten grondslag liggende vaststellingsovereenkomst kan worden vernietigd. Die betreft immers wél een door de schuldenaar verrichte rechtshandeling. Vernietiging daarvan heeft tot gevolg dat op partijen niet langer de uit art. 7:900 lid 1 BW voortvloeiende verplichting rust dat zij zich moeten gedragen naar het advies en zij dus geen uitvoering hoeven te geven aan de uit het advies voortvloeiende verbintenissen. Gevolg is dat het bindend advies of de bindende partij beslissing in de 'lucht' blijft hangen.²⁷

4. Door curator te sluiten vaststellingsovereenkomst

Ook de faillissementscurator kan in hoedanigheid vaststellingsovereenkomsten aangaan. Welke regels volgen voor hem dienaangaande uit het faillissementsrecht? En wat is de invloed van het faillissement op de uit deze overeenkomst voortvloeiende verbintenissen om de vaststelling te realiseren? Deze en andere vragen worden in het navolgende onderzocht. Ik zal daarvoor achtereenvolgens ingaan op de door de curator af te wegen belangen bij het treffen van een schikking, de door de rechter-commissaris te verlenen goedkeuring, de gebondenheid van de curator aan de vaststellingsovereenkomst waarbij hij partij is, aspecten van aansprakelijkheid van de curator en de kwalificatie van verbintenissen die voortvloeien uit die overeenkomst.

4.1 Curator en relevante belangen bij schikking

Het belang van de curator bij een schikking is doorgaans het belang van boedel en de schuldeisers bij het best mogelijke resultaat, de relevante omstandigheden van het geval in ogenschouw genomen.²⁸ Daarin verschilt zijn belang met dat van andere partijen bij een vaststellingsovereenkomst die veelal primair hun eigen belang nastreven (met uitzondering van de positie van andere schikkende belangenbehartigers).²⁹

27 P.E. Ernste, *Bindend advies* (diss.), 2012, p. 60.

28 Vgl. F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss.), 1998, p. 81, en Bremer, 'Schikkingsperikelen tijdens faillissement', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2007/17.

29 Die eigen belangen kunnen heel divers zijn. De een sluit een regeling van uit de wens om aan onzekerheid of geschil een einde te maken, de ander omdat hem dit financieel het beste uitkomt en weer een ander omdat hij de moeizame relatie met zijn wederpartij in het geheel wil beëindigen. Ondanks dat de beweegredenen verschillen, is het rechtsgevolg wel steeds hetzelfde (zie art. 7:900 lid 1 BW). Zie nader *Asser/Van Schaick 7-VIII* 2018, nr. 157.

Het best mogelijke resultaat naar de relevante omstandigheden van het geval, betekent in mijn ogen dat bij een schikking over een last voor de boedel in beginsel een zo beperkt mogelijke last wordt overeengekomen en bij een bate een zo hoog mogelijke. Voor wat betreft dat laatste volstaat in het algemeen een beoordeling van (i) de verwachte proceskansen, procesrisico's en proceskosten in relatie tot het financiële belang van het onderwerp van geschil of onzekerheid, voor het geval er niet wordt geschikt en over de kwestie moet worden geprocedeerd; (ii) de verhaalsmogelijkheden wil het uiteindelijk komen tot een voor de boedel gunstige veroordeling; en (iii) de belangen van de gezamenlijke schuldeisers bij de verdere wijze van afwikkeling van het faillissement.³⁰

Heeft de curator daarbij ook rekening te houden met de belangen van de schuldenaar? Het is immers mogelijk dat naar redelijke verwachting er meer zit in een te schikken geschil of onzekerheid dan uitsluitend betaling van alle faillissementscrediteuren. Mag de curator dan volstaan met een snelle schikking waarbij de schuldenaar voor het overige achter het net vist? Of mag van hem worden verwacht dat hij het meerdere voor de schuldenaar realiseert? Aanwijzingen volgen uit HR 13 oktober 2013.³¹ Het ging in die zaak om een door de curator getroffen schikking over door de failliet geleden letselschade. Deze hield in dat de curator precies genoeg van de schadevergoeding zou ontvangen om alle schuldeisers te kunnen voldoen. Het overige van de schadevergoeding zou worden betaald aan de 'Nederlandse Letselstichting' en de berispte, jegens zijn cliënte in deze zaak laakbaar handelende, advocaat van de schuldenaar.³² De Hoge Raad besliste dat onder deze omstandigheden, die aanleiding moesten geven tot bijzondere aandacht voor de positie van de schuldenaar, de rechtbank niet ermee kon volstaan om te oordelen dat de kans van slagen van het cassatieberoep – in de bodemprocedure over het (geschikte) geschil ten principale – niet groot is. De rechtbank had de klachten van de schuldenaar derhalve in haar belangenafweging dienen te betrekken. Vanwege de bijzonderheden van deze zaak is hier, volgens mij, geen algemene regel uit af te leiden voor de beoordeling van schikkingen of vaststellingsovereenkomsten door de curator.³³ Dit blijkt ook wel uit de hierna in paragraaf 4.2 te bespreken beoordeling door de rechter-commissaris van een verzoek van de curator om een vaststellingsovereenkomst of schikking aan te gaan, welke beoordeling zich in de eerste plaats beperkt tot het belang van de boedel.

