

RI 2009, 9

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

5 december 2008, nr. C07/149HR

(Mrs. D.H. Beukenhorst, A.M.J. van Buchem-Spapens, E.J. Numann, J.C. van Oven, C.A. Streefkerk; A-G Verkade)

RvdW 2009, 12

JOL 2008, 908

LJN BG0946

Fw art. 53

Verrekening. Peeters q.q./Gatzen-vordering.**Is een crediteur bevoegd een vordering op gefailleerde te verrekenen met een vordering van de curator namens de gezamenlijke crediteuren?**

Eiseres heeft een drietal bedragen ten titel van geldleningen verstrekt aan A BV. Nadien hebben A en eiseres uit hoofde van de geldleningsovereenkomsten een pandovereenkomst gesloten op basis waarvan A aan eiseres in pand heeft gegeven een vordering uit hoofde van verzekeringsovereenkomst op Nationale Nederlanden NV f 116.320,73. Door tussenkomst van assurantie-tussenpersoon X is het bedrag ad f 116.320,73 op 31 juli 1996 door NN rechtstreeks aan eiseres uitbetaald. De bestuurder van eiseres had intensieve bemoeienis met A en had verklaard de schade voor A af te wikkelen

21 Men moet zich er dan ook niet op verliezen, dat het hier niet ging om de vraag of de vordering van A al van de aanvang af 'achtergesteld' was, of er pas – al-dan-niet 'pour besoin de la cause' – in de loop van deze procedure is besloten, die vordering aldus 'in te kleden'. Bij wege van illustratie: als A had besloten om, in reactie op de faillissementsaanvraag van verzoekerster, haar (As) vordering op verweerster kwijt te schelden (en meer praktisch dan dogmatisch ingestelde juristen zullen denken: materieel komt dat op (vrijwel) hetzelfde neer als de 'achterstelling' waarvan in deze zaak sprake is), zou er precies zo hebben moeten worden vastgesteld, dat er onvoldoende basis was voor het aannemen van 'de Toestand'. Men zal misschien zeggen: als men dat accepteert, hebben de belanghebbende beleidsbepalers bij een debiteur als verweerster, het zelf in de hand om de voor faillietverklaring vereiste Toestand 'op te heffen' of te laten (voort)bestaan. Ik denk dat dat inderdaad zo is. Men kan daarbij misschien bedenkingen hebben, maar die doen niet af aan de realiteit dat er in een geval als dit nu eenmaal géén toestand van insolventie bestaat, zoals die voor het uitspreken van een faillissement door de wet wordt vereist.

en daarbij via de tussenpersoon bewerkstelligd dat aan eiseres werd voldaan. A heeft bij brief van – diezelfde – 31 juli 1996 de bedrijfsvereniging en de fiscus op de hoogte gesteld van haar betalingsmacht. Op 15 januari 1997 is A in staat van faillissement verklaard.

Hof: Onder de gegeven omstandigheden heeft eiseres onrechtmatig gehandeld jegens de schuldeisers van gefailleerde. Uit de aan art. 6:135 BW, art. 53 Fw en HR 14 januari 1983 NJ 1983, 597 (Peeters/Gatzen) ten grondslag liggende uitgangspunten vloeit voort dat eiseres zich thans tegenover de curator niet op verrekening kan beroepen.

A-G: Het gaat – in het zicht van een faillissement – om de vraag of iemand, met al dan niet vermeende 'reparatie' van iets wat hij (mogelijk) eerder beter had kunnen regelen, eigenmachtig, nog net even aan zijn eigen belangen de voorrang mag toekennen boven die van andere crediteuren, terwijl hij weet of moet weten dat dit gaat ten koste van verhaalsmogelijkheden van de laatstgenoemden. Dat is in een geval als dit de (Peeters-Gatzen)-meetlat voor onrechtmatig gedrag ex art. 6:162 BW. En zodanig (alsnog) eigenmachtig aan de eigen belangen de voorrang toekennen mag – als regel – dus niet.

Voor verrekening op de voet van art. 53 Fw moet het gaan om een schuld aan de gefailleerde. Een schuld aan de gezamenlijke schuldeisers kan niet worden verrekend. De door de curator namens de gemeenschappelijke crediteuren ingestelde (Peeters/Gatzen-)vordering op grond van onrechtmatige daad is daar bij uitstek een voorbeeld van.

