

Verrekeningsbedingen met derdenwerking

Prof. mr. N.E.D. Faber¹

2.1 De wettelijke bevoegdheid tot verrekening

De algemene wettelijke regeling van verrekening is neergelegd in afdeling 6.1.12 BW, art. 6:127 t/m 6:141 BW. Verrekening kan slechts geschieden door iemand die daartoe bevoegd is. Ingevolge art. 6:127 lid 2 BW heeft een schuldenaar de bevoegdheid tot verrekening wanneer hij een prestatie heeft te vorderen die beantwoordt aan zijn schuld jegens dezelfde wederpartij, en hij zowel bevoegd is tot betaling van zijn schuld als tot het afdwingen van de betaling van zijn vordering. Aldus is de wettelijke verrekeningsbevoegdheid aan een viertal (*positief* geformuleerde) vereisten onderworpen:

1. De bij de verrekening betrokken partijen zijn over en weer elkaars schuldeiser en schuldenaar (wederkerigheid);
2. De schuldenaar heeft een prestatie te vorderen die beantwoordt aan zijn schuld (gelijksoortigheid);
3. De schuldenaar is bevoegd tot betaling van zijn schuld; en
4. De schuldenaar is bevoegd tot het afdwingen van de betaling van zijn vordering.

In art. 6:127 lid 3 BW wordt hieraan een vijfde (*negatief* geformuleerd) vereiste toegevoegd:

5. De bevoegdheid tot verrekening bestaat niet ten aanzien van een vordering en een schuld die in van elkaar gescheiden vermogens vallen.²

¹ Prof. mr. N.E.D. Faber is hoogleraar burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit te Nijmegen (Onderzoekcentrum Onderneming & Recht) en raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof 's-Gravenhage.

² Zie N.E.D. Faber, *Verrekening*, 2005, nr. 15, met een nadere uitwerking van de materiële vereisten voor verrekening in hoofdstuk 2.

De genoemde materiële vereisten voor verrekening sluiten nauw aan bij de betalingsfunctie van verrekening en zijn als zodanig onomstreden. Of in een concreet geval van een bevoegdheid tot verrekening sprake is, dient steeds te worden beoordeeld vanuit de positie van degene die zich op verrekening beroept. Voldoende is dat, bezien vanuit *zijn* positie, aan de vereisten voor verrekening wordt voldaan (*relatieve* verrekeningsbevoegdheid).³ Niet vereist is dat partijen *over en weer* tot verrekening bevoegd zijn (*absolute* verrekeningsbevoegdheid). Aldus is het mogelijk dat in een concreet geval aan beide partijen, een van beide of geen van beide een bevoegdheid tot verrekening toekomt. Bij verrekening in rekening-courant, welke van rechtswege plaatsvindt, is het (in beginsel) voldoende dat één der partijen op grond van art. 6:140 jis. art. 6:127 e.v. BW tot verrekening bevoegd is.⁴

2.2 Contractuele afwijkingen van de wettelijke regeling

Afdeling 6.1.12 BW is van regelend recht.⁵ Partijen kunnen bij overeenkomst van de materiële vereisten voor verrekening afwijken.⁶ Dit geldt ook voor het vereiste van wederkerigheid.⁷ Enerzijds kan de bevoegdheid tot verrekening (voor één, beide of alle partijen) worden uitgebreid, anderzijds kan zij (voor één, beide of alle partijen) worden beperkt of uitgesloten. Een uitbreiding, beperking of uitsluiting van de verrekeningsbevoegdheid kan uitdrukkelijk of stilzwijgend plaatsvinden, en kan ook uit de aard van de overeenkomst voortvloeien.⁸ In beginsel kunnen partijen contractueel iedere regeling inzake verrekening treffen die hun goeddunkt. De bepalingen van afdeling 6.1.12 BW gelden slechts voor zover bij overeenkomst daarvan niet is afgeweken.

Uiteindelijk vindt een contractueel verrekeningsbeding zijn begrenzing in bepalingen van dwingend recht. Zo kan van een aantal wettelijke verrekeningsverboden contractueel niet of slechts in beperkte mate worden afgeweken.⁹ Voorts is het mogelijk dat een beroep op een (wettelijke of contractuele) verrekeningsbevoegdheid in een concreet geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, zodat art. 6:2 lid 2 of art. 6:248 lid 2 BW aan verrekening in de weg staat.¹⁰ Onder omstandigheden kan ook sprake zijn van misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW). Verder kan worden gewezen op de diverse vernietigingsgronden die in de wet zijn opgenomen en die (na vernietiging van het contractuele verrekeningsbeding) aan een beroep op verrekening in de weg (kunnen) staan. Het beding kan bijvoorbeeld onder invloed van een wilsgebrek (dwaling, bedrog, bedreiging of misbruik van omstandigheden) tot stand zijn gekomen.

