

WOORD VOORAF

De regeling van verrekening is met de inwerkingtreding van het nieuwe vermogensrecht in 1992 volledig vernieuwd. In deze monografieënreeks ontbrak echter een verhandeling over deze figuur. Gelet op het belang van verrekening in de rechtspraak is dat een opvallend gemis. Na meer dan 25 jaar wordt deze leemte alsnog gevuld met dit boekje. Ik dank de redactie van de reeks voor het in mij gestelde vertrouwen.

Deze monografie neemt de regeling van verrekening in afd. 6.1.12 Burgerlijk Wetboek als vertrekpunt, maar beperkt zich daartoe niet. De zekerheidsfunctie van verrekening laat zich immers vooral gelden tijdens een insolventieprocedure, zodat ook de verrekeningsbepalingen van de Faillissementswet uitvoerig worden behandeld (hoofdstuk 5). De monografie kent ook een afzonderlijke behandeling van de contractuele verrekening, waarbij partijen afwijken van het wettelijk regime (hoofdstuk 6) en de verwijzingsregels bij een grensoverschrijdende verrekening (hoofdstuk 7).

Dit boekje bouwt in belangrijke mate voort op het werk van mijn promotoren, prof. mr. H.L.E. Verhagen en prof. mr. N.E.D. Faber, die jaren geleden bij mij de interesse wekten voor het leerstuk. Deze monografie is vooral schatplichtig aan de Nijmeegse dissertatie van Faber over verrekening uit 2005. Ik dank mijn collega's mr. dr. ing. A.J. Verdaas en mr. T. Hutten voor het becommentariëren van de gehele tekst.

Nijmegen, december 2018

B.A. Schuijling

INHOUDSOPGAVE

Woord vooraf / V

Afkortingen / XI

Lijst van verkort aangehaalde werken / XIII

HOOFDSTUK 1

Inleiding / 1

- 1 Omschrijving en functies / 1
- 2 Geschiedenis / 2
- 3 Terminologie / 4
- 4 Plan van behandeling / 4

HOOFDSTUK 2

Verrekeningsbevoegdheid / 7

- 5 Vereisten / 7
- 6 Wederkerigheid / 7
- 7 Geen gescheiden vermogens / 9
- 8 Gemeenschappelijke verbintenissen / 10
- 9 Hoofdelijkheid / 11
- 10 Gelijksoortigheid / 12
- 11 Bestuursrechtelijke geldschulden / 14
- 12 Verschillende valuta / 14
- 13 Bevoegdheid tot betaling van de schuld / 15
- 14 Bevoegdheid tot het afdwingen van de betaling van de vordering / 16
- 15 Liquiditeitscorrectie / 19
- 16 Verrekening tijdens of na een procedure / 20
- 17 Verrekening na overgang, bezwaring of beslaglegging / 21
- 18 Verrekening *ex eadem causa* / 23
- 19 Verrekening *ex dispari causa* / 24
- 20 Wettelijke verrekeningsverboden / 25
- 21 Tenietgaan van een verrekeningsbevoegdheid / 28

HOOFDSTUK 3

Verrekeningsverklaring / 31

- 22 Verrekening door middel van een verklaring of van rechtswege / 31
- 23 Aard, adressering en inhoud / 31
- 24 Vorm / 32
- 25 Werkingsaanvang / 33
- 26 Ontnemen van werking aan verklaring / 34
- 27 Verrekening in rekening-courant / 35
- 28 Giraal betalingsverkeer / 37

HOOFDSTUK 4

Rechtsgevolgen van verrekening / 43

- 29 Tenietgaan van verbintenissen / 43
- 30 Terugwerkende kracht / 43
- 31 Beperving terugwerkende kracht / 44
- 32 Koersberekening / 44
- 33 Volgorde van toerekening / 45
- 34 Schadevergoeding / 45
- 35 Kwitanties en bewijsstukken / 45

HOOFDSTUK 5

Verrekening en insolventie / 47

- 36 Invloed van het insolventierecht / 47
- 37 Verrekening tijdens faillissement / 47
- 38 Verruimde verrekeningsbevoegdheid / 49
- 39 Bestaande verbintenissen / 50
- 40 Bestaande rechtsverhoudingen / 51
- 41 Tegenprestaties voor ten laste van de boedel verrichte prestaties / 53
- 42 Niet-opeisbare verbintenissen / 54
- 43 Geen liquiditeitscorrectie / 55
- 44 Overgenomen vorderingen en schulden / 56
- 45 Toonder- en ordervorderingen / 58
- 46 Inkomende girale betalingen / 59
- 47 Uitgaande girale betalingen / 61
- 48 Storning van girale betalingen / 62
- 49 Uitzonderingen voor de financiële markten / 63
- 50 Interventiemaatregelen bij bank of verzekeraar / 64
- 51 Verhaalsbenadeling / 65
- 52 Bestuurdersaansprakelijkheid / 67
- 53 Boedelschulden / 67
- 54 Verrekening door de gefailleerde of zijn curator / 68
- 55 Surseance van betaling / 69
- 56 Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen / 69

