

## KENNISBANK HERSTRUCTURERING & INSOLVENTIE

### VERREKENING

De wet biedt de mogelijkheid om een schuld en een vordering met elkaar te verrekenen. Hierna wordt besproken in welke gevallen dit is toegestaan. Eerst wordt ingegaan op verrekening buiten faillissement en daarna op de vereisten die in een faillissementssituatie gelden. Op die wijze wordt duidelijk dat er in een faillissement een ruimere verrekeningsbevoegdheid bestaat dan daarbuiten.

#### **Welke vereisten gelden er voor verrekening buiten faillissement?**

De vraag of verrekening mogelijk is, wordt normaal gesproken beantwoord aan de hand van artikel 6:127 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: '**BW**'). De vereisten zijn als volgt:

1. partijen zijn over en weer schuldeiser en schuldenaar van elkaar
2. de vordering beantwoordt aan de schuld (de verschuldigde prestaties zijn eenzelfde soort, bijvoorbeeld, wanneer beide partijen betaling van een geldsom over een weer kunnen vorderen)
3. de partij die wil verrekenen is bevoegd om zijn schuld te voldoen, en
4. de partij die wil verrekenen is bevoegd om betaling van zijn vordering op de wederpartij af te dwingen

Er bestaat een verrekeningsbevoegdheid indien aan alle bovenstaande vereisten is voldaan. Om de verrekening vervolgens daadwerkelijk uit te voeren dient er een verrekeningsverklaring te worden uitgebracht aan de wederpartij. Daarna gaan de schuld en de vordering voor het deel dat zij aan elkaar gelijk zijn teniet. De verrekeningsverklaring is vormvrij en kan dus ook per e-mail worden gedaan.

Als een schuldeiser een vordering overdraagt aan een derde (ook wel 'cessie' genoemd), bestaat er in feite geen wederkerig schuldenaarschap meer. Verrekening met een tegenvordering op de oorspronkelijke schuldeiser lijkt dan niet meer mogelijk, maar artikel 6:130 BW biedt voor deze situatie een uitzondering. In dit artikel is bepaald dat de schuldenaar na overgang van de vordering bevoegd blijft om een tegenvordering op de oorspronkelijke schuldeiser te verrekenen, mits 1) de tegenvordering voortvloeit uit dezelfde rechtsverhouding als de overgedragen vordering of 2) als de tegenvordering voor de overdracht bestond en opeisbaar was. Deze uitzondering geldt ook wanneer er op de vordering beslag is gelegd of als de vordering is bezwaard met een beperkt recht, waarvan mededeling aan de schuldenaar is gedaan. Denk hierbij bijvoorbeeld aan een openbaar [pandrecht](#).

#### **Welke vereisten gelden er voor verrekening binnen faillissement?**

Een partij die zowel schuldeiser als schuldenaar is van een gefailleerde (rechts)persoon kan een beroep doen op artikel 53 van de Faillissementswet (hierna: '**Fw**'). Dit artikel is een verruiming van de verrekeningsmogelijkheden in een faillissementssituatie ten opzichte van het normale regime van artikel 6:127 BW. Zo is voor het ontstaan van de verrekeningsbevoegdheid op de voet van artikel 52 Fw niet vereist dat de partij die wenst te verrekenen, bevoegd is om zijn schuld te voldoen en om betaling van zijn vordering op de wederpartij af te dwingen. Deze verruiming is noodzakelijk omdat de wederpartij van de gefailleerde in de faillissementssituatie niet bij machte is om betaling af te dwingen en een beroep op artikel 6:127 BW niet mogelijk is. De curator heeft namelijk het recht om (passief) verplichtingen uit wederkerige overeenkomst niet gestand te doen, indien dat in het belang van de boedel is.

Het is van belang om te vermelden dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de 'normale' verrekeningsregels uit boek 6 BW van toepassing zijn op de verrekening van een boedelvordering met een boedelschuld. De ratio hierachter is dat boedelschuldeisers, in tegenstelling tot concurrente schuldeisers, wel een onmiddellijke aanspraak op de boedel hebben.