4.2 Goedkeuring rechter-commissaris

De curator behoeft volgens art. 104 Fw goedkeuring van de rechter-commissaris voor het aangaan van een vaststel-

lingsovereenkomst. Indien er een commissie uit schuldeiser is vereist genoemd artikel dat de curator ook de commissie om advies vraagt. Ontbreekt de toestemming van de rechter-commissaris of verzuimt de curator advies in te winnen bij de schuldeiserscommissie, dan maakt dit de handelingen van de curator niet ongeldig. De curator is dan alleen jegens de failliet en de gezamenlijke schuldeisers aansprakelijk (art. 72 lid 1 Fw).³⁴ Verstijlen verdedigt dat de curator die handelt zonder dat hij de vereiste goedkeuring vraagt per definitie onzorgvuldig handelt, maar niettemin moet worden toegelaten tot het bewijs dat de schade ook zou zijn ingetreden indien hij zorgvuldig had gehandeld.³⁵ Daartoe dient hij te bewijzen dat hij de goedkeuring, indien hij daarom had gevraagd, wel had gekregen. Volgens mij laat dat onverlet dat hij daarmee nog niet is gedekt. Zijn gedrag kan immers nog steeds onzorgvuldig zijn.

De rechter-commissaris dient zich bij de beoordeling van het goedkeuringsverzoek van de curator, vanwege zijn taak toezicht te houden op het beheer en de vereffening van de failliete boedel (art. 64 Fw), in de eerste plaats te laten leiden door het belang van de boedel.³⁶ Tegen de daaropvolgende beschikking van de rechter-commissaris staat op grond van art. 67 Fw hoger beroep op de rechtbank open. Dit recht komt uitsluitend toe aan de 'partijen' bij de beschikking. Dat betreft degene die het tot de beschikking leidende verzoek aan de rechter-commissaris heeft gedaan (hier de curator) en degene tot wie de beschikking is gericht.³⁷ Is 'degene tot wie de beschikking is gericht' hier de wederpartij van de curator? De Hoge Raad beantwoordde die vraag in zijn arrest van 22 december 2017 ontkennend. Hij besliste dat, aangezien ook de in art. 67 Fw voorziene mogelijkheid van hoger beroep is gegeven om de bij het beheer van de boedel betrokken belangen te behartigen, bij de afwijzing van het verzoek tot goedkeuring, de wederpartij van de curator niet kan worden aangemerkt als degene tot wie die beschikking is gericht. De wederpartij komt daarom niet de bevoegdheid toe om op de voet van art. 67 Fw als 'partij' hoger beroep tegen de beschikking van de rechter-commissaris in te stellen.³⁸ Zoals ik hierna in paragraaf 5 toelicht heeft dat mogelijk gevolgen voor de rechten van schuldeisers om ter verificatie ingediende vorderingen te betwisten op de voet van art. 119 Fw.

4.3 Curator en gebondenheid aan door hem gesloten vaststellingsovereenkomst

Kan de curator in weerwil van het bepaalde in de vaststellingsovereenkomst op een door hem gesloten overeenkomst

30 In die zin o.a. Rb. Limburg, 3 juli 2013, *JOR* 2014/243, en Rb. Alkmaar 3 februari 2000, *JOR* 2000/98.

31 HR 13 oktober 2013, *NJ* 2013/491, en *JOR* 2014/84, m.nt. Bremer.

32 Zie voor de (onverkwikkelijke) details nader HR 13 oktober 2013, *NJ* 2013/491 en *JOR* 2014/84, m.nt. Bremer, ro. 4.1.

33 Aldus ook Bremer in zijn noot bij HR 13 oktober 2013, *JOR* 2014/84. Zie over deze uitspraak ook F.M.J. Verstijlen, 'Wat het faillissementsrecht vermag', *Tvl* 2014/1.