3 Zie N.E.D. Faber, *Verrekening*, 2005, nr. 16.

4 Zie N.E.D. Faber, *Verrekening*, 2005, nr. 16, met een nadere uitwerking van verrekening in rekening-courant in hoofdstuk 4.

5 Aldus uitdrukkelijk TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 490.

6 Partijen kunnen ook van de formele vereisten voor verrekening afwijken. Deze zijn neergelegd in art. 6:127 lid 1 en art. 6:128 BW. Voorts kunnen partijen anderszins een regeling treffen die afwijkt van de bepalingen van afdeling 6.1.12 BW. Zie N.E.D. Faber, *Verrekening*, 2005, nr. 121. Dit geldt als uitgangspunt ook met betrekking tot art. 6:130 BW. Zie N.E.D. Faber, *Verrekening*, 2005, nr. 289.

7 Zie N.E.D. Faber, *Verrekening*, 2005, nrs. 118 en 120.

8 Zie N.E.D. Faber, *Verrekening*, 2005, nr. 118.

9 Zie voor enkele voorbeelden van wettelijke verrekeningsverboden N.E.D. Faber, *Verrekening*, 2005, nrs. 100 e.v.

10 Zie N.E.D. Faber, *Verrekening*, 2005, nr. 123.

Ook is het mogelijk dat het verrekeningsbeding tot benadeling van schuldeisers heeft geleid en met een beroep op de *actio Pauliana* kan worden bestreden.

Is het contractuele verrekeningsbeding opgenomen in algemene voorwaarden, dan moet nog worden gewezen op het bepaalde in art. 6:233 BW.¹¹ Het beding kan onredelijk bezwarend zijn. Is de wederpartij van de gebruiker van de algemene voorwaarden een natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf (een consument), dan dient bovendien te worden gewezen op het bepaalde in art. 6:236, aanhef en onder *f*, en art. 6:237, aanhef en onder *g*, BW. Ingevolge art. 6:236, aanhef en onder *f*, BW is een contractuele afwijking van art. 6:130 BW ten nadele van een consument per definitie onredelijk bezwarend.¹² Een dergelijk beding staat op de zwarte lijst en kan door de consument zonder meer worden vernietigd. Volgens art. 6:237, aanhef en onder *g*, BW wordt een beding waarbij de aan een consument toekomende bevoegdheid tot verrekening wordt beperkt of uitgesloten, of waarbij aan de gebruiker van de algemene voorwaarden een verdergaande bevoegdheid tot verrekening wordt toegekend dan de wet hem toekent, vermoed onredelijk bezwarend te zijn. Het beding staat op de grijze lijst en kan door de consument worden vernietigd, tenzij de gebruiker van de algemene voorwaarden kan aantonen dat het beding in het concrete geval niet onredelijk bezwarend is.

Wordt ter zake van een contractueel verrekeningsbeding met succes een beroep op een vernietigingsgrond gedaan, of dient het beding op de voet van art. 6:248 lid 2 BW dan wel anderszins buiten toepassing te blijven, dan dient de bevoegdheid tot verrekening weer te worden beoordeeld aan de hand van afdeling 6.1.12 BW. Het contractuele verrekeningsbeding maakt dan immers niet langer deel uit van de tussen partijen bestaande overeenkomst, c.q. bepaalt niet langer mede de tussen partijen bestaande rechtsverhouding.

2.3 Derdenwerking van contractuele verrekeningsbedingen

Wordt contractueel van het bepaalde in afdeling 6.1.12 BW afgeweken, dan rijst de vraag of ook derden (zoals een cessionaris, een beperkt gerechtigde, een beslaglegger, een curator of bewindvoerder) zich daarop kunnen beroepen, c.q. of zij het contractuele verrekeningsbeding tegen zich moeten laten gelden. De wet geeft op deze vraag geen antwoord. Volgens de parlementaire geschiedenis is een algemeen antwoord ook moeilijk te geven.¹³ Dat dit laatste intussen wel meevalt, volgt uit de grote mate van eenstemmigheid die op dit punt reeds geruime tijd in de literatuur en de jurisprudentie bestaat. Het uitgangspunt is zonder meer dat aan contractuele bedingen waarbij van de wettelijke vereisten voor verrekening wordt afgeweken, derdenwerking toekomt. Een beding waarbij de verrekeningsbevoegdheid wordt beperkt of uitgesloten, kan niet alleen door de relevante con-

11 Zie hierover meer uitvoerig N.E.D. Faber, *Verrekening*, 2005, nr. 122, met een nadere uitwerking van enkele bijzonderheden. Zie in verband met art. 6:233, aanhef en onder *b*, BW ook het bepaalde in art. 6:234 BW.

12 De bevoegdheid tot verrekening valt onder de in art. 6:236, aanhef en onder *f*, BW genoemde 'bevoegdheden' en niet onder de daarin genoemde 'verweermiddelen'. Vgl. MvT, *Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1697.