HOOFDSTUK 6

Contractuele verrekening / 71

- 57 Verrekenbeding / 71
- 58 Contractuele verruiming / 72
- 59 Contractuele beperking of uitsluiting / 73
- 60 Vernietiging van algemene voorwaarden / 73
- 61 Strijd met de redelijkheid en billijkheid / 74
- 62 Werking tegenover verkrijger, beperkt gerechtigde of beslaglegger / 74
- 63 Werking tijdens insolventie / 75
- 64 Netting / 78
- 65 Cash pooling / 78

HOOFDSTUK 7

Grensoverschrijdende verrekening / 81

- 66 Internationale verrekening / 81
- 67 Wettelijke verrekening / 82
- 68 Contractuele verrekening / 83
- 69 Rechtskeuze / 83
- 70 Verrekenbaarheid van vorderingen / 84
- 71 Insolventieprocedures / 84
- 72 Betalings- of afwikkelingssystemen en financiële markten / 86
- 73 Insolventie van banken en verzekeraars / 87

Artikelenregister / 89

Jurisprudentieregister / 99

Trefwoordenregister / 105

Monografieën BW / 115

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1 Omschrijving en functies

Verrekening is een wijze van tenietgaan van verbintenissen. Zij kan worden omschreven als het tegen elkaar doen wegvallen van vorderingen en schulden tussen twee (of meer) partijen. Ten minste één vordering en één schuld worden bij verrekening tegen elkaar “weggestreept” tot hun gezamenlijk beloop. Verrekening heeft daarmee verbintenisvernietigende werking. Deze werking is in beginsel het gevolg van een verrekeningsverklaring uitgebracht door een schuldenaar die bevoegd is tot verrekening, gericht aan zijn schuldeiser. Verrekening kan onder omstandigheden ook van rechtswege geschieden.

Afd. 6.1.12 BW bevat een algemene regeling voor verrekening. Deze regeling is in beginsel van regeland recht. Voor verrekening tijdens een faillissement (art. 53-55 Fw), surseance van betaling (art. 234-235 Fw) of een wettelijke schuldsanering van natuurlijke personen (art. 307 Fw) gelden bijzondere bepalingen. Deze bepalingen zijn van overeenkomstige toepassing op de verrekening in verband met een nalatenschap (art. 4:217 lid 1 BW).

Verrekening heeft een betalingsfunctie en een zekerheidsfunctie.

De *betalingsfunctie* is erin gelegen dat partijen door verrekening hun verbintenissen met gesloten beurzen kunnen voldoen. Prestaties over en weer kunnen hierdoor achterwege blijven. Op deze wijze vereenvoudigt verrekening het betalingsverkeer.

De *zekerheidsfunctie* bestaat eruit dat een partij door verrekening eenzijdig betaling afdwingt van haar vordering. Deze functie staat voorop indien een wederpartij niet tot betaling bereid of in staat is. Het bestaan en de omvang van een schuld aan een wederpartij vormen als het ware een onderpand voor de voldoening van een vordering op diezelfde wederpartij. Verrekening voorkomt bovendien dat een partij kan worden verplicht haar volledige schuld aan zijn wederpartij te voldoen, terwijl zij bij het nemen van verhaal voor haar vordering op diezelfde wederpartij daarvan niets of slechts een percentage voldaan zou krijgen. Verrekening verschafft een schuldeiser tot het beloop van zijn schuld feitelijke voorrang boven andere schuldeisers van de schuldenaar.

Verrekening vertoont functionele verwantschap met een aantal andere rechtsfiguren.

In haar betalingsfunctie kan zij worden vergeleken met nakoming. De regeling van verrekening (in afd. 6.1.12 BW) vertoont dan ook grote gelijkenis met de regelingen van de nakoming van verbintenissen (in afd. 6.1.6 BW) en de verbintenissen tot betaling van een geldsom (in afd. 6.1.11 BW). Deze verwantschap *kan* aanleiding geven tot de analoge toepassing van bepalingen omtrent nakoming op verrekening. Vgl. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 164, MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 494, en Asser/Sieburgh 6-II 2017/221. Verrekening kan daarnaast in

verband worden gebracht met de inbetalinggeving (art. 6:45 BW) en de nakoming door een derde (art. 6:30 BW).

De zekerheidsfunctie van verrekening kan men vergelijken met een gelegd eigenbeslag (art. 479h Rv) of een ten gunste van een schuldeiser gevestigd pandrecht op een vordering van zijn wederpartij op hem. Beide figuren verschaffen de schuldeiser de bevoegdheid om zich te verhalen op de vordering van zijn wederpartij op hem voor zijn vordering op die wederpartij. Dat een schuldeiser niet bevoegd is tot verrekening, sluit niet de mogelijkheid uit van een eigenbeslag of pandrecht. Zie (voor eigenbeslag) HR 27 november 2009, NJ 2009/597 (*Ontvanger/Van Kampen III*). Zie echter ook (voor pandrecht) HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2189 (*Curatoren Eurocommerce/Rabobank*) en nr. [46].