34 Vgl. HR 27 november 1998, *JOR* 1999/72, m.nt. Kortmann (*Komdeur q.q./Nederlandse Antillen*).

35 F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss.), 1998, p. 365-369.

36 HR 22 december 2017, *NJ* 2018/46 en *JOR* 2018/105, m.nt. Kraaijpoel.

37 HR 22 december 2017, *NJ* 2018/46 en *JOR* 2018/105, m.nt. Kraaijpoel, onder verwijzing naar HR 15 maart 2013, *NJ* 2013/173 en *JOR* 2013/189, m.nt. Hoogenboezem (*Van Schijndel/Hoppenbrouwers q.q.*). Bevestigd in HR 12 april 2019, *ECLI:NL:HR:2019:589*, (*Haeresteijn Holding c.s./Dekker q.q.*).

38 Hij dient niet-ontvankelijk te worden verklaard indien hij dat wel doet. Vgl. HR 18 april 2008, *NJ* 2008/244 (*Benedik/Udo*), over de onmogelijkheid van degene tegen wie de curator gemachtigd wordt een procedure aan te spannen op de voet van art. 67 lid 1 Fw hoger beroep in te stellen tegen de beschikking waarbij die machtiging is verleend.

terugkomen op instructie van de rechter-commissaris? Hierover oordeelde de Hoge Raad in zijn arrest van 20 december 2013 (*N.V. Nationale Borg-Maatschappij/Curatoren Zalco*).³⁹ In die zaak ging het om een vermeend pandrecht van Glencore dat door de curatoren was erkend in een vaststellingsovereenkomst met Glencore. Een derde, Nationale Borg, verzocht daarop de rechter-commissaris op de voet van art. 69 Fw de curatoren te bevelen onderzoek te doen naar de geldigheid van het door curatore bij vaststellingsovereenkomst erkende pandrecht van Glencore. Daargelaten of (een zuivere) erkenning van rechten de toepasselijkheid van titel 7.15 BW uitsluit en in het bevestigende geval de overeenkomst niet kwalificeert als een vaststellingsovereenkomst (zie paragraaf 2.2 hierboven), besliste de Hoge Raad dat de overeenkomst de curatoren bindt en dat die binding niet ongedaan kan worden gemaakt langs de weg van een op art. 69 Fw gebaseerd bevel van de rechter-commissaris aan de curatoren.⁴⁰

4.4 Aansprakelijkheid van de curator bij niet-nakoming van de door hem gesloten vaststellingsovereenkomst

De curator kan in hoedanigheid aansprakelijk zijn als hij toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van de vaststellingsovereenkomst. Deze aansprakelijkheid wordt getoetst aan de 'gewone' maatstaven van art. 6:74 e.v. BW. Dit ziet bijvoorbeeld op gevallen waarbij hij een schikking niet nakomt, zoals de schikking om een bepaalde vordering als verifieerbaar te erkennen, of op gevallen waarbij hij de *boilerplate* clausules in de vaststellingsovereenkomst niet nakomt, zoals een overeengekomen geheimhoudingsbeding. Ook ziet dit op gevallen waarbij de curator nalaat om de vaststelling (lees: de beoogde nieuwe rechtsverhouding) krachtens beslissing bij bindend advies of bindende partijbeslissing te realiseren of te respecteren. Aan die verplichting had hij zich immers verbonden bij het sluiten van de vaststellingsovereenkomst (zie paragraaf 2.1 hierboven).

Kan de curator in deze gevallen ook persoonlijk aansprakelijk zijn voor zover de boedel geen verhaal biedt? De regels over persoonlijke aansprakelijkheid van de curator worden steeds duidelijker. Zo verduidelijkte de Hoge Raad recent in zijn arrest *De Klerk q.q. c.s./X* de basisregels uit de arresten *Maclou/Curatoren Van Schuppen* en *Prakke/Gips*.⁴¹ De Hoge Raad overweegt in *De Klerk q.q. c.s./X* dat