HR: Klachten kunnen niet tot cassatie leiden, 81 RO.

Zie ook:

- HR 6 februari 2004, NJ 2004, 266 en JOR 2004/119 (onderhavige procedure voor (terug)verwijzing naar Hof Arnhem);
- HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597 (Peeters q.q./Gatzen);
- B. Wessels, *Gevolgen van de faillietverklaring* (Wessels Insolventierecht, III), par. 3378, Deventer: Kluwer 2007.

Wenk:

Het onderhavige arrest is een vervolg op het eerdere arrest van de Hoge Raad van 6 februari 2004 (NJ 2004, 266). In dat arrest overwoog de Hoge Raad dat het enkele feit dat een vordering strekt tot het ongedaan maken van een uitbetaling van een schuld door een gefailleerde aan diens schuldeiser, welke uitbetaling ten onrechte heeft plaatsgevonden en daarom ongedaan gemaakt moet worden, onvoldoende grond oplevert voor het oordeel dat het in strijd zou zijn met doel en strekking van art. 42 jo. art. 51 Fw om deze vordering te verrekenen met een schuld van de gefailleerde aan degene aan wie de uitbetaling is geschied. Het oordeel van het Hof's-Hertogenbosch dat verrekening niet was toegestaan was naar het oordeel van de Hoge Raad onvoldoende gemotiveerd. Als er geen sprake is van een op

grond van art. 42 Fw vernietigbare betaling aan een schuldeiser van gefailleerde, is er derhalve ook geen grond om zonder meer verrekening niet toe te staan. De overweging van het hof lijkt gegrond te zijn op een eerdere overweging van de Hoge Raad in het arrest van 30 september 1994 (NJ 1995, 626) inzake *Kuijsters/Gaalman*.

Na verwijzing komt het Hof Arnhem eveneens tot het oordeel dat verrekening niet is toegestaan. Dit hof baseert zijn oordeel echter op een andere grond. Om te kunnen verrekenen dient er sprake te zijn van wederkerigheid van schuldeiser en schuldenaar. Als een curator optreedt namens de gezamenlijke crediteuren jegens een derde, kan die derde tegen een dergelijke vordering van de curator geen beroep doen op verrekening met een vordering op de gefailleerde. Het onderhavige arrest bevestigt dat de regel uit het *Peeters/Gatzen*-arrest terzake verrekening nog steeds actueel is.

Na verwijzing overweegt het Hof Arnhem (r.o. 2.2, zie alinea 2.11 van de conclusie van de A-G) dat het — teneinde te beoordelen of verrekening is toegestaan — zal moeten bezien onder welke omstandigheden de betaling aan de schuldeiser plaatsvond en welke rol de daarbij betrokken partijen daarbij hebben gespeeld. Het gaat op basis van dit arrest dan ook te ver om in zijn algemeenheid te concluderen dat een schuldeiser van een gefailleerde die rechtstreeks betaling heeft gekregen op zijn vordering door een debiteur van gefailleerde, zich nimmer op verrekening zou mogen beroepen. In het onderhavige geval was er immers sprake van een zeer intensieve bemoeienis van de betreffende schuldeiser bij het verkrijgen van de betaling en werd het handelen van de schuldeiser dan ook als onrechtmatig gekwalificeerd.

Tenslotte, in het onderhavige geval was door de (later) gefailleerde een pandrecht gevestigd ten behoeve van de crediteur op de vordering die rechtstreeks door de debiteur van de (later) gefailleerde aan de crediteur werd voldaan. Het wordt niet duidelijk op welke wijze het pandrecht was gevestigd. Wel is duidelijk dat vóór betaling door de betreffende debiteur geen mededeling van het pandrecht aan die debiteur was gedaan. De crediteur (pandhouder) was derhalve niet inningsbevoegd. Hoewel in de procedure werd overwogen dat de verpandingsverplichting niet vernietigbaar was, kon dit de crediteur niet baten. De feitelijke situatie was niet anders dan dat deze partij niet inningsbevoegd was. Dit toont voor de praktijk nog maar eens aan dat een kleine vergissing grote gevolgen kan hebben. Indien wel mededeling van het pandrecht was gedaan, zou de opbrengst wel ten goede hebben kunnen komen aan de betreffende schuldeiser.