Ook bestaat er verwantschap tussen verrekening en opschorting. Een schuldenaar kan zich met beide figuren verweren tegen een vordering tot betaling door zijn wederpartij en ook het opschortingsrecht kent een zekerheidsfunctie. Doordat de schuldenaar zijn verschuldigde prestatie niet verricht, wapent hij zich tegen het risico van niet-voldoening van zijn vordering door zijn wederpartij. Anders dan verrekening leidt een opschortingsrecht niet tot het tenietgaan van de betrokken verbintenissen, maar strekt zij vooral ertoe druk uit te oefenen op een wederpartij om na te komen. Een beroep op opschorting kan echter worden gedaan in afwachting van de verkrijging van een verrekeningsbevoegdheid. Vgl. HR 17 januari 2014, NJ 2014/236 (*Kenter-Cobelens/Slierings*). Zie over de functies van verrekening en verwante rechtsfiguren ook Faber, *Verrekening* (O&R nr. 33) 2005, nr. 1-2; Asser/Sieburgh 6-II 2017/220-221; R.H. van Erp, 'Verrekening: verwachte bescherming of beschermde verwachting?', in: W.C.L. van der Grinten e.a. (red.), *Onderneming en burgerlijk recht*, Zwolle 1991, p. 343-345; en MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 494. Zie daarnaast Houben, *Schuldvergelijking* 2010, nr. 10-44.

Verrekening (in eigenlijke zin) moet worden onderscheiden van gevallen waarbij voor de vaststelling van de omvang van een vordering bepaalde bedragen in mindering worden gebracht (*berekening of toerekening*). Deze begrippen worden niet steeds van elkaar onderscheiden. De wettelijke bepalingen omtrent verrekening zijn niet (zonder meer) van toepassing op gevallen van berekening of toerekening.

Rechtsfiguren die men van verrekening moet onderscheiden zijn bijvoorbeeld de voordeels-toerekening ("voordeelsverrekening") van art. 6:100 BW bij de bepaling van de hoogte van een schadevergoedingsvordering en die van art. 7:92 BW bij de ontbinding van een overeenkomst van goederenkrediet. Een ander voorbeeld is de gedwongen schuldtoerekening ("schuldverrekening") van art. 3:184 (en 4:228) BW en 56 Fw bij de verdeling van een gemeenschap. Ook valt te denken aan de stornering van een girale betaling die krachtens automatische incasso heeft plaatsgevonden. De stornering (terugboeking) van het geïncasseerde bedrag leidt slechts tot een louter boekhoudkundige aanpassing door creditering en debitering van de betrokken bankrekeningen. Van verrekening is echter geen sprake. Zie HR 3 december 2004, NJ 2005/200 (*Mendel q.q./ABN AMRO*) en HR 16 september 2011, NJ 2012/89 (*SNS/Pasman q.q.*). Zie daarover nader nr. [48]. Verrekening doet zich evenmin voor indien een schuldeiser verhaal neemt op goederen van zijn schuldenaar en de opbrengst in mindering brengt op zijn vordering. Een eventuele administratieve boeking van deze opbrengst in een rekening-courant tussen deze partijen maakt dat niet anders. Hoewel in dit verband in de rechtspraak wel wordt gesproken van "verhaal door verrekening", is van eigenlijke verrekening geen sprake. Vgl. ook art. 7:54 lid 1 BW. Zie voor meer voorbeelden Faber, *Verrekening* (O&R nr. 33) 2005, nr. 3-6.

2 Geschiedenis

Verrekening is een klassiek leerstuk van burgerlijk recht. Zij heeft haar herkomst in het Romeinse recht.

Onder verrekening (*compensatio*) werden verstaan die gevallen waarin een schuldenaar aan zijn schuldeiser kon tegenwerpen dat hij, na aftrek van zijn tegenvordering op zijn schuldeiser, slechts tot betaling van de restantvordering was verschuldigd. Verrekening was in het klassieke Romeinse recht een procesrechtelijke figuur en kende een aantal specifieke, beperkte toepassingsvormen. Zo kon de rechter in bepaalde procedures de vordering van de eiser verrekenen met een tegenvordering van de gedaagde die uit dezelfde rechtsverhouding (*ex eadem causa*) voortvloeide. En ander voorbeeld betreft de bankier (*argentarius*) die van zijn rekeninghouders nooit meer mocht eisen dan het saldo dat hem was verschuldigd na aftrek van gelijksoortige tegenvorderingen. Partijen konden verrekening overigens ook overeenkomen. In het Justiniaanse recht is verrekening ontwikkeld tot een meer algemeen leerstuk. Onderlinge vorderingen tot betaling van een geldsom konden worden verrekend, ook wanneer zij niet uit dezelfde rechtsverhouding voortvloeiden (*ex dispari causa*). De schuldenaar was slechts het saldo verschuldigd waarmee de vordering van de schuldeiser de tegenvordering oversteeg. De rechter kon de tegenvordering in mindering brengen, mits deze liquide was. Of de verrekening van rechtswege werkte of een beroep van de schuldenaar vereiste, is niet duidelijk. Zie R. Zimmermann, *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford: Oxford University Press 1996, p. 760-767, M. Kaser, *Das römische Privatrecht. Das Altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München: Beck 1971, § 151, en M. Kaser, *Das römische Privatrecht. Die nachklassischen Entwicklungen*, München: Beck 1975, § 274. Zie ook Houben, *Schuldvergelijking* 2010, nr. 74-80. Zie Pichonnaz, *La compensation* 2001 voor een uitgebreide rechtshistorische en rechtsvergelijkende behandeling.