13 Zie TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 490. Vgl. ook MvT, *Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 164, waarin expliciet wordt aangegeven dat een contractueel verrekeningsbeding aan een beslaglegger kan worden tegengeworpen.

tractspartij maar kan ook door een belanghebbende derde worden ingeroepen, een beding waarbij de verrekeningsbevoegdheid wordt uitgebreid, kan ook aan een belanghebbende derde worden tegengeworpen.¹⁴

In de regel wordt de derdenwerking van contractuele verrekeningsbedingen gemotiveerd met de stelling dat een dergelijk beding mede de inhoud bepaalt van het vorderingsrecht waartegen een beroep op verrekening wordt gedaan. Het contractuele verrekeningsbeding geeft de verbintenissen die partijen op zich hebben genomen, nader vorm.¹⁵ In zoverre is van derdenwerking in eigenlijke zin geen sprake: derden hebben de vordering te nemen zoals zij is, derhalve inclusief het contractuele verrekeningsbeding dat daarvan deel uitmaakt. In dit verband maakt het geen verschil van welk vereiste voor verrekening door partijen bij overeenkomst is afgeweken.

Men kan de ‘derdenwerking’ van contractuele verrekeningsbedingen echter ook langs andere weg verklaren. Zo kan worden betoogd dat de schuldenaar als gevolg van het verrekeningsbeding in een positie wordt gebracht die naar analogie met art. 6:130, 6:145 en 6:146 BW behoort te worden beschermd.¹⁶

Wat hiervan verder ook zij, uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat aan contractuele verrekeningsbedingen de hiervóór bedoelde derdenwerking toekomt. Dat is vooral interessant met betrekking tot bedingen waarbij de bevoegdheid tot verrekening contractueel is *uitgebreid* ten opzichte van hetgeen uit de wet voortvloeit. Wat de jurisprudentie van de Hoge Raad op dit punt betreft, verwijs ik in het bijzonder naar HR 10 maart 1995, *NJ* 1996/299, m.nt. HJS (*Holtrop/Stevens*), HR 29 januari 1999, *NJ* 1999/595 (*DBV/Sedgwick*) en HR 15 november 2019, *JOR* 2020/22, m.nt. NEDF (*X/Y*).¹⁷

Opmerking verdient nog dat een contractueel verrekeningsbeding door partijen ook zodanig kan worden vormgegeven, dat niet of nauwelijks meer van verrekening in eigenlijke zin kan worden gesproken. Het enkele feit dat partijen bij overeenkomst van een of meer materiële vereisten voor verrekening zijn afgeweken (met inbegrip van het wederkerigheidsvereiste), brengt echter nog niet met zich dat van verrekening in eigenlijke zin geen sprake meer is. Het gebruik van die term wordt echter minder zinvol naarmate de verwantschap tussen de contractuele verrekening die door partijen wordt beoogd, en de verrekening die in de wet is geregeld, meer op de achtergrond geraakt. Bij wijze van voorbeeld noem ik hier de zogenaamde *saldoverbintenis*, waarbij de ‘verrekening’ inherent is aan de verplichtingen die partijen op zich hebben genomen.¹⁸ Partijen zijn in dit geval slechts verplicht het saldo van hetgeen zij over en weer aan elkaar verschuldigd zijn, te voldoen. Zij behoeven slechts te presteren voor zover zij niets meer van de ander te vorderen hebben. In dit verband is veeleer sprake van ‘berekening’,

14 Zie hierover N.E.D. Faber, *Verrekening*, 2005, nrs. 290-291 en 479-480, met vermelding van literatuur en jurisprudentie.

15 Zie N.E.D. Faber, *Verrekening*, 2005, nr. 290.

16 Zie N.E.D. Faber, *Verrekening*, 2005, nr. 290.

17 Vgl. ook HR 22 maart 1918, *NJ* 1918, p. 487 e.v. (*Levensverzekering-Maatschappij/Versfelt*) en HR 23 maart 2018, *NJ* 2019/211, m.nt. Jac. Hijma (*Aan de Amstel*), waarin de kwestie door de Hoge Raad in het midden wordt gelaten.

18 Zie in verband hiermee N.E.D. Faber, *Verrekening*, 2005, nr. 291.

‘saldering’ of ‘inhouding’.¹⁹ Of van een saldoverbintenis zoals hier bedoeld sprake is, is uiteindelijk een kwestie van uitleg.