Eiseres tot cassatie, adv. mr. G. Snijders,
tegen

Mr. E.J.M. Stals, in haar hoedanigheid van curator in het faillissement van A.B.V., te Weert, verweerster in cassatie, adv. aanvankelijk mr. M.V. Polak, thans mr. R.A.A. Duk.

Hoge Raad:

1. *Het geding in voorgaande instanties*

Voor het verloop van het geding in voorgaande instanties verwijst de Hoge Raad naar zijn arrest van 6 februari 2004, nr. C02/197HR, NJ 2004, 266.

Bij dit arrest heeft de Hoge Raad het arrest van het gerechtshof te 's-Hertogenbosch van 21 maart 2002 vernietigd en de zaak verwezen naar het gerechtshof te Arnhem ter verdere behandeling en beslissing.

Na een tussenarrest van 18 oktober 2005, waarbij het hof de curator tot bewijs heeft toegelaten heeft het hof bij arrest van 23 januari 2007 de vonnissen van rechtbank Roermond van 15 oktober 1998 en 22 juli 1999, voor zover deze aan het oordeel van het hof waren onderworpen, vernietigd en, opnieuw rechtdoende;

A. voor recht verklaard dat de pandovereenkomst van 23 augustus 1996 met betrekking tot de vordering op Acetra B.V. op grond van art. 42 Fw nietig is;
B. voor recht verklaard dat er geen rechtsgeldige verpanding heeft plaatsgevonden van de vordering van DM 106.465,83 (= f 116.320,73) op Nationale Nederlanden N.V.;

C. voor recht verklaard dat eiseres zich met betrekking tot de advocaatkosten van mr. Saes ter grootte van f 18.276,22 niet op verrekening kan beroepen;
D. eiseres veroordeeld om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de curator te voldoen met een bedrag van € 52.784,04, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 31 juli 1996 tot aan de dag der algehele voldoening;

E. eiseres veroordeeld hoofdelijk (naast de veroordeling van mr. Saes bij het beroepen eindvonnis) en wel aldus dat, wanneer de een zal hebben betaald, de ander zal zijn bevrijd, tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de curator te voldoen een bedrag van € 11.631,79, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 23 december 1996 tot aan de dag der algehele voldoening;

F. eiseres veroordeeld tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de curator te voldoen een bedrag van € 16.607,51, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de respectieve data waarop deelbetalingen van dit bedrag aan eiseres plaatsvonden tot aan de dag der algehele voldoening;

G. voor recht verklaard dat rechtsgeldig zijn de ten processe bedoelde drie geldleningovereenkomsten van 23 februari 1996 ad DM 20.000 en van 18 april 1996 en 23 mei 1996 van ieder f 50.000, de in de geldleningovereenkomsten neergelegde verpandingsverplichtingen, alsmede de verpandingsovereenkomsten van respectievelijk 7 juni 1996 met betrekking tot de vordering op de Nationale Nederlanden N.V. en van 23 augustus 1996 met betrekking tot de vordering op B.B.V.;

H. het over en weer meer of anders gevorderde afgewezen;
 I. verstaan dat eiseres de onder D t/m F genoemde bedragen niet mag verrekenen.

2. *Het tweede geding in cassatie*

Tegen het arrest van het hof heeft eiseres beroep in cassatie ingesteld. (...)

De curator heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor eiseres mede door mr. K. Teuben, advocaat bij de Hoge Raad.

De conclusie van de Advocaat-Generaal D.W.F. Verkade strekt tot verwerping van het beroep.

3. *Beoordeling van het middel*

De in het middel aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt eiseres in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de curator begroot op € 1.656,34 aan verschotten en € 2.200 voor salaris.

Conclusie A-G Verkade:

1. *Inleiding*

Deze zaak is een vervolg op HR 6 februari 2004, rolnr. CO2/197HR.¹ Andermaal is aan de orde of eiseres tot cassatie, eiseres, zich jegens verweerster in cassatie, de curator van A BV, mr. Stals, zou kunnen beroepen op verrekening van een bedrag van f 116.320,73. Nadat het gerechtshof te 's-Hertogenbosch in 2002 de verrekeningsmogelijkheid van de hand had gewezen, is — na cassatie en verwijzing — het gerechtshof te Arnhem tot dezelfde uitkomst gekomen.