Het BW van 1838 kende een regeling inzake verrekening in art. 1461-1471 BW (oud). De regeling was ontleend aan de (voormalige) art. 1289-1299 van de Franse Code civil.

In het BW van 1838 werd verrekening nog aangeduid met het begrip "(schuld)vergelijking". Het was echter meer gangbaar om van compensatie te spreken. Kenmerkend (en bekritiseerd) aan de wettelijke regeling was het stelsel van verrekening van rechtswege (art. 1462 BW (oud)) en het vereiste dat de betrokken schulden wederzijds vatbaar waren voor "dadelijke vereffening" (art. 1463 BW (oud)). Onder het oude recht bestond in het bijzonder discussie of verrekening van rechtswege werkte of dat op verrekening een beroep moest worden gedaan. Ondanks de tekst van de wet is uiteindelijk in literatuur en rechtspraak aangenomen dat verrekening dient te geschieden door een verklaring. Zie Faber, *Verrekening* (O&R nr. 33) 2005, nr. 130. Zie ook nr. [22].

Met de inwerkingtreding van het huidige BW is de regeling van verrekening sterk gewijzigd ten opzichte van die in het BW van 1838.

Bij de parlementaire behandeling is van regeringszijde opgemerkt dat het onderwerp voor de praktijk van groot belang is en dat de regeling die het oude BW hieromtrent bevatte "bepaald in onvoldoende mate aan de hier bestaande behoeften van duidelijkheid en zekerheid" tegemoet kwam. Men kon om die reden niet volstaan met overneming en bijschaving van deze regeling. In (ogenschijnlijke) afwijking van het oude BW, is gekozen voor een stelsel van verrekening door verklaring. Op dit stelsel zijn enkele correcties aangebracht, waardoor het resultaat in veel opzichten niet afwijkt van verrekening van rechtswege. Daarnaast heeft de wetgever, zo veel als mogelijk, gestreefd naar vereenvoudiging van de regeling (MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 493-494). Ondanks dit streven, is de algemene regeling in afd. 6.1.12 BW met vijftien artikelen zonder twijfel gedetailleerd te noemen.

De regeling heeft onmiddellijke werking per 1 januari 1992, zodat vanaf dat tijdstip de regels van afd. 6.1.12 BW gelden voor verrekening. Er bestaan afwijkende overgangsregelingen in art. 184 en 185 Overgangswet NBW voor de toepassing van art. 6:130 en 6:140 BW.

De regeling voor verrekening in faillissement bestaat sinds de inwerkingtreding van de Faillissementswet in 1896. Sindsdien is deze regeling in de kern niet gewijzigd. Volgens de toelichting op het ontwerp voor art. 53 Fw behoorde de vraag in hoeverre verrekening was toegelaten, bij gebreke van een regeling in het Wetboek van Koophandel, tot "de meest

betwiste punten van materieel faillietenrecht". Een wettelijke regeling was dan ook "dringend noodzakelijk om ook op dit punt rechtszekerheid te verschaffen". Deze bepalingen zijn nadien slechts (terminologisch) gemoderniseerd. Sinds 1992 kent de Faillissementswet vergelijkbare bepalingen voor verrekening in surseance van betaling (art. 234 en 235 Fw). De schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, ingevoerd in 1998, heeft een licht afwijkende regeling in art. 307 Fw.

3 Terminologie

Wat thans wordt aangeduid met het begrip "verrekening" werd onder het oude recht in wet, rechtspraak en literatuur aangeduid als "schuldvergelijking" of "compensatie". Met verrekening wordt in dit boek geduid op verrekening *in eigenlijke zin*, dat wil zeggen verrekening zoals bedoeld in afd. 6.1.12 BW. Zie ook nr. [2].

Met een "beroep op verrekening" kan worden bedoeld op de handeling die verrekening tot stand brengt, maar ook op het beroep op de delging van een schuld door een voltooide verrekening. In het stelsel van de wet is een verrekeningsbevoegdheid geen verweermiddel van de schuldenaar (vgl. art. 6:145 BW), maar een beroep op het tenietgaan van de schuld als gevolg van een *voltooide* verrekening is dat wel.

Bij verrekening zijn ten minste twee partijen en verbintenissen betrokken. Degene die zich op verrekening beroept, wordt als uitgangspunt de "schuldenaar" genoemd. Degene jegens wie het beroep op verrekening wordt gedaan, wordt in principe de "schuldeiser" of "wederpartij" genoemd. In verband met verrekening in (het zicht van) faillissement, surseance of schuldsaneringsregeling wordt degene die zich op verrekening beroept echter aangeduid als "schuldeiser" en wordt met "schuldenaar" de (toekomstig) failliet, sursiet of saniet bedoeld.

De verbintenissen betrokken bij verrekening worden ook wel aangeduid als "vordering(en)" en "schuld(en)". In dit verband wordt met de "hoofdvordering" bedoeld op de vordering van de wederpartij (waartegen een beroep op verrekening wordt gedaan), oftewel de schuld van degene die zich op verrekening beroept. De vordering van degene die zich op verrekening beroept, wordt ook de "tegenvordering" genoemd.

