

*Dit artikel is verschenen in en geschreven voor het tijdschrift [Juridisch up to Date](#). Het artikel is met veel aandacht en zorgvuldigheid geschreven, maar bevat informatie van algemene aard. Juridisch advies is echter altijd maatwerk. Wint u dus altijd deskundig juridisch advies in. (Lees onze disclaimer).*

## **Jutd 2017/0152 De positie van de debiteur van de verpande vordering bij faillissement van de pandgever**

Jutd 2017/0152 d.d. 15-12-2017

**Auteur(s):** Mw. mr. C.A.G. Krüger, Van Iersel Luchtman Advocaten, Breda.

### **Inleiding**

Hij die zowel schuldenaar als schuldeiser is van een gefailleerde, kan op grond van artikel 53 Fw zijn schuld met zijn vordering op gefailleerde verrekenen. De curator kan ingevolge artikel 53 lid 3 Fw geen beroep doen op artikel 6:136 BW, welk artikel regelt dat een beroep op verrekening door de rechter kan worden gepasseerd, indien de tegenvordering niet op eenvoudige wijze is vast te stellen. Artikel 53 Fw geeft voor de wederpartij van de gefailleerde tijdens faillissement dus een ruimere verrekeningsbevoegdheid dan buiten faillissement: het beroep op verrekening in geval van een faillissementssituatie kan - anders dan buiten faillissement - niet worden afgewezen indien de vordering nog niet vaststaat (en ook niet op eenvoudige wijze is vast te stellen). Het is echter de vraag of artikel 53 lid 3 Fw ook geldt in de verhouding tussen de pandhouder en de debiteur. Ofwel: kan de pandhouder - in tegenstelling tot de curator van de pandgever - wel een beroep doen op artikel 6:136 BW, als gevolg waarvan de debiteur in kwestie zijn tegenvordering (indien deze niet op eenvoudige wijze is vast te stellen) dus niet kan verrekenen?

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 24 november 2017 (ECLI:NL:HR:2017:3017) antwoord gegeven op deze vraag. De Hoge Raad oordeelde dat een debiteur van een verpande vordering in het geval van het faillissement van de pandgever, zijn tegenvordering op de gefailleerde pandgever kan verrekenen, ook indien de tegenvordering niet op een eenvoudige wijze is vast te stellen.

### **Feiten**

Tussen EnergiQ Installatietechniek B.V. (hierna: "EnergiQ") en dierentuin Artis is in 2009 een raamovereenkomst tot stand gekomen. Uit hoofde van deze raamovereenkomst heeft EnergiQ diverse installatiewerkzaamheden uitgevoerd ten behoeve van Artis. ING heeft krediet verstrekt aan EnergiQ, uit hoofde waarvan ING een vordering heeft op EnergiQ. Als zekerheid voor de terugbetaling van deze vordering heeft EnergiQ onder meer haar vorderingen op Artis verpand aan ING. Op 15 maart 2013 heeft ING de vordering die zij uit hoofde van de kredietverstrekking aan EnergiQ heeft op EnergiQ, gecedeerd aan Parallel Groep. De aan die vordering verbonden zekerheden, waaronder het pandrecht op de vorderingen van EnergiQ op Artis, zijn op grond van artikel 6:142 BW met de vordering mee overgegaan op Parallel Groep. Op 26 maart 2013 is EnergiQ in staat van faillissement verklaard. Uit hoofde van door EnergiQ verrichte installatiewerkzaamheden heeft EnergiQ ten tijde van de uitspraak van het faillissement een vordering op Artis. In dit geding vordert Parallel Groep uit hoofde van haar pandrecht veroordeling van Artis tot betaling van deze vordering aan Parallel Groep. Artis heeft zich (onder meer) beroepen op verrekening van haar tegenvordering op EnergiQ uit hoofde van tekortkomingen in het door EnergiQ verrichte werk. De hoogte van deze vordering staat (nog) niet vast. Het hof heeft geoordeeld dat het beroep op verrekening op grond van artikel 6:136 BW moet worden gepasseerd,

nu die tegenvordering van Artis niet eenvoudig is vast te stellen. Artis is tegen deze uitspraak in cassatie gegaan. Artis heeft zich op het standpunt gesteld dat het hof heeft miskend dat in faillissement artikel 53 lid 3 Fw in de weg staat aan de werking van het door het hof toegepaste artikel 6:136 BW. Volgens Artis kan zij, met overeenkomstige toepassing van artikel 53 lid 3 Fw, daarom haar tegenvordering verrekenen zonder dat Parallel Groep (pandhouder) een beroep op artikel 6:136 toekomt.

### **Uitspraak Hoge Raad**

De Hoge Raad oordeelt dat dit door Artis ingenomen standpunt juist is. In geval van het faillissement van de pandgever kan de debiteur van de verpande vordering zijn tegenvordering verrekenen met overeenkomstige toepassing van artikel 53 lid 3 Fw, zonder dat de pandhouder een beroep toekomt op artikel 6:136 BW. De Hoge Raad overweegt dat dit verband houdt met het belang dat de debiteur van de verpande vordering erbij heeft om zijn schuld aan de boedel als onderpand te kunnen beschouwen. De Hoge Raad verwijst het geding terug naar het hof. Na verwijzing zal de gegrondheid van de tegenvordering van Artis alsnog moeten worden onderzocht.