“voor zover de curator bij de uitoefening van zijn taak niet is gebonden aan regels, hem in beginsel een ruime mate van vrijheid toekomt (*Prakke/Gips*). Bij het gebruikmaken van die vrijheid geldt de *Maclou*-norm, te weten dat een curator, kort gezegd, behoort te handelen zoals

in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. De curator dient zich te richten naar het belang van de boedel, maar het is in beginsel aan zijn inzicht overgelaten op welke wijze en langs welke weg dat belang het beste kan worden gediend. Voor zover de curator wel is gebonden aan regels, heeft hij de hiervoor genoemde beleidsvrijheid niet. Komt hij die regels niet na, dan zal hij in beginsel op die grond persoonlijk aansprakelijk zijn jegens degenen met de belangen van wie hij bij de naleving van die regels rekening diende te houden. (...) De omstandigheid dat een curator bij zijn gebondenheid aan regels niet de in het arrest *Prakke/Gips* bedoelde beleidsvrijheid heeft, betekent nog niet dat het enkele niet-naleven van die regels steeds tot zijn persoonlijke aansprakelijkheid leidt. Het hof heeft in het partijdebat en de omstandigheden van dit geval aanleiding gezien om te onderzoeken of – en te oordelen dat – de curator in dit geval tevens een persoonlijk verwijt trof. Anders dan onderdeel II kennelijk betoogt, heeft het hof hiermee niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting”.

De Hoge Raad overweegt derhalve, samengevat, dat bij schending van regels de curator in beginsel persoonlijk aansprakelijk is, maar dat hem daarvan ook een persoonlijk verwijt moet kunnen worden gemaakt voor definitieve aansprakelijkheid.⁴² Mulder vult in wanneer sprake is van schending van 'regels'. Dat is niet altijd duidelijk, maar lijkt het geval te zijn bij handelen in strijd met de wet, aanwijzing van de rechter-commissaris of tot de curator gerichte regels uit jurisprudentie.⁴³ Handelen door de curator in strijd met een door hem gesloten vaststellingsovereenkomst lijkt mij niet onder deze gevallen begrepen. Dat betekent dat, ter beoordeling van persoonlijke aansprakelijkheid van de curator, het voor persoonlijke aansprakelijkheid vanwege schending van de *Maclou*-norm vereiste persoonlijke verwijt relevant is. Voor het aannemen van dat verwijt is nodig dat de curator heeft gehandeld terwijl hij het onjuiste van zijn handelen inzag dan wel redelijkerwijze behoorde in te zien, zo volgt uit *Prakke/Gips*. Dit persoonlijke verwijt kan volgens mij worden vergeleken met het persoonlijke ernstige verwijt dat is vereist voor het aannemen van bestuurdersaansprakelijkheid.⁴⁴ Het is de vraag of de in dat verband ontwikkelde maatstaven, zoals bijvoorbeeld de *Beklamel*-norm, mede kunnen worden gebruikt om het

39 HR 20 december 2013, *NJ* 2014/152, m.nt. Verstijlen, en *JOR* 2014/85, m.nt. Bremer (*N.V. Nationale Borg-Maatschappij/Curatoren Zalco*).

40 Zie eerder al HR 9 april 1943, *NJ* 1943/351.

41 HR 9 november 2018, *NJ* 2018/464, m.nt. Verstijlen, *JOR* 2019/26, m.nt. Tekstra (*De Klerk q.q. c.s./X*), HR 16 december 2011, *JOR* 2012/65, m.nt. IS (*Prakke/Gips*), en HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727, m.nt. WMK (*Maclou/Curatoren Van Schuppen*).

42 Aldus ook R. Mulder, 'De persoonlijke aansprakelijkheid van de curator: oppassen geblazen, steeds meer 'regels'! Een overzicht van de stand van zaken', *Tvl* 2019/5.

43 R. Mulder, 'De persoonlijke aansprakelijkheid van de curator: oppassen geblazen, steeds meer 'regels'! Een overzicht van de stand van zaken', *Tvl* 2019/5.

44 Zie meest recent over de maatstaf van ernstig verwijt bij bestuurdersaansprakelijkheid HR 30 maart 2018, *NJ* 2018/330, m.nt. Van Schilffgaarde (*Eisers/TMF*), onder verwijzing naar de arresten van de HR inzake *Ontvanger/Roelofsen* (*NJ* 2006/659), *Willemsen NOM* (*NJ* 2009/21), *Van de Riet/Hoffman* (*Spaanse villa*) (*NJ* 2013/302), *Hezemans Air* (*NJ* 2015/21), en *RCI* (*NJ* 2015/22).