4 Plan van behandeling

De hoofdstukken 2 tot en met 4 volgen in zekere zin de chronologie van een beroep op verrekening: het ontstaan van de bevoegdheid, de uitoefening van die bevoegdheid en de rechtsgevolgen daarvan. In hoofdstuk 2 wordt ingegaan op de bevoegdheid tot verrekening. Aan de orde komen de vereisten voor het ontstaan van die bevoegdheid, de wettelijke verrekeningsverboden en het tenietgaan van de bevoegdheid. Hoofdstuk 3 is gewijd aan de verrekeningsverklaring, de handeling waardoor verrekening plaatsvindt. Aan bod komt in dat verband ook de verrekening in rekening-courant, die geen verrekeningsverklaring behoeft. Voorts is in dit hoofdstuk plaats voor de bespreking van de verrekeningsaspecten bij het girale betalingsverkeer. De rechtsgevolgen van verrekening worden besproken in hoofdstuk 4. Het voornaamste gevolg is dat door verrekening de betrokken verbintenissen met terugwerkende kracht tot hun gemeenschappelijk beloop tenietgaan.

Hoofdstuk 5 gaat over verrekening en insolventie. Gedurende een insolventieprocedure (in de vorm van een faillissement, surseance van betaling of schuldsaneringsregeling natuurlijke personen) gelden bijzondere regels voor verrekening. De regels tijdens faillissement staan in dit hoofdstuk centraal.

Partijen kunnen bij overeenkomst afwijken van het wettelijk regime voor verrekening. Deze contractuele verrekening is het onderwerp van hoofdstuk 6. Daarbij wordt onder meer ingegaan op de werking van dergelijke afspraken tegenover derden. Ook wordt in dit hoofdstuk aandacht besteed aan contractuele arrangementen als *netting* en *cash pooling*.

Hoofdstuk 7, tot slot, behandelt de grensoverschrijdende aspecten van verrekening. In het bijzonder wordt ingegaan op het toepasselijke recht op verrekening buiten en tijdens insolventieprocedures.

Dit boek gaat uit van het positieve recht inzake verrekening. De verschillen met het voormalige burgerlijke recht van vóór 1992 worden slechts aangestipt waar dat van belang is voor het begrip van het huidige recht. Dit boek bevat voorts geen uitgebreide rechtsvergelijking, maar de Nederlandse regeling wordt wél stelselmatig vergeleken met de Duitse wetgeving. Deze vergelijking ligt in de rede, omdat het Duitse recht meer dan andere rechtsstelsels van invloed is geweest op de regelingen in het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet. Vgl. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 481-523, *passim*, en Van der Feltz-I (O&R nr. 2-1) 2016, p. 462 en 464. Voor het overige volsta ik op deze plek met enkele verwijzingen naar rechtsvergelijkende bronnen.

Zie voor een algemene rechtsvergelijkende benadering: Pichonnaz, *La compensation* 2001; R. Zimmermann, *Comparative foundations of a European law of set-off and prescription*, Cambridge/New York: Cambridge University Press 2002; Pichonnaz & Gullifer, *Set-off in arbitration and commercial transactions* 2014; en C. Fountoulakis, *Set-off defences in international commercial arbitration: a comparative analysis*, Oxford/Portland: Hart 2011.

W. Johnston, T. Werlen & F. Link (red.), *Set-off law and practice: an international handbook*, Oxford: Oxford University Press 2018, bevat meer dan dertig landenrapporten over het recht inzake verrekening. Voor het Belgische recht wijs ik nog op Houben, *Schuldvergelijking* 2010. De Franse regeling is gemoderniseerd in 2016 in verband met de hervorming van het contractenrecht. De regeling is thans te vinden in art. 1347 tot en met 1348-2 Cc. Zie daarover nader Th. Douville (red.), *La réforme du droit des contrats*, Issy-les-Moulineaux: Gualino 2018.

Een aantal (niet-bindende) internationale instrumenten kent een algemene regeling van verrekening. Zie hoofdstuk 8 UPICC en het artikelsgewijze commentaar daarop in E.J. Brödermann, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: an Article-by-article Commentary*, Baden-Baden: Nomos 2018. Zie ook hoofdstuk 13 PECL en (met vele rechtsvergelijkende opmerkingen) O. Lando e.a. (red.), *Principles of European contract law. Part 3*, Den Haag: Kluwer Law International 2003. Tot slot bevat ook de Draft Common Frame of Reference (DCFR) een regeling in Boek III, hoofdstuk 6.