Een saldoverbintenis zoals hiervóór bedoeld, kan naar haar aard aan derden worden tegengeworpen. Derden treffen de verbintenis nu eenmaal aan zoals zij door partijen is vormgegeven. Een voorbeeld van de ‘derdenwerking’ van een saldoverbintenis is te vinden in HR 20 januari 1984, *NJ* 1984/512, m.nt. G (*Ontvanger/Barendregt*). Een ander voorbeeld is te vinden in HR 23 juni 1995, *NJ* 1996/566, m.nt. HJS (*FMN/PAP*). Het is echter van belang te constateren dat uit de hier genoemde arresten niet mag worden afgeleid dat van derdenwerking van een contractueel verrekeningsbeding slechts sprake kan zijn indien partijen het beding hebben vormgegeven als een ‘inhoudingsclausule’, c.q. indien partijen hun verbintenissen tot een saldoverbintenis hebben gemaakt. Uit de hiervóór reeds genoemde arresten *Holtrop/Stevens*, *DBV/Sedgwick* en *X/Y* volgt dat ook aan een uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid in de vorm van een zuiver contractueel verrekeningsbeding derdenwerking toekomt.

Uit laatstgenoemd arrest *X/Y*, dat het meest verstrekkend is, volgt met zoveel woorden dat een contractuele *uitbreiding* van de verrekeningsbevoegdheid die vóór datum faillissement geldig is overeengekomen, ook in een nadien uitgesproken faillissement standhoudt en dat art. 53 Fw zich daartegen niet verzet, ook niet indien het een contractuele afwijking van het in art. 6:127 lid 2 BW neergelegde vereiste van wederkerigheid betreft. In de volgende paragraaf ga ik daarop uitvoeriger in.

Art. 53 Fw verzet zich evenmin ertegen dat de curator zich beroept op een tussen partijen overeengekomen beding waarbij de verrekeningsbevoegdheid van de wederpartij is *beperkt* of *uitgesloten*.²⁰ Uit vaste jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat art. 53 Fw op zichzelf niet de strekking heeft afbreuk te doen aan een contractuele beperking of uitsluiting van de verrekeningsbevoegdheid.²¹ Uit de tussen partijen gesloten overeenkomst kan echter voortvloeien dat zij niet bedoeld is mede te gelden in een nadien uitgesproken faillissement van een der partijen.

2.4 Derdenwerking van contractuele verrekeningsbedingen tijdens faillissement

De wettelijke regeling van verrekening tijdens faillissement is neergelegd in art. 53-55 Fw. Deze artikelen geven de grenzen aan waarbinnen een schuldeiser tijdens het faillissement van zijn schuldenaar bevoegd is tot verrekening. Op grond van art. 53 lid 1 Fw kunnen alleen vorderingen en schulden met elkaar

19 Zie voor het onderscheid tussen ‘verrekening’ en ‘berekening’ meer in het algemeen N.E.D. Faber, *Verrekening*, 2005, nrs. 3 e.v., 111, 187, 354, 356 en 466, met verdere verwijzingen. Zie ook N.E.D. Faber, noot onder Rb. Amsterdam 8 juni 2011, *JOR* 2012/266, en *idem*, noot onder Hof’s-Gravenhage 30 mei 2017, *JOR* 2017/272.

20 Zie N.E.D. Faber, *Verrekening*, 2005, nr. 480.

21 Zie voor dit laatste onder meer HR 20 juni 1941, *NJ* 1942/151, m.nt. PS (*Van den Bergh/Bannier q.q.*); HR 28 juni 1985, *NJ* 1986/192, m.nt. G (*Meijvast/Voûte q.q. c.s.*); HR 16 januari 1987, *NJ* 1987/553, m.nt. G (*Hooijen/THB c.s.*); HR 22 juli 1991, *NJ* 1991/748 (*ADB/Planex*); HR 28 juni 2002, C00/271HR (*Reerink q.q./Elander Properties III*) en HR 18 oktober 2002, *JOR* 2002/234, m.nt. Wessels (*Buter q.q. c.s./Besix c.s.*).

worden verrekend die vóór de datum van faillietverklaring zijn ontstaan of voortvloeien uit een per die datum reeds tussen partijen bestaande rechtsverhouding.²²

Art. 53 Fw is – anders dan art. 54 en 55 Fw, die misbruik van verrekening beogen tegen te gaan – (grotendeels) van *regelend* recht.²³ Het artikel verzet zich niet ertegen dat een schuldeiser tijdens het faillissement van zijn schuldenaar een beroep doet op een tevoren tussen hen overeengekomen beding waarbij de bevoegdheid tot verrekening ten behoeve van de schuldeiser contractueel is uitgebreid ten opzichte van hetgeen ter zake van die bevoegdheid uit art. 6:127 e.v. BW voortvloeit. Dit lag op basis van de eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad (en de aan art. 53 Fw ten grondslag liggende zekerheidsfunctie van verrekening) reeds voor de hand, maar heeft expliciet bevestiging gevonden in de hiervóór reeds genoemde uitspraak van de Hoge Raad van 15 november 2019, *JOR* 2020/22, m.nt. NEDF (*X/Y*).