handelen van de curator in persoon te waarden.⁴⁵ Volgens de Beklamel-norm, naar het gelijknamige arrest uit 1989,⁴⁶ handelt de bestuurder van een vennootschap onrechtmatig jegens een schuldeiser, als hij namens die vennootschap verplichtingen is aangegaan, terwijl hij wist of redelijkerwijze moest begrijpen dat de vennootschap niet of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die de schuldeiser op grond daarvan zou lijden. Volgens mij zou deze norm overeenkomstig kunnen worden toegepast op de curator die een vaststellingsovereenkomst aangaat. Net als de bestuurder verbindt de curator zich niet in persoon maar in hoedanigheid en wordt slechts in uitzonderingsgevallen en terughoudend door die scheiding heengekeken. Volgens deze toegepaste Beklamel-norm handelt de curator dan (in persoon) onrechtmatig jegens zijn wederpartij als hij namens de boedel verplichtingen aangaat terwijl hij weet of redelijkerwijze moet begrijpen dat de boedel niet of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen kan voldoen en geen verhaal biedt voor de schade die de (boedel)schuldeiser op grond daarvan zal lijden. Het vereiste persoonlijke verwijt voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator, is in dit geval dan gelijk aan het vereiste persoonlijke *ernstige* verwijt voor (persoonlijke) aansprakelijkheid van de bestuurder van een rechtspersoon.⁴⁷ Andere normen uit het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht zijn mogelijk ook *mutatis mutandis* toepasbaar bij de beoordeling van het handelen van de curator in persoon.

4.5 Kwalificatie van verbintenissen uit door de curator gesloten vaststellingsovereenkomst

Zijn de verbintenissen die voor de curator voortvloeien uit een door hem in hoedanigheid gesloten vaststellingsovereenkomst boedelschulden? In het bijzonder zouden dergelijke verbintenissen zijn begrepen onder de "tweede categorie" boedelschulden uit *Koot Beheer/Tideman q.q.* Die categorie betreft schulden die een onmiddellijke aanspraak geven jegens de faillissementsboedel omdat zij door de curator in hoedanigheid zijn aangegaan.⁴⁸ Ik meen dat dit primair afhangt van de inhoud van de beslissing (bij schikking dan wel bindend advies of bindende partijbeslissing). De beslissing bepaalt immers de inhoud van de verbintenissen die voortvloeien uit de vaststellingsovereenkomst (zie paragraaf 2.1 hierboven). Op haar beurt vindt de beslissing rechtvaardiging in de omstandigheden van het geval, waaronder de kwalificatie als verifieerbaar of boedelschuld van de vordering die het onderwerp is van het geschil of onze-

kerheid dat aan de vaststellingsovereenkomst ten grondslag ligt en waaraan een einde is gemaakt. Houdt de beslissing bijvoorbeeld in dat een verifieerbare vordering wordt geschikt, dan zal de beslissing doorgaans ook inhouden dat de in dat verband uit de vaststellingsovereenkomst voortvloeiende verbintenis als verifieerbaar door de curator zal worden erkend. Houdt de beslissing daarentegen in dat een boedelschuld wordt geregeld, dan zal de beslissing gewoonlijk ook inhouden dat de verbintenis om die vaststelling te realiseren kwalificeert als boedelschuld. De verbintenis om de vaststelling tot stand te brengen kwalificeert daarentegen volgens mij steeds als boedelschuld.

Kan een verifieerbare vordering bij schikking ook worden gepromoveerd tot boedelschuld? In mijn ogen niet zonder meer. De curator heeft de regels van titel 3.10 over de wettelijke rangorde te volgen. Volgt hij deze niet, dan is hij volgens *De Klerk q.q. c.s./X* in beginsel persoonlijk aansprakelijk (zie paragraaf 4.4 hierboven). Van persoonlijke aansprakelijkheid zal geen sprake zijn als de curator geen persoonlijk verwijt kan worden gemaakt, bijvoorbeeld omdat de normschending hem niet kan worden verweten, hij een beroep kan doen op een rechtvaardigingsgrond of – vanzelfsprekend – indien de overige boedelschuldeisers met de afspraak instemmen. Zie nader over niet-verwijtbare normschending en rechtvaardigingsgronden A-G Hartlief bij *De Klerk q.q. c.s./X*.⁴⁹ In het voorliggende geval kan een rechtvaardigingsgrond volgens mij, bijvoorbeeld, worden gevonden in het feit dat de uit de schikking voortvloeiende verbintenissen, naar redelijke inschatting van de curator ten tijde van het treffen van de schikking, per saldo gunstig zullen zijn voor de gezamenlijke schuldeisers dan wel in voorkomende geval alleen de boedelschuldeisers.⁵⁰