HOOFDSTUK 2

Verrekeningsbevoegdheid

5 Vereisten

Verrekening kan slechts plaatsvinden voor zover de schuldenaar daartoe bevoegd is. De bevoegdheid tot verrekening ontstaat zodra aan alle daaraan gestelde vereisten is voldaan. Uit art. 6:127 lid 2 BW volgen vier materiële vereisten voor verrekening: (i) de betrokken partijen zijn over en weer elkaars schuldeiser en schuldenaar (wederkerigheid); (ii) de schuldenaar heeft een prestatie te vorderen die beantwoordt aan zijn schuld (gelijksoortigheid); (iii) de schuldenaar is bevoegd tot betaling van zijn schuld; en (iv) de schuldenaar is bevoegd tot het afdwingen van de betaling van zijn vordering. Uit art. 6:127 lid 3 BW volgt voorts dat de vordering en schuld niet in van elkaar gescheiden vermogens mogen vallen. Deze negatief geformuleerde eis kan worden gezien als een beperking op het hiervoor genoemde vereiste van wederkerigheid. De vereisten zijn een uitvloeisel van de betalingsfunctie van verrekening. Slechts indien aan deze cumulatieve vereisten is voldaan, vormt verrekening een alternatief voor onderlinge betaling van de betrokken verbintenissen.

Het bestaan van een verrekeningsbevoegdheid moet worden beoordeeld vanuit het perspectief van degene die zich op verrekening beroept. Het volstaat dat deze partij bevoegd is tot verrekening. Het is niet vereist dat beide betrokken partijen over en weer verrekeningsbevoegd zijn. Zie Faber, *Verrekening* (O&R nr. 33) 2005, nr. 16. De bevoegdheid tot verrekening is een wilsrecht. Zie W. Snijders, 'Wilsrechten, in het algemeen en in het nieuwe erfrecht (I)', *WPNR* 1999/6365, p. 561.

Wordt niet aan alle wettelijke vereisten voldaan, dan betekent dat niet dat verrekening steeds is uitgesloten. Zo kunnen partijen een afwijkende regeling overeenkomen (zie hoofdstuk 6 over contractuele verrekening). Daarnaast kan een beroep op het *afwezig* zijn van een vereiste voor verrekening in een concreet (en uitzonderlijk) geval onaanvaardbaar zijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Vgl. art. 6:2 lid 2 BW en HR 31 januari 1992, *NJ* 1992/686 (*Comtu/Van der Hoeven*). Vgl. ook MvA II, Parl. Gesch. Aanpassing BW (Inv. 3, 5 en 6), p. 1329, en HR 24 januari 1997, *NJ* 1997/497 (*Dwangsom en kinderalimentatie*).

Het Duitse recht stelt vergelijkbare vereisten aan de bevoegdheid tot verrekening. Zie § 387 BGB.

6 Wederkerigheid

De wet eist voor verrekening dat de bij de verrekening betrokken partijen over en weer elkaars schuldeiser en schuldenaar zijn. Dit wederkerigheidsvereiste komt tot uitdrukking in art. 6:127 lid 2 BW met de woorden "jegens dezelfde wederpartij". Men duidt deze eis ook wel aan als het vereiste van identiteit van partijen. Het vereiste van wederkerigheid houdt verband met de betalingsfunctie van verrekening. Alleen bij een identiteit van partijen vormt verrekening immers een alternatief voor het verrichten van betalingen over en weer.

Inningsbevoegdheid zonder schuldeiserschap volstaat niet voor het aannemen van wederkerigheid. Degene die krachtens volmacht, lastgeving, pandrecht, vruchtgebruik of derdenbeslag bevoegd is andermans vordering te incasseren, is geen schuldeiser van die vordering en niet bevoegd de vordering te verrekenen met een eigen schuld aan de wederpartij. Zie TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 491, en Faber, *Verrekening* (O&R nr. 33) 2005, nr. 27-28, met voorbeelden.

Verhaalsaansprakelijkheid zonder schuldenaarschap voldoet evenmin. Dat een vordering kan worden verhaald op één of meer goederen van een partij, maakt haar nog niet tot schuldenaar van die vordering. Verrekening van een eigen vordering op de verhaalzoekende wederpartij is dan ook niet mogelijk. Wel geniet een verhaalsaansprakelijke partij bescherming op grond van art. 6:139 BW indien de verhaalzoekende wederpartij verrekeningsbevoegd is. Zie daarover nr. [9].

Voor de verzekering ten behoeve van een derde bestaat een wettelijke uitzondering op het wederkerigheidsvereiste. Tenzij de verzekering aan toonder of order is gesteld, kan de verzekeraar op grond van art. 7:935 lid 1 BW hetgeen hij schuldig is aan de tot uitkering gerechtigde die geen schuldenaar is van de premie, verrekenen met opeisbare premie voor dezelfde verzekering, de schade wegens vertraging in de voldoening daarvan en de kosten bedoeld in art. 6:96 lid 2, onder c, BW. Zie ook Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/272.

Een andere uitzondering bestaat voor de verrekening van een bankspaardeposito met een verbonden eigenwoningschuld op grond van art. 3:265 Wft indien ten aanzien van de bank de depositogarantieregeling wordt toegepast of de noodregeling of het faillissement wordt uitgesproken. Het bankspaardeposito wordt verrekend met de verbonden eigenwoningschuld, ongeacht of die schuld aan dezelfde bank is waar het deposito wordt aangehouden.

De schuldenaar kan bescherming genieten tegen het ontbreken van wederkerigheid door (een analoge toepassing) van art. 6:34 BW.