De uitspraak van de Hoge Raad inzake *X/Y* betreft het cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 23 januari 2018, *JOR* 2018/134, m.nt. NEDF, waarin het hof het door een schuldenaar van de gefailleerde schuldeiser gedane beroep op een contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid (ten onrechte) afwees. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof en bevestigt dat het desbetreffende contractuele verrekeningsbeding ook in faillissement standhoudt.

In het voorliggende geval werd krachtens een daartoe (ruim) vóór datum faillissement tussen partijen gemaakte afspraak een schuld van eiseres (X) aan haar gefailleerde schuldeiser (A) verrekend met een vordering van een derde (C) op een zustervereniging van de gefailleerde (B), die ook in staat van faillissement verkeerde, en werd die verrekening tegengeworpen aan de pandhouder (Y), die een pandrecht had verkregen op de in de verrekening betrokken vordering van de gefailleerde schuldeiser (A) op eiseres (X).

De genoemde verrekening stuit volgens de Hoge Raad niet af op het bepaalde in art. 53 Fw, welke bepaling tot doel heeft dat een schuldeiser van de gefailleerde, die tevens zijn schuldenaar is, zeker kan zijn van de voldoening van zijn vordering door zijn schuld in verrekening te brengen.²⁴ Buiten faillissement kunnen partijen de in art. 6:127 BW geregelde verrekeningsbevoegdheid rechtsgeldig uitbreiden door overeen te komen dat verrekening kan plaatsvinden ook in-

22 Vgl. onder meer HR 26 maart 1976, *NJ* 1977/612, m.nt. BW (*Keulen en Oliemans q.q./Cebeco*); HR 16 oktober 2015, *JOR* 2016/20, m.nt. NEDF & NSGJV (*DLL/Van Logtestijn q.q.*) en meest recent HR 13 oktober 2017, *JOR* 2018/48, m.nt. NEDF (*Curatoren Eurocommerce/Ontvanger*), waarin naar de beide eerdergenoemde uitspraken wordt verwezen. In HR 15 november 2019, *JOR* 2020/22, m.nt. NEDF (*X/Y*), dat is geweest na HR 23 maart 2018, *JOR* 2018/254, m.nt. NEDF & NSGJV (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*), spreekt de Hoge Raad nog steeds over vorderingen en schulden die uit een per datum faillissement reeds bestaande rechtsverhouding voortvloeien, en hanteert hij (met betrekking tot verrekening tijdens faillissement) niet de (met betrekking tot de indiening van vorderingen ter verificatie gebezigde) terminologie uit het arrest *Credit Suisse/Jongepier q.q.*

23 Zie N.E.D. Faber, *Verrekening*, 2005, nr. 479. Hetzelfde geldt voor art. 234 Fw (surseance van betaling) en art. 307 Fw (schuldsaneringsregeling natuurlijke personen). Aan enkele bijzonderheden die met betrekking tot deze artikelen gelden, ga ik hier voorbij.

24 Zie MvT, *Van der Feltz I*, p. 462. Uit de toelichting op art. 53 Fw volgt dat de in het artikel neergelegde uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid tijdens faillissement steunt op de overweging dat de billijkheid met zich brengt dat iedere schuldeiser van de gefailleerde zijn schuld aan de gefailleerde mag beschouwen als onderpand voor de voldoening van zijn vordering. Uit deze formulering van de zekerheidsfunctie van verrekening mag niet *a contrario* worden afgeleid dat het wederkerigheidsvereiste bij de toepassing van art. 53 Fw – anders dan bij de toepassing van art. 6:127 BW – van dwingend recht zou zijn. Dit argument, dat men een 'negatief beroep' op de zekerheidsfunctie van verrekening zou kunnen noemen, werd ten onrechte gebezigd in Rb Rotterdam 9 september 2009, *JOR* 2010/202, m.nt. NEDF.

dien zij niet over en weer elkaars schuldeiser en schuldenaar zijn. Er bestaat volgens de Hoge Raad geen grond om aan een dergelijke overeenkomst haar werking te ontnemen indien één van hen later in staat van faillissement komt te verkeren. Een dergelijke overeenkomst past bij de zekerheidsfunctie van verrekening en strookt daarom – aldus de Hoge Raad – met het hiervóór vermelde doel van art. 53 Fw. Het wederkerigheidsvereiste, dat (ook) in art. 53 lid 1 Fw uitdrukking heeft gevonden, kan daarom niet worden aangemerkt als van dwingend recht. Art. 53 Fw – zo overweegt de Hoge Raad – staat dan ook niet eraan in de weg dat de wederpartij van degene die in staat van faillissement verkeert, een beroep doet op een vóór de faillissementsdatum tussen hen overeengekomen beding waarbij de bevoegdheid tot verrekening van vorderingen en schulden die vóór die datum zijn ontstaan of die voortvloeien uit rechtsverhoudingen die op die datum reeds bestonden, ten behoeve van die wederpartij contractueel wordt uitgebreid. Een dergelijke contractuele uitbreiding kan volgens de Hoge Raad ook inhouden dat de wederpartij bevoegd is haar schuld te verrekenen met een vordering die een andere partij heeft op een ander dan de gefailleerde.