Voor toepassing van artikel 53 Fw is het voldoende dat van één van de volgende situaties sprake is:

- de schuld en de vordering op de failliet zijn beide ontstaan vóór de faillietverklaring, of
- de schuld en de vordering op de failliet vloeien voort uit handelingen die vóór de faillietverklaring met de gefailleerde zijn verricht

De eerste eis spreekt voor zich en behoeft geen nadere toelichting. Van de tweede situatie is bijvoorbeeld sprake als de vordering en de schuld hun grondslag vinden in een vóór het faillissement gesloten wederkerige overeenkomst. Denk bijvoorbeeld aan de huurder van een woning van een gefailleerde verhuurder, die na het faillissement opeisbaar geworden huurpenningen kan verrekenen met eventuele schade als het gevolg van achterstallig onderhoud door de gefailleerde verhuurder. Mocht de vordering op de gefailleerde een vordering onder opschortende voorwaarde of een niet-opeisbare vordering betreffen, dan bepalen de artikelen 130 en 131 Fw dat deze moet worden geschat naar de waarde op het moment van de faillietverklaring.

Verder is het van belang om op te merken dat een bestaande contractuele beperking, uitbreiding of uitsluiting van de bevoegdheid tot verrekening ook in geval van faillissement blijft gelden. Daarnaast heeft de Hoge Raad op 15 november 2019, *JOR 2020/22 m.nt. Faber (Crienen/ Bontrup)* geoordeeld dat het wederkerigheidsvereiste van artikel 53 Fw niet van dwingend recht is en dat het partijen vrijstaat om kruislingse verrekening overeen te komen. Een kruiselings verrekeningsbeding maakt het mogelijk voor partijen die in concernverband opereren om tussen meerdere entiteiten van de groep over een weer te verrekenen.

De ruimere verrekeningsmogelijkheden in faillissement zijn in het leven geroepen omdat de wetgever het niet redelijk acht als de curator wél de vordering van gefailleerde kan incasseren, maar de wederpartij met betrekking tot zijn of haar vordering slechts kan wachten op een onzekere uitdeling.

## **Overnemen van schuld of vordering**

Gelet op de ruime(re) verrekeningsmogelijkheid in faillissement kan het voor een partij verleidelijk zijn om een vordering op één van haar schuldeisers met korting van een derde over te nemen en derhalve bewust een verrekeningspositie te creëren. Dit is echter vanwege de werking van artikel 54 Fw niet altijd mogelijk. Wie vóór de faillietverklaring niet te goeder trouw een vordering heeft overgenomen, kan deze niet verrekenen. En na de faillietverklaring overgenomen vorderingen of schulden kunnen nooit worden verrekend. Een schuldeiser is bij een overneming niet te goeder trouw indien hij wist dat de schuldenaar in een zodanige toestand verkeerde dat zijn faillissement te verwachten was.

In de jurisprudentie wordt 'het overnemen van een schuld of vordering' vrij ruim uitgelegd. Indien een schuldeiser kort voor het faillissement van zijn schuldenaar goederen koopt en de koopprijs verrekent met zijn vordering op de schuldenaar, kan dit in strijd zijn met artikel 54 Fw. Hetzelfde geldt voor een bank die de rekening van zijn schuldenaar crediteert na een storting door een derde op diens rekening. Op het moment dat de bank wist dat het faillissement van de schuldenaar aanstaande was, zal zij niet meer als te goeder trouw kunnen worden aangemerkt. De bewijslast voor de stelling dat een partij niet te goeder trouw was ligt overigens bij de curator.

Heeft u vragen over dit onderwerp? Neemt u dan gerust contact op met Linde van Dieren-Muller, Frank Nowee of Michael Butôt.

Linde van Dieren-Muller

+31 30 25 95 546

[lindevandieren@vbk.nl](mailto:lindevandieren@vbk.nl)

Frank Nowee

+31 30 25 95 546

[franknowee@vbk.nl](mailto:franknowee@vbk.nl)

# VAN BENTHEM & KEULEN

ADVOCATEN | NOTARIAAT

Michael Butôt  
+31 25 95 566  
[michaelbutot@vbk.nl](mailto:michaelbutot@vbk.nl)