Het gaat dan om het geval dat de schuldenaar op redelijke gronden heeft aangenomen dat hij zijn verrekeningsverklaring uitbracht aan zijn schuldeiser. Ondanks het ontbreken van wederkerigheid heeft hij dan niettemin bevrijdend verrekend in verhouding tot de werkelijke schuldeiser. Zie Faber, *Verrekening* (O&R nr. 33) 2005, nr. 40 en 136, en Asser/Sieburgh 6-1 2016/226.

Met wederkerigheid moet worden gelijkgesteld het geval waarin een schuldenaar door betaling van zijn schuld aan de schuldeiser een tegenvordering op diezelfde schuldeiser zou verkrijgen.

Deze nuancering is door de Hoge Raad aanvaard in HR 9 januari 1987, *NJ* 1987/506 (*Delta Lloyd/Zwolsche*) en HR 10 juni 1988, *NJ* 1989/30 (*Skipool/Rotterdam*) voor (toekomstige) regresvorderingen en vrijwaringsverplichtingen. Hoewel deze tegenvorderingen eerst ontstaan door de betaling en daardoor strikt genomen geen sprake is van een gelijktijdig tegenover elkaar staan van een vordering en schuld, moet een beroep op een zodanige tegenvordering worden gelijkgesteld met een beroep op verrekening. Zie ook Faber, *Verrekening* (O&R nr. 33) 2005, nr. 39.

Bijzonderheden bestaan bij de verrekening van vorderingen en schulden die tot een gemeenschap behoren (zie nr. [8]) en bij de verrekening van hoofdelijke verbintenissen (zie nr. [9]).

7 Geen gescheiden vermogens

Art. 6:127 lid 3 BW bepaalt dat een verrekeningsbevoegdheid niet bestaat ten aanzien van een vordering en een schuld die in van elkaar gescheiden vermogens vallen. Dit vereiste staat ook bekend als het vereiste van identiteit van vermogens.

Het vereiste is te beschouwen als een aanscherping van het wederkerigheidsvereiste. Voor zover meerdere van elkaar afgescheiden vermogens toekomen aan één of meer van de in de verrekening betrokken partijen, zullen de betrokken partijen niet alleen over en weer elkaars schuldeiser en schuldenaar moeten zijn, maar zullen betrokken vordering en schuld tevens tot hetzelfde afgescheiden vermogen moeten behoren.

Het verdient benadrukking dat art. 6:127 lid 3 BW geen rol speelt indien vordering en schuld behoren tot het vermogen van verschillende rechtssubjecten. In dat geval verhindert het wederkerigheidsvereiste van art. 6:127 lid 2 BW reeds dat kan worden verrekend. Het gaat bij art. 6:127 lid 3 BW daarentegen om het geval dat ten aanzien van hetzelfde rechtssubject sprake is van een vermogensscheiding. Vgl. art. 6:161 lid 2, onder a, BW voor een vergelijkbare bepaling inzake vermenging.

Als uitgangspunt heeft iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon één vermogen. In de wet en rechtspraak zijn echter verscheidene gevallen erkend waarin een persoon rechthebbende is op twee of meer van elkaar gescheiden vermogens. Zij hebben gemeen dat de goederen van het ene afgescheiden vermogen van een rechtssubject blootstaan aan verhaal door de schuldeisers van dat vermogen en niet aan verhaal door de overige schuldeisers van het rechtssubject.

Voorbeelden van afgescheiden vermogens zijn een onder bewind gesteld vermogen en het vermogen van een bijzondere gemeenschap in de zin van art. 3:189 lid 2 BW. In de rechtspraak zijn inmiddels afgescheiden vermogens erkend ten aanzien van de personenvennootschappen ((openbare) maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap). Ook de failliete boedel vormt een afgescheiden vermogen.

Voor overzichten van afgescheiden vermogens wordt verwezen naar: A. Steneker, *Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen* (diss. Nijmegen; Serie Onderneming en Recht, deel 31), Deventer: Kluwer 2005., p. 96-112, en N.E.D. Faber, 'Eigendom ten titel van beheer, kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen', in: *Vertrouwd met de trust: trust and trust-like arrangements* (Serie Onderneming en Recht, deel 5), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 196-262. Aan deze overzichten kunnen worden toegevoegd de nadien wettelijk erkende afgescheiden vermogens, zoals die ten aanzien van collectiviteitskringen gehouden door een algemeen pensioenfonds (art. 123 Pensioenwet), die ten aanzien van beleggingsinstellingen, instellingen ter collectieve belegging in effecten (icbe's) en premiepensioeninstellingen (vgl. art. 4:37j, 4:44, 4:45 en 4:71a Wft) en het derivatenvermogen als bedoeld in art. 49f Wge.

Een kwaliteitsrekening levert geen afgescheiden vermogen op ten aanzien van het overige vermogen van de rekeninghouder. In het voetspoor van de regelingen in art. 25 Wet op het notarisambt en art. 19 Gerechtsdeurwaarderswet, neemt de Hoge Raad aan, dat de vordering uit hoofde van een kwaliteitsrekening – voor zover het bestaan van een dergelijke rekening in een concreet geval kan worden aanvaard – gezamenlijk toekomt aan de belanghebbenden. Zie HR 12 januari 2001, *NJ* 2001/371 (*Koren q.q./Tekstra q.q.*); HR 13 juni 2003, *NJ* 2004/196 (*Procall*); en HR 23 juni 2017, *RvdW* 2017/720 (*NautaDutilh/Ontvanger*). Verrekening is in dit verband echter beperkt door het gemeenschappelijke karakter van de vordering uit hoofde van de rekening. Zie daarover nr. [8].