Het Hof 's-Hertogenbosch heeft in zijn arrest *a quo* het karakter van art. 53 Fw miskend en heeft ter onderbouwing van zijn oordeel ten onrechte een beroep gedaan op het arrest van de Hoge Raad van 15 januari 1999, *JOR* 1999/42, m.nt. *AJS (Wilderink q.q./Ontvanger)*, welk arrest – zoals de Hoge Raad terecht aan geeft – hier toepassing mist.²⁵

Zoals in het voorafgaande reeds ligt besloten, brengen het arrest van de Hoge Raad en de daarin opnieuw bevestigde derdenwerking van een contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid niet met zich dat aan een dergelijke uitbreiding in geval van een faillissement geen grenzen zijn verbonden. Zo moet het desbetreffende verrekeningsbeding – om aan de failliete boedel te kunnen worden tegengeworpen – vóór datum faillissement (rechtsgeldig) zijn tot stand gekomen.²⁶ Voorts geldt voor de toepassing van art. 53 Fw dat de te verrekenen vordering en schuld vóór datum faillissement moeten zijn ontstaan dan wel moeten voortvloeien uit handelingen vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht, c.q. moeten voortvloeien uit een rechtsverhouding die per faillissementsdatum reeds tussen partijen bestond. Een *na* de faillietverklaring ontstane vordering of schuld die *niet* op een dergelijke rechtsverhouding is terug te voeren, kan niet worden verrekend, ook niet op basis van een vóór de faillietverklaring tot stand gekomen contractueel verrekeningsbeding. Een en ander volgt uit het fixatiebeginsel, dat (ook) aan art. 53 Fw ten grondslag ligt en in het eerste lid

25 In het arrest *Wilderink q.q./Ontvanger* spreekt de Hoge Raad weliswaar over het 'essentiële vereiste dat de schuldenaar tevens schuldeiser van de gefailleerde moet zijn om zich op verrekening te kunnen beroepen', maar dit oordeel ziet op een situatie waarin noch in de wet noch in een tussen partijen gesloten overeenkomst van het vereiste van wederkerigheid is afgeweken. Het arrest is met het thans geldende art. 24 Invorderingswet 1990, dat inmiddels ook in een geval als door de Hoge Raad berecht, verrekening toestaat, achterhaald. Zie ook HR 13 oktober 2017, *JOR* 2018/48, m.nt. NEDF (*Curatoren Eurocommerce/Ontvanger*). Vgl. hierover meer uitvoerig N.E.D. Faber, noot onder Hof 's-Hertogenbosch 23 januari 2018, *JOR* 2018/134, en *idem*, noot onder HR 15 november 2019, *JOR* 2020/22 (*XY*).

26 Een nadien overeengekomen beding werkt niet jegens de failliete boedel, tenzij de curator ermee heeft ingestemd of de failliete boedel erdoor is gebaat. Vgl. HR 31 mei 1963, *NJ* 1966/340 (*Tripels q.q./Van Rooijen*), alsmede art. 24 Fw. Zie hierover ook N.E.D. Faber, *Verrekening*, 2005, nr. 471.

van het artikel tot uitdrukking is gebracht, en uit het in zoverre dwingendrechtelijke karakter van art. 53 Fw.²⁷

Het arrest van de Hoge Raad inzake *X/Y* laat zien dat de rechtsverhouding waaruit de tijdens faillissement te verrekenen vordering en schuld voortvloeien, niet een rechtsverhouding behoeft te zijn waarbij de gefailleerde of de schuldenaar die zich jegens de gefailleerde op verrekening beroept, partij is. Het contractuele verrekeningsbeding kan immers ook met zich brengen dat in de verrekening een tegenvordering wordt betrokken van die schuldenaar op een ander dan de gefailleerde, dan wel een tegenvordering van een ander op de gefailleerde, of – zoals in het door de Hoge Raad berechte geval – een tegenvordering van een ander op een ander dan de gefailleerde. Voldoende is steeds dat de rechtsverhouding waaruit de te verrekenen vordering respectievelijk de te verrekenen schuld voortvloeit, als zodanig (ongeacht of (ook) de gefailleerde bij die rechtsverhouding partij is) reeds bestond bij de aanvang van de dag waarop het faillissement werd uitgesproken.

De rechtsverhouding waaruit de te verrekenen vordering voortvloeit, behoeft intussen niet dezelfde te zijn als de rechtsverhouding waaruit de te verrekenen schuld voortvloeit. Gaat het om verschillende rechtsverhoudingen, dan behoeft tussen die rechtsverhoudingen (behoudens hier niet ter zake doende uitzonderingen) evenmin enig verband te bestaan.