Voor zover de verbintenissen uit de vaststellingsovereenkomst kwalificeren als boedelschulden, behoeven zij geen verificatie en worden zij zo spoedig mogelijk en volledig uit de baten betaald. Indien en voor zover sprake is van een negatieve boedel worden de boedelschulden volgens *De Ranitz q.q./Ontvanger* in beginsel conform de wettelijke rangorde afgewikkeld.⁵¹ In dat geval zal de wederpartij van de curator veelal als concurrente boedelschuldeiser meedelen, nu hem op grond van de wet in beginsel geen voorrang toekomt.⁵² Denkbaar is dat de curator een schikking treft met een door hem ten behoeve van de executie en vereffening van bepaalde boedelbestanddelen ingeschakelde derde, bijvoorbeeld vanwege geschil over de omvang en kosten van de door die derde verrichte werkzaamheden, en dat die (geschikte) kosten vóór verdeling van de baten over de boedelschuldeisers worden voldaan. Of dat een schikking ziet op een vordering tot voldoening van kosten tot behoud van

45 Vgl. Spinath in zijn noot bij HR 16 december 2011, *JOR* 2012/65 (*Prakke/Gips*), nr. 3.

46 HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286, m.nt. Maeijer (*Beklamel*).

47 Waarbij ik aantekenen dat de Hoge Raad niet heeft beslist dat de curator een *ernstig* verwijt moet worden gemaakt voor persoonlijke aansprakelijkheid, ook niet in *De Klerk q.q. c.s./X*.

48 HR 19 april 2013, *JOR* 2013/224, m.nt. Boekraad (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), ro. 3.7.1, waarin de Hoge Raad overwoog dat boedelschulden slechts zijn "die schulden die een onmiddellijke aanspraak geven jegens de faillissementsboedel hetzij ingevolge de wet, hetzij omdat zij door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan, hetzij omdat zij een gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting".

49 Conclusie A-G Hartlief 22 juni 2018, ECLI:NL:PHR:2018:704, onderdeel 3.23.

50 Zie voor een geval waarbij een concurrente boedelschuld bij overeenkomst tussen de curator en de betreffende schuldeiser werd gepromoveerd tot kosten van executie en vereffening Rb. Noord-Nederland 24 april 2014, *JOR* 2015/86, m.nt. Boeve.

51 HR 28 september 1990, *NJ* 1991/305, m.nt. PvS (*De Ranitz q.q./Ontvanger*).

52 Vgl. art. 3:277 lid 1 BW.

een goed of bearbeiding van een zaak, aan welke vorderingen de wet een voorrecht verleent op het behouden goed dan wel de bearbeide zaak in respectievelijk art. 3:284 BW en art. 3:285 BW. In deze gevallen ligt het voor de hand dat de vordering van de schuldeiser voor gaat op die van de gewone boedelschuldeisers. Ook dit hangt evenwel primair af van de inhoud van de beslissing in of krachtens de vaststellingsovereenkomst.

5. Gevolgen van door curator gesloten vaststellingsovereenkomst voor individuele schuldeisers

Heeft een door de curator gesloten vaststellingsovereenkomst ook gevolgen voor de individuele schuldeisers van de failliete schuldenaar die daarbij geen partij zijn? Dat zal het geval zijn voor de verdeling van de faillissementsbaten indien en voor zover een beslissing in of krachtens vaststellingsovereenkomst (i) een uitgave ten laste van de boedel meebrengt; of (ii) een gehele dan wel gedeeltelijke afstand van een vordering van de boedel (mede) tot onderwerp heeft; dan wel (iii) een erkenning of een in het leven roepen van een schuldvordering op de boedel of van een preferentie inhoudt.⁵³ In zoverre hebben de schuldeisers dus de gevolgen van de door de curator gesloten vaststellingsovereenkomst tegen zich te laten gelden.