### **Commentaar**

Artis wordt in deze procedure door Parallel Groep als pandhouder aangesproken tot betaling van de vordering die het gefailleerde EnergiQ heeft op Artis. Indien Artis door de curator van EnergiQ was aangesproken tot betaling van de vorderingen van EnergiQ, dan had Artis zich ten opzichte van (de curator van) EnergiQ kunnen beroepen op artikel 53 lid 3 Fw. Artis had dan haar tegenvordering kunnen verrekenen met hetgeen zij verschuldigd was aan EnergiQ, ook al stond deze tegenvordering nog niet vast. In deze procedure is het echter Parallel Groep (pandhouder) die van Artis betaling vordert en dus niet de (curator van) gefailleerde.

### *Jurisprudentie*

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 11 juli 2003 (NJ 2003/539) reeds geoordeeld dat aan artikel 53 lid 3 Fw niet de gedachte ten grondslag ligt dat uitsluitend aan de curator geen beroep toekomt op artikel 6:136 BW. In deze zaak oordeelde de Hoge Raad dat indien de curator een tot de boedel behorende vordering cedeert aan een derde, het aan artikel 6:145 BW ten grondslag liggende beginsel met zich mee brengt dat artikel 53 lid 3 Fw van overeenkomstige toepassing is en dat de debiteur van de gecedeerde vordering zijn tegenvordering kan verrekenen, zonder dat de cessionaris een beroep op artikel 6:136 BW toekomt. De Hoge Raad overweegt in dit arrest dat artikel 53 lid 3 Fw ertoe strekt buiten twijfel te stellen dat artikel 6:136 BW - in afwijking van de regeling buiten faillissement - in faillissement niet van toepassing is. Artikel 53 lid 3 Fw is gebaseerd op de gedachte dat iedere schuldeiser van de boedel zijn schuld aan de boedel als "onderpand" mag beschouwen voor de betaling van zijn vordering.

Op vergelijkbare gronden heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 18 november 2005 (ECLI:NL:HR:2005:AT9061), geoordeeld dat in geval van het faillissement van de pandgever de debiteur van de verpande vordering zijn tegenvordering kan verrekenen met overeenkomstige toepassing van artikel 53 lid 3 Fw, zonder dat de pandhouder een beroep toekomt op artikel 6:136 BW. Ook in een dergelijk geval heeft de debiteur van de verpande vordering er belang bij zijn schuld aan de boedel als "onderpand" te kunnen beschouwen voor de betaling van zijn tegenvordering, terwijl de debiteur van de verpande vordering - evenals de debiteur van de gecedeerde vordering - de bescherming geniet van het in artikel 6:145 BW neergelegde beginsel dat de overgang van een vordering de verweermiddelen van de schuldenaar onverlet laat.

Hetzelfde geldt volgens de Hoge Raad in de verhouding tussen de debiteur van de verpande vordering en een lasthebber van de pandhouder (HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7391).

*Conclusie*

De Hoge Raad oordeelt in deze zaak - in lijn met zijn eerdere arresten over dit onderwerp - dat de pandhouder (Parallel Groep) door het faillissement van de pandgever (EnergIQ), jegens de debiteur van de verpande vordering (Artis) geen beroep kan doen op artikel 6:136 BW. Dit is naar mijn mening terecht. Indien de pandhouder wel een beroep op artikel 6:136 BW zou toekomen, dan zou dit betekenen dat de positie van een debiteur verslechtert op het moment dat de vordering op haar wordt verpand. Zonder verpanding zou de debiteur in geval van faillissement van de schuldeiser haar (nog niet vaststaande) tegenvordering op gefailleerde immers kunnen verrekenen met haar schuld aan gefailleerde. Na verpanding zou de debiteur zich bij inning door de pandhouder niet langer kunnen beroepen op verrekening omdat de pandhouder zich - in tegenstelling tot de curator - wel zou kunnen beroepen op artikel 6:136. Dit kan niet de bedoeling zijn. Bovendien zou ook de positie van de pandgever kunnen verslechteren indien de pandhouder in geval van faillissement wel een beroep toekomt op artikel 6:136 BW. Een debiteur zal er dan immers alles aan doen om te voorkomen dat haar positie verslechtert door middel van verpanding van de vordering op haar aan derden. Dit zou zij kunnen doen door verpandingsverboden met goederenrechtelijke werking (zie hiervoor het artikel van mijn kantoorgenoot mr. F.F.A. Smetsers in JutD 2017-0142) op te leggen aan wederpartijen. Het gevolg hiervan is dat de vorderingen ten aanzien waarvan een verpandingsverbod geldt, niet als zekerheid voor de terugbetaling van een verstrekte financiering kunnen worden verpand aan een financier. Een financier zal daardoor terughoudender zijn bij het verstrekken van een financiering. Dit alles in ogenschouw nemend lijkt de uitspraak van de Hoge Raad recht te doen aan de positie van zowel de debiteur in kwestie als de pandgever. Bovendien voorkomt deze uitspraak dat de pandhouder van vorderingen, bij de inning van deze vorderingen in geval van faillissement, in een gunstigere positie verkeert dan de pandgever zelf.