Met inachtneming van de hiervóór aangegeven grenzen kan (in beginsel) iedere contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid die buiten faillissement aan derden kan worden tegengeworpen, tijdens faillissement worden tegengeworpen aan de failliete boedel. Het maakt in dit verband geen verschil van welk wettelijk vereiste voor verrekening, of van welke andere wettelijke bepaling inzake verrekening, contractueel is afgeweken.

In verband met het voorafgaande moet worden bedacht dat art. 53 Fw alleen toepassing vindt indien het beroep op verrekening wordt gedaan tegen de vordering van een gefailleerde *schuldeiser*. Is in de verrekening alleen een vordering op een gefailleerde *schuldenaar* betrokken, maar geen schuld aan de (of een) gefailleerde, dan mist art. 53 Fw toepassing. Verrekening vindt immers steeds plaats in relatie tot de *schuldeiser* van de vordering, en wel als verweer tegen die vordering. Verkeert de schuldeiser in staat van faillissement, dan wordt het beroep op verrekening door de schuldenaar (mede) beheerst door art. 53 Fw, ook indien de verrekening geschiedt met een tegenvordering op een ander dan de gefailleerde of met een tegenvordering van een ander op een ander dan de gefailleerde. Hetzelfde geldt indien de vordering van de gefailleerde is verpand en van het pandrecht mededeling is gedaan aan de schuldenaar van de vordering. Het (medegedeelde) pandrecht kan een rol spelen in verband met het bepaalde in art. 6:130 lid 2 jo. art. 6:130 lid 1 BW, maar een en ander neemt niet weg dat de verrekening geschiedt in relatie tot de gefailleerde *pandgever* en om die reden (mede) moet worden getoetst aan het bepaalde in art. 53 Fw. Slaagt het beroep op verrekening, dan kunnen de rechtsgevolgen van die verrekening (mede) aan de *pandhouder* worden tegengeworpen.

27 Zie HR 15 november 2019, *JOR* 2020/22 (*X/Y*). Zie ook reeds N.E.D. Faber, *NbBW* 1996, p. 63-65, en *idem*, *Verrekening*, 2005, nr. 479.

Voorts moet worden bedacht dat verrekening met een tegenvordering op de failliete boedel (een boedelvordering) zich aan de werking van art. 53 Fw onttrekt. Een beroep op verrekening met een boedelvordering moet worden beoordeeld aan de hand van art. 6:127 e.v. BW.²⁸ Dat geldt ook indien de met die boedelvordering te verrekenen schuld en/of de boedelvordering zelf (hetgeen niet uitgesloten is²⁹) voldoet aan het bepaalde in art. 53 lid 1 Fw.³⁰

2.5 Geen reden tot beperking van de derdenwerking van contractuele verrekeningsbedingen

Er bestaat, gelet op het doel en de strekking van art. 53 Fw, de zekerheidsfunctie van verrekening en de algemeen in de literatuur en de jurisprudentie aanvaarde derdenwerking van contractuele verrekeningsbedingen, geen reden om de vrijheid die partijen hebben om af te wijken van het bepaalde in afdeling 6.1.12 BW, tijdens faillissement te beperken. Een vóór datum faillissement rechtsgeldig overeengekomen (en onaantastbaar) verrekeningsbeding dient ook na datum faillissement te kunnen worden ingeroepen. Een reeds verkregen bevoegdheid tot verrekening of een op grond van het desbetreffende verrekeningsbeding bestaande gerechtvaardigde verwachting dat men in de toekomst een beroep op verrekening zal kunnen doen, wordt door art. 53 Fw niet opzijgezet. Integendeel. Men dient een bevoegdheid tot verrekening, ook één die op een tussen partijen gemaakte afspraak is gebaseerd, juist te kunnen uitoefenen op een moment waarop men die bevoegdheid het hardst nodig heeft, in het bijzonder in een geval waarin verrekening de enige weg is waarlangs een schuldeiser nog gehele of gedeeltelijke voldoening van zijn vordering kan verkrijgen.

Dat – zoals reeds lang door de Hoge Raad wordt aanvaard – een contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid kan worden tegengeworpen aan een cessionaris, een beperkt gerechtigde en een beslaglegger, maar dat een dergelijke uitbreiding niet zou kunnen worden tegengeworpen aan de curator in het faillissement van de wederpartij, valt niet goed in te zien. Het faillissement is een algemeen beslag op het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers.³¹ Er bestaat geen wezenlijk, doch slechts een graduueel verschil met een door een schuldeiser gelegd individueel beslag buiten faillissement. Het ligt alleen al om die reden voor de hand dat een contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid die in geval van een individueel beslag (ondanks het bepaalde in art. 6:130 BW) aan een beslaglegger kan worden tegengeworpen, in geval van een faillissementsbeslag kan worden tegengeworpen aan de failliete boedel.³² Zulks geldt *a fortiori* wanneer men bedenkt dat de bescherming die art. 53 Fw tegen een faillissementsbeslag biedt, veel verder gaat dan de bescherming die art. 6:130 lid 2 jo. art. 6:130 lid 1 BW tegen een individueel beslag

28 Zie HR 27 mei 1988, NJ 1988/964, m.nt. G (Amro/NAPM). Zie ook N.E.D. Faber, *Verrekening*, 2005, nrs. 396, 400 en 469.