De Hoge Raad overwoog in het besproken arrest *N.V. Nationale Borg-Maatschappij/Curatoren Zalco* dat een erkenning door curatoren bij vaststellingsovereenkomst van een (derden)pandrecht niet zo ver gaat dat de schuldeisers hun rechten verliezen om in het toepasselijke geval op de voet van art. 119 Fw ter verificatievergadering voorlopig erkende schuldvorderingen en de beweerde voorrang daarvan te kunnen betwisten.⁵⁴ Ik vraag mij echter af of die rechten niet betekenisloos zijn geworden. De erkenning of voorrang vindt, volgens mij, immers primair haar grondslag in de beslissing in of krachtens de vaststellingsovereenkomst (zie hierboven paragraaf 4.5). Daartegen (tegen die overeenkomst) kunnen de schuldeisers niet opkomen, aangezien zij geen partij zijn bij de beschikking van de rechter-commissaris op het goedkeuringsverzoek van de curator tot het aangaan van de vaststellingsovereenkomst (zie paragraaf 4.2 hierboven), noch kunnen zij de curator door de rechter-commissaris laten bevelen dat hij niet aan de schikking is gebonden (zie paragraaf 4.3 hierboven). Dit kan mogelijk worden geheeld in lijn met het arrest van 12 april 2019 van de Hoge Raad inzake *Haeresteijn Holding c.s./Dekker q.q. c.s.*⁵⁵ In dat arrest besliste de Hoge Raad dat de gefailleerde belastingplichtige de mogelijkheid dient te hebben om op te komen tegen een beschikking van de rechter-commissaris als de onderhavige, waarbij aan de curatoren toestemming wordt verleend om op de voet van art. 8:22 lid 1 Awb

in verbinding met art. 27 lid 3 Fw een door de belastingplichtige ingestelde bestuursrechtelijke procedure over een belastingaanslag over te nemen en nadien terstond in te trekken. Een behoorlijke rechtsbescherming brengt mee dat die beschikking voor de gefailleerde belastingplichtige bij wijze van uitzondering op de voet van art. 67 Fw voor hoger beroep vatbaar is, aldus de Hoge Raad. De gefailleerde belastingplichtige hoeft in dat geval dus niet te wachten tot de verificatievergadering om de ter verificatie ingediende belastingaanslagen te betwisten (art. 126 Fw), terwijl in de tussentijd de aanslag jegens alle betrokkenen, waaronder de belastingplichtige failliet, komt vast te staan.⁵⁶ Het zou in mijn ogen niet onredelijk zijn dat de individuele schuldeisers aldus ook worden toegestaan om op te komen tegen een beslissing van de rechter-commissaris op de voet van art. 104 Fw voor zover zij daarbij geen partij zijn en zij hun rechten ex art. 119 Fw op de verificatievergadering niet effectief geldend kunnen maken. Een minder omslachtige weg is om aan te nemen dat de curator alleen zijn eigen betwisting heeft geschikt en dat de individuele schuldeisers "gewoon" verifieerbare vorderingen kunnen betwisten op de voet van art. 119 Fw. In dat geval komt in mindere mate betekenis toe aan de gedachte dat de erkenning of voorrang primair haar grondslag vindt in de beslissing in of krachtens de vaststellingsovereenkomst en in meerdere mate aan de betwiste aanspraken die hebben geleid tot het sluiten van de vaststellingsovereenkomst.

Wat zijn de gevolgen voor de individuele schuldeisers indien de curator met een derde een *Peeters/Gatzen*-vordering schikt?⁵⁷ Dit betreft een vordering uit onrechtmatige daad die de curator ten behoeve van de gezamenlijke benadeelde schuldeisers kan instellen tegen een derde die bij de benadeling door de schuldenaar is betrokken. Doet deze schikking af aan de eigen aanspraken van de individuele schuldeisers op die derde? De gevolgen lijken te zijn beperkt in de arresten *Lunderstädt/De Kok I*, *Sobi/Hurks II* en *Dekker/Lucte*.⁵⁸ Uit die arresten volgt dat de vorderingen van de curator en de individuele schuldeisers naast elkaar geldend kunnen worden gemaakt, maar dat een behoorlijke afwikkeling van het faillissement kan meebrengen dat eerst op de vordering van de curator wordt beslist. Dat impliceert dat het geldend

53 Wessels, *Insolventierecht IVI*, 2015/4393.

54 HR 20 december 2013, *NJ* 2014/152, m.nt. Verstijlen, en *JOR* 2014/85, m.nt. Bremer (*N.V. Nationale Borg-Maatschappij/Curatoren Zalco*).

55 HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:589 (*Haeresteijn Holding c.s./Dekker q.q.*).

56 Waarbij wel geldt dat betwisting door de gefailleerde op de voet van art. 126 Fw tot gevolg heeft dat, in afwijking van het in art. 196 Fw neergelegde uitgangspunt, het proces-verbaal van de verificatievergadering na beëindiging van het faillissement, tegenover de gefailleerde niet een voor tenuitvoerlegging vatbare titel oplevert (art. 196 en 197 Fw). Zie HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4558, rov. 3.6, en HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3464, rov. 4.7.