2. *Feiten en procesverloop*

2.1. Voor de feiten kan worden verwezen — dit is ook gebeurd in het arrest van HR 6 februari 2004 — naar hetgeen het gerechtshof te 's-Hertogenbosch in zijn arrest van 21 maart 2002 in rov. 4.1 onder a tot en met q heeft vastgesteld. Van deze feiten is na verwijzing ook het gerechtshof te Arnhem uitgegaan, zie rov. 3 van het arrest van 18 oktober 2005.

2.2. Ik breng het onderwerp van het geschil (kort) in herinnering. Eiseres heeft een drietal bedragen (in totaal f 122.839) ten titel van geldleningen verstrekt aan A BV. Dienaangaande zijn akten van geldleningen opgemaakt. Nadien hebben A en eiseres uit hoofde van de geldleningsovereenkomsten een pandovereenkomst gesloten. Ingevolge deze pandover-

eenkomst heeft A aan eiseres in pand gegeven een vordering uit hoofde van verzekeringsovereenkomst op Nationale Nederlanden NV ad DM 106.465,83 (f 116.320,73). De vordering van A op Nationale Nederlanden (hierna ook: NN) betrof een uitkering wegens (diefstal-)schade van een opdrachtgever van A, waarvoor A aansprakelijk was gesteld. Door tussenkomst van assurantietussenpersoon (betrokkene 1) is het bedrag ad f 116.320,73 op 31 juli 1996 door NN aan eiseres uitbetaald. A heeft bij brief van — diezelfde — 31 juli 1996 de bedrijfsvereniging en de fiscus op de hoogte gesteld van haar betalingsonmacht. Op 15 januari 1997 is A in staat van faillissement verklaard met benoeming van mr. Stals tot curator.

2.3. Ook voor het procesverloop verwijs ik eerst naar de eerdere cassatiezaak. Ik licht daar uit dat mr. Stals q.q. onder meer heeft gevorderd dat eiseres zal worden veroordeeld het hiervoor vermelde bedrag van f 116.320,73 af te dragen. Eiseres heeft tegenover deze vordering van de curator een beroep gedaan op verrekening met de vordering (de leningen) op de gefailleerde A.

2.4. Het gerechtshof te 's-Hertogenbosch wees bij arrest van 21 maart 2002 het beroep op verrekening af, geïnspireerd door het arrest van de Hoge Raad van 30 september 1994, NJ 1995, 626 m.nt. PvS (Kuijsters/Gaalman).

2.5. Eiseres heeft destijds in cassatie geklaagd, kort gezegd, dat het arrest van het hof moest worden vernietigd, omdat — anders dan in het arrest Kuijsters/Gaalman — het hof niet vaststelde dat het bij de uitbetaling aan eiseres om paulianeus handelen zou zijn gegaan. Deze klacht had succes. De Hoge Raad casseerde, omdat — anders dan het hof had aangenomen — het enkele feit dat een vordering strekt tot ongedaanmaking van een uitbetaling van een schuld aan een gefailleerde aan diens schuldeiser, welke uitbetaling ten onrechte heeft plaatsgevonden en daarom ongedaan moet worden gemaakt, onvoldoende grond oplevert voor het oordeel dat het in strijd zou zijn met doel en strekking van art. 42 in verbinding met art. 51 Fw om deze vordering te verrekenen met een schuld van de gefailleerde aan degene aan wie de uitbetaling is geschied (rov. 3.6).

2.6. In de thans bij de Hoge Raad teruggekeerde procedure na verwijzing is in cassatie alleen de vordering van f 116.320,73 van de curator en het daartegen door eiseres aangevoerde beroep op verrekening nog inzet van het geding, zodat ik mij — niettegenstaande de bredere inzet van het naar het gerechtshof te Arnhem verwezen geschil — bij de bespreking van het procesverloop daartoe beperk.