De vraag rijst of van elkaar gescheiden vermogens kunnen worden aangenomen ten aanzien van vorderingen en schulden van de Staat (of andere publiekrechtelijke rechtspersonen) indien zij betrekking hebben op verschillende overheidsdiensten. Het belang van deze

vraag is overigens sterk beperkt door de invoering van art. 4:93 Awb. Uit die bepaling volgt dat bestuursrechtelijke geldschulden slechts kunnen worden verrekend voor zover een wettelijk voorschrift in die bevoegdheid voorziet. Zie daarover nader nr. [11]. Slechts voor de verrekening van civielrechtelijke vorderingen en schulden van de Staat speelt art. 6:127 lid 3 BW mogelijk een rol.

Faber, *Verrekening* (O&R nr. 33) 2005, nr. 90, neemt aan dat verschillende bestuursorganen kunnen worden aangemerkt als van elkaar te onderscheiden overheidsdiensten met van elkaar afgescheiden vermogens. Voor de verrekening van *civilrechtelijke* vorderingen en schulden jegens een publiekrechtelijke rechtspersoon lijkt mij deze benadering echter te strikt. Ik zou voor die gevallen juist willen aannemen dat ook een publiekrechtelijke rechtspersoon in beginsel één vermogen heeft, ook wanneer zij meerdere organen of onderdelen heeft. Zij kunnen in zoverre op een lijn worden gesteld met een privaatrechtelijke rechtspersoon en een natuurlijk persoon. Vgl. art. 2:1 jo. 2:5 BW. Het maakt daarbij niet uit dat het orgaan of onderdeel organisatorisch, budgettair of begrotingstechnisch in vergaande mate zelfstandig is. Vgl. HR 26 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1988 (*Staat/A.*) ten aanzien van organen en onderdelen van de Staat in verband met het pluraliteitsvereiste bij faillietverklaring. Zie ook HR 22 januari 1937, NJ 1937/898 (*Curatoren Scheurleer en Zoonen/Staat*) waarin verrekening toelaatbaar werd geacht van een schuld van de Postcheque- en girodienst aan een rekeninghouder met een tegenvordering van de Staat op die rekeninghouder. Asser/Sieburgh 6-II 2017/225 merkt over dit arrest echter op dat het oordeel niet aan de eisen van de praktijk voldoet, omdat het om van elkaar gescheiden vermogen van de Staat zou gaan.

In het Duitse recht is verrekening jegens de overheid uit doelmatigheidsoverwegingen beperkt door de eis dat de betrokken verbintenissen over dezelfde overheidskas lopen. Zie § 395 BGB.

8 Gemeenschappelijke verbintenissen

Een tot een gemeenschap behorende vordering kan slechts worden verrekend met een gezamenlijke schuld van dezelfde deelgenoten.

Slechts vorderingen en schulden kunnen worden verrekend. Het aandeel van een deelgenoot in een gemeenschappelijke vordering leent zich daarom niet als zodanig voor verrekening met zijn aandeel in een gemeenschappelijke schuld. Zie ook Faber, *Verrekening* (O&R nr. 33) 2005, nr. 30.

Tenzij een beheersregeling anders bepaalt, komt bij een eenvoudige gemeenschap of bijzondere gemeenschap als bedoeld in art. 3:189 lid 2 BW de bevoegdheid tot verrekening van de zijde van de gemeenschap toe aan de deelgenoten gezamenlijk. Vgl. de gezamenlijke bevoegdheid tot het aannemen van aan de gemeenschap verschuldigde prestaties op grond van art. 3:170 lid 2 BW. Zie daarover HR 18 maart 1994, NJ 1995/410 (*Van Tholen-Kemna/Nationale Nederlanden*). Met betrekking tot andere bijzondere gemeenschappen, kunnen afwijkende voorschriften gelden. Zie nader Faber, *Verrekening* (O&R nr. 33) 2005, nr. 29.

Het wederkerigheidsvereiste staat in de weg aan verrekening van een gemeenschappelijke vordering met een tegenvordering van de schuldenaar op een van de deelgenoten.

Zie TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 129 en 491. Dit is anders indien op grond van art. 6:15 lid 3 BW de deelgenoten niet aan de schuldenaar kunnen tegenwerpen dat hun vordering in een gemeenschap valt. Daarvoor is vereist dat de vordering voortspuit uit een overeenkomst die de schuldenaar heeft gesloten met de deelgenoten, terwijl hij niet wist of behoorde te weten dat dit recht van die gemeenschap deel ging uitmaken. De schuldenaar kan in dat geval zijn tegenvordering op de individuele deelgenoot verrekenen met het aandeel van deze individuele deelgenoot in de gemeenschappelijke vordering als ware deze vordering