57 Naar het gelijknamige arrest van de Hoge Raad van 14 januari 1983, *NJ* 1983/597, m.nt. Wachter. In dat arrest besliste de Hoge Raad dat in geval van benadeling van schuldeisers door de gefailleerde, de curator van de gefailleerde bevoegd is om voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers op te komen, waarbij onder omstandigheden ook plaats kan zijn voor het geldend maken van een vordering tot schadevergoeding tegen een derde die bij die benadeling betrokken was, ook al komt een dergelijke vordering niet aan de gefailleerde zelf toe vanwege betrokkenheid bij de benadeling.

58 HR 21 december 2001, *NJ* 2005/95, *JOR* 2002/37 (*Lunderstädt/De Kok I*), HR 21 december 2001, *NJ* 2005/96, m.nt. Kortmann, *JOR* 2002/38, m.nt. Bartman (*Sobi/Hurks II*) en HR 24 april 2009, *JOR* 2010/22, m.nt. Faber (*Dekker/Lucte*).

maken of schikken van de vordering van de curator op de derde niet afdoet aan de eigen aanspraken van de schuldeisers op de derde.⁵⁹ In die lijn besliste de Rechtbank Rotterdam in een uitspraak van 18 november 2018 naar mijn oordeel dan ook terecht dat de individuele schuldeisers niet waren gebonden aan een door de curator met de bestuurder gesloten vaststellingsovereenkomst waarin was opgenomen dat de curator finale kwijting verleende mede namens, maar zonder instemming van de gezamenlijke schuldeisers. De vraag rijst wat dan nog de waarde is voor een aangesproken derde om een Peeters/Gatzen-vordering met alleen de curator en niet ook iedere individuele schuldeiser te schikken. Vanwege het voorgaande bestaat op zijn minst een groot risico dat deze geen rechten verliezen en nog individueel kunnen claimen voor zover zij geen uitkering uit de boedel ontvangen. Dit zal de schikkingsmogelijkheden van de curator vanzelfsprekend beperken.⁶⁰

6. Slot

In deze bijdrage onderzocht ik de invloed van het faillissement op vaststellingsovereenkomsten, waarbij mijn onderzoek hoofdzakelijk beperkt is gebleven tot schikkingen. Vastgesteld kan worden dat, voor wat betreft vernietiging door de curator van door de schuldenaar vóór zijn faillissement gesloten vaststellingsovereenkomsten op de voet van art. 42 Fw, het vereiste van wetenschap van benadeling van schuldeisers de curator voor de nodige bewijsproblemen plaatst. Voor wat betreft door de curator in hoedanigheid te sluiten vaststellingsovereenkomsten, kom ik tot de slotsom dat de belangenafweging bij het aangaan van een schikking complex kan zijn, evenals het kader ter beoordeling van persoonlijke aansprakelijkheid van de curator indien en voor zover de boedel geen verhaal biedt en de kwalificatie als boedelschuld (of niet) van de uit de vaststellingsovereenkomst voortvloeiende verbintenissen. Ook de gevolgen en mogelijkheden voor individuele schuldeisers laten zich niet eenvoudig raden, met uitzondering van een door de curator geregelde Peeters/Gatzen-vordering. Met Van Schaick ben ik dan ook van mening dat de vaststellingsovereenkomst een van de boeiendste overeenkomsten is.⁶¹ Hoewel haar bestaansrecht daarin ligt dat ze op contractuele wijze juridische problemen oplost, veroorzaakt ze in de praktijk ook veel problemen. Niet alleen vanwege problemen met betrekking tot de totstandkoming, uitleg en uitvoering, maar ook vanwege problemen die samenhangen met haar eigenaardige structuur, haar ingewikkelde werking en haar zwakke wettelijke regeling. De invloed van het faillissement maakt het er niet gemakkelijker op.

59 Vgl. o.a. F.M.J. Verstijlen, 'De onrechtmatige-daadsvordering wegens de benadeling van schuldeisers binnen faillissement: één voor allen én ieder voor zich', *WPNR* 2002/6502, p. 625, Wezeman in zijn noot bij HR 21 december 2001 (*Lunderstadt/De Kok I*), *Ondernemingsrecht* 2002/19, en Vriesendorp in zijn annotatie bij genoemd arrest in *AA* 2002, p. 824.

60 Zie in die zin eerder al F.M.J. Verstijlen, 'De onrechtmatige-daadsvordering wegens de benadeling van schuldeisers binnen faillissement: één voor allen én ieder voor zich', *WPNR* 2002/6502, p. 625.

61 A.C. van Schaick, 'De Overeenkomst ter voorkoming van onzekerheid', *NTBR* 2014/34.