De curator heeft dit bedrag bij memorie na verwijzing onder F (wederom) gevorderd, met de wettelijke rente als daar vermeld. Onder verwijzing naar de aan de betaling voorafgegane feiten heeft de curator betoogd dat aan eiseres geen beroep op verrekening ex art. 53 Fw toekomt, omdat dit in strijd is met (doel en strekking) van art. 42 jo. art. 51 Fw, dat eiseres niet te goeder trouw was als bedoeld in art. 54 Fw, dat voldaan is aan de voorwaarden in art. 43 Fw,

¹ NJ 2004, 266 m.nt. PvS en JOR 2004/119 m.nt. I. Spinath.

en dat eiseres onrechtmatig heeft gehandeld waarbij de curator heeft verwezen naar HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597 (Peeters/Gatzen).

2.7. Eiseres heeft dit betoog bij memorie na verwijzing bestreden. Zij heeft er allereerst op gewezen dat de verpanding niet onverplicht is in de zin van art. 42 Fw (blijkens de in cassatie niet bestreden rov. 4.11.5 van het Bossche arrest van 21 maart 2002). Volgens eiseres was het haar op grond van art. 53 Fw toegestaan te verrekenen. De verpanding was volgens eiseres niet paulianeus, zodat ook geen sprake is van strijd met doel en strekking van art. 42 jo. 51 Fw. Voorts was eiseres te goeder trouw en kan art. 54 Fw geen toepassing vinden. Het beroep op art. 43 Fw gaat volgens eiseres niet op, omdat zij geen indicatie had dat A zou failleren, althans geen reden had om te menen dat de schuldeisers zouden worden benadeeld.

Eiseres heeft voorts betwist onrechtmatig gehandeld te hebben. Zij verwees in dit verband naar haar memorie in appel bij het Bossche hof, punt 57, waarin zij heeft betoogd dat het Peeters/Gatzen-arrest van 1983 op een andere situatie ziet. Volgens haar levert het enkele feit dat er geen geldige verpanding was nog geen onrechtmatigheid op. Daarop heeft eiseres (onder meer) geconcludeerd dat het hof voor recht zal verklaren dat eiseres wordt toegelaten tot verrekening van het bedrag van f 116.320,73.

2.8. Bij (tussen)arrest van 18 oktober 2005 heeft het hof de curator toegelaten tot het bewijs van feiten en omstandigheden die in de weg staan aan het beroep van eiseres op verrekening van de vordering van de curator ten bedrage van f 116.320,73 met de vordering die eiseres had uit hoofde van een drietal geldleningen op de (gefaillieerde) vennootschap A BV (zie rov. 4.3 van genoemd arrest, alsmede rov. 2.1 van het hierna te noemen (eind)arrest van 23 januari 2007).

2.9. De curator heeft drie getuigen laten horen.² Eiseres heeft ervan afgezien in contra-enquête getuigen voor te brengen. De curator heeft bij akte nog een bewijsmiddel in het geding gebracht. Beide partijen hebben een memorie na enquête genomen.

2.10. Het hof is bij (eind)arrest van 23 januari 2007 tot het oordeel gekomen dat eiseres (hierna ook weer: 'eiseres') onder de gegeven omstandigheden onrechtmatig heeft gehandeld jegens de schuldeisers van de gefaillieerde, alsmede dat uit de aan art. 6:135 lid 2 BW, art. 53 Fw en HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597 (Peeters/Gatzen) ten grondslag liggende uitgangspunten voortvloeit dat eiseres zich thans tegenover de curator niet op verrekening kan beroepen.

2.11. In deze (tweede) cassatiezaak worden (naast rov. 4.3 van het tussenarrest van 18 oktober 2005, zie nr. 2.8 hiervoor) de rov. 2.2 t/m 2.9 van het eindarrest bestreden, luidende:

² Namelijk (betrokkene 2), directeur van eiseres, diens echtgenote (betrokkene 4) (die de administratie voor het bedrijf verrichtte), en (betrokkene 3), die werkzaam is geweest bij C.

'2.2 Zoals het hof in het tussenarrest al overwoog staat de verschuldigdheid van deze bedragen over en weer vast. De vordering van de curator heeft betrekking op de betaling van f 116.320,73 door Nationale Nederlanden N.V. aan eiseres, terwijl dit bedrag — zijnde de schadeuitkering naar aanleiding van een diefstal van een vrachtwagen van A B.V. op 12 februari 1996 — in beginsel toekwam aan A B.V. Teneinde te beoordelen of eiseres zich op verrekening kan beroepen, zal het hof moeten bezien onder welke omstandigheden die betaling aan eiseres plaatsvond en welke rol de daarbij betrokken partijen hebben gespeeld.