29 In dit verband kan onder meer worden gewezen op de boedelvorderingen uit hoofde van art. 39 en 40 Fw.

30 Zie in verband met verrekening door de gefailleerde zelf respectievelijk de curator in diens faillissement N.E.D. Faber, *Verrekening*, 2005, nr. 443. Op een dergelijke verrekening is art. 53 Fw evenmin van toepassing.

31 Zie *Van der Feltz I*, p. 339.

32 Zie N.E.D. Faber, *Verrekening*, 2005, nrs. 290-291 en 479. Zie voorts Rb Breda 3 november 2010, JOR 2011/30.

biedt. De zekerheidsfunctie van art. 53 Fw is aanmerkelijk sterker dan de zekerheidsfunctie van art. 6:130 BW.

Verrekening schept een feitelijke voorrang ten gunste van de schuldeiser die zich tijdens het faillissement van zijn schuldenaar op verrekening kan beroepen. Daarmee wordt afgeweken van het in art. 3:277 lid 1 BW neergelegde uitgangspunt van de *paritas creditorum*. Dat zulks in nog sterkere mate het geval is met betrekking tot een contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid, moge zo zijn, maar dat kan aan de derdenwerking van een dergelijke contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid niets afdoen. De Hoge Raad heeft dat mijns inziens juist gezien en volgt hier een bestendige lijn. Dat dit allemaal wat veel zou zijn, c.q. dat de zekerheidsfunctie van het instituut verrekening aldus zwaar wordt aangezet, of zelfs zou worden overgewaardeerd, zoals Verstijlen in zijn *NJ*-noot onder de uitspraak van de Hoge Raad betoogt,³³ gaat aan die bestendige lijn voorbij. Ook moet de vraag van Wessels of de schuldeiser die zich op een contractuele uitbreiding van zijn verrekeningsbevoegdheid beroept, nu werkelijk mocht verwachten dat zijn schuld aan de boedel als onderpand voor de richtige betaling ‘van al deze vorderingen’ zou dienen,³⁴ mijns inziens zonder meer bevestigend worden beantwoord in een geval waarin die vorderingen zijn begrepen onder het beding waarbij de verrekeningsbevoegdheid van de schuldeiser contractueel is uitgebreid. Hij is die verrekeningsbevoegdheid nu eenmaal ruim vóór het faillissement rechtsgeldig met zijn contractspartij(en) overeengekomen en er is geen reden waarom hij niet op het bepaalde in de desbetreffende overeenkomst zou mogen vertrouwen.

Zoals een groot deel van de bijdragen aan deze opstellenbundel laat zien, kan men met het algemene overeenkomstenrecht op tal van manieren een resultaat bereiken dat aan de ene contractspartij in het faillissement van een andere contractspartij een vorm van zekerheid of feitelijke voorrang verschaft ten opzichte van de overige schuldeisers, zonder dat het ter bereiking van dat resultaat nodig is een zekerheidsrecht te doen vestigen. Dit behoort tot het stelsel van ons faillissementsrecht. Eén van de uitgangspunten van dat stelsel is immers dat de faillietverklaring uit haar aard op wederkerige overeenkomsten ‘niet den minste invloed’ uitoefent, en dat de verbintenissen van de gefailleerde en diens medecontractant erdoor niet worden gewijzigd.³⁵ Met betrekking tot een contractueel verrekeningsbeding is dit – zoals volgt uit HR 15 november 2019, *JOR* 2020/22, m.nt. NEDF (*X/Y*) – niet anders.

33 Zie F.M.J. Verstijlen, noot onder HR 15 november 2019, *NJ* 2020/166 (*X/Y*).

34 Zie Wessels *Insolventierecht III* 2019/3389.

35 Zie *Van der Feltz I*, p. 409. Dit is door de Hoge Raad met grote regelmaat bevestigd. Bij wijze van voorbeeld noem ik (uit een lange reeks van arresten) HR 3 november 2006, *JOR* 2007/76, m.nt. SCJJK en SEB (*Nebula*); HR 19 maart 2013, *JOR* 2013/224, m.nt. GJAB (*Koot Beheer/Tideman q.q.*); HR 11 juli 2014, *JOR* 2015/175, m.nt. NEDF & NSGJV (*Berzona*) en HR 23 maart 2018, *JOR* 2018/254, m.nt. NEDF & NSGJV (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*). HR 15 november 2019, *JOR* 2020/22, m.nt. NEDF (*X/Y*) sluit geheel bij die lijn aan.