2.3 Ten aanzien van die omstandigheden staat in dit geding tussen partijen ook vast dat er geen rechtsgeldige verpanding van de vordering had plaatsgevonden, aangezien deze verpanding nimmer aan Nationale Nederlanden N.V. was meegedeeld. Voor zover eiseres zich toch op het standpunt is blijven stellen dat Nationale Nederlanden N.V. aan haar heeft uitbetaald omdat zij van die verpanding op de hoogte is gesteld, moet worden geoordeeld dat die stelling onjuist is. Dat volgt uit het — in cassatie door eiseres niet bestreden — bewijsoordeel van het hof 's-Hertogenbosch dat aan Nationale Nederlanden N.V. niet geldig mededeling was gedaan van de verpanding (r.o. 4.11.2 van het arrest van 21 maart 2002), welk oordeel met name steunde op de brief van Nationale Nederlanden N.V. d.d. 20 februari 1997 (productie 8 bij conclusie van repliek in conventie/antwoord in reconventie). De thans afgelegde verklaringen leiden niet tot een ander oordeel. Noch uit de getuigenverklaring van eiseres' directeur (betrokkene 2) (die heeft gezegd geen contact met Nationale Nederlanden N.V. te hebben gehad), noch uit die van betrokkene 3 (die zich niet kan herinneren wat hij tegen Nationale Nederlanden N.V. heeft gezegd) valt immers af te leiden dat van zodanige mededeling wel sprake is geweest.

2.4 Gezien het niet-meegedeelde pandrecht is de enige resterende verklaring voor de uitbetaling van Nationale Nederlanden N.V. aan eiseres in plaats van aan A B.V., af te leiden uit de reeds genoemde brief van Nationale Nederlanden N.V. van 20 februari 1997, waarin zij aangeeft dat zij naar aanleiding van door haar op 19 juli 1996 ingewonnen nadere informatie had begrepen dat betrokkene 2 de schade afwikkelde voor zijn dochter, in verband met haar verblijf in Zwitserland. De door eiseres genoemde omstandigheden — alle samenhangend met het gegeven dat de curator ervan heeft afgezien de schrijfster van die brief als getuige te horen omdat zij al had aangegeven zich niets meer van de gebeurtenissen in 1996 te kunnen herinneren — staan er overigens niet aan in de weg dat de inhoud van deze brief, als schriftelijk bewijs, in de voorliggende beoordeling wordt betrokken.

2.5 Voorts blijkt uit de door betrokkene 3 afgelegde getuigenverklaring dat betrokkene 2 zijn vaste aanspreekpunt was ten aanzien van de hier aan de orde zijnde, door A B.V. geleden schade. Daarnaast heeft betrokkene 3 verklaard dat de door hem gegeven informatie die Nationale Nederlanden N.V. er uiteindelijk toe bracht het schadebedrag niet aan A B.V. maar aan eiseres uit te keren, rechtstreeks afkomstig was van betrokkene 2, die hem ook had gezegd dat het geld naar zijn B.V. moest. In dat verband heeft betrokkene 2 (uiteindelijk) ook verklaard dat hij zich — in verband met het verblijf van zijn dochter in Zwitserland — wel met een eveneens in 1996 spelende verzekeringskwestie van A B.V. naar aanleiding van een tweede diefstal (op 1 juli 1996) heeft beziggehouden. Voorts heeft betrokkene 2 erkend dat hij op 15 juli 1996 de kwitantie — waarmee uitbetaling werd gevraagd aan eiseres in plaats van aan A B.V. en die aanleiding was voor het verzoek om opheldering van Nationale Nederlanden N.V. — heeft ondertekend. Een en ander leidt tot de conclusie dat eiseres's directeur betrokkene 2 er de hand in moet hebben gehad dat Nationale Nederlanden N.V. — naar aanleiding van hetgeen betrokkene 3 haar meedeelde omtrent de afwikkeling door eiseres — het schadebedrag niet aan A B.V. maar aan eiseres heeft uitbetaald. Voor zover betrokkene 2 (ook) anders heeft verklaard, hecht het hof aan die verklaring geen geloof, met name omdat betrokkene 2 er ter zitting blijk van gaf niet-consistent te verklaren, waarbij telkens de feitelijke details die in het nadeel van eiseres zouden kunnen worden uitgelegd, vergeten waren. Ook de door dochter (betrokkene 4) na de gehouden enquête opgestelde schriftelijke verklaring (productie 2 bij memorie van antwoord na enquête) leidt niet tot een ander oordeel, reeds omdat ook uit die verklaring niet is af te leiden dat zijzelf — of iemand anders dan betrokkene 4 — ervoor gezorgd heeft dat Nationale Nederlanden N.V. niet aan A B.V. maar aan eiseres uitbetaalde.

2.6 Op het moment dat eiseres de A B.V. toekomende schadeuitkering ontving (de uitbetaling vond volgens opgave van Nationale Nederlanden N.V. plaats op 31 juli 1996) was het haar bekend dat A B.V. in ernstige financiële moeilijkheden verkeerde. In de eerste plaats maakt eiseres zelf gewag van een acuut liquiditeitsprobleem als gevolg van de (tweede) diefstal op 1 juli 1996 en een daaruit voortvloeiende opschorting van betalingen op 17 juli 1996 (memorie van antwoord na enquête, p. 15). Gelet op betrokkene 2' betrokkenheid bij deze schadekwestie en de daaruit voortvloeiende problemen — welke betrokkenheid betrokkene 2 in zijn verklaring uiteindelijk ook heeft erkend en waartoe hij volgens zijn dochters schriftelijke verklaring ook genoodzaakt was omdat zijzelf in een vergevorderde staat van zwangerschap verkeerde — moet betrokkene 2 ook begrepen hebben hoe bedreigend deze

tegenslag zou kunnen zijn voor de continuïteit van de door A B.V. gedreven onderneming. In dat verband heeft betrokkene 2 zelf aangegeven dat hij actief betrokken was bij de (juridische) actie die onmiddellijk daarop ondernomen werd, 'omdat het bedrijf gered moest worden'. Daarbij komt dat eiseres er mee bekend was dat A B.V. zich op dat moment al in een — in financieel opzicht — zeer kwetsbare situatie bevond, nu eiseres in de daaraan voorafgaande periode, toen die tweede diefstal nog niet had plaatsgevonden, substantiële bedragen aan A B.V. heeft moeten uitlenen, omdat A B.V. anders niet in staat was haar vaste lasten te voldoen (aldus de schriftelijke verklaring van dochter betrokkene 4). Voorts heeft eiseres zelf steeds aangegeven dat zij vanaf 14 juni 1996, dus voorafgaand aan die tweede diefstal, stelselmatig personeelskosten van A B.V. heeft voorgesloten (conclusie van dupliek in conventie/replik in reconventie, nr. 15), kennelijk eveneens omdat A B.V. niet langer bij machte was die kosten zelf te voldoen.

2.7 Tegen die achtergrond heeft eiseres, door zonder dat daarvoor een rechtsgrond bestond de schadeuitkering niet aan A B.V. maar aan zichzelf te laten uitbetalen en aldus A B.V. de noodzakelijke liquiditeiten te onthouden, terwijl op datzelfde moment — in de woorden van betrokkene 2 — A B.V. 'gered moest worden' in verband met een acuut liquiditeitsprobleem, onrechtmatig gehandeld jegens de schuldeisers van A B.V. Indien voornoemde betaling A B.V. niet was onthouden, was mogelijk het faillissement voorkomen, en had in ieder geval het bedrag van f 116.320,73 beschikbaar kunnen zijn voor de gezamenlijke schuldeisers, althans voor de bij de gestolen lading belanghebbende partij.

2.8 Uit dit een en ander, alsmede uit de aan art. 6:135 lid 2 BW, art. 53 Fw en HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597 ten grondslag liggende uitgangspunten, vloeit voort dat eiseres zich thans tegenover de curator niet op verrekening kan beroepen.

2.9 Dat betekent dat ook dit hof tot het oordeel komt dat de vordering van de curator tot betaling van een bedrag van f 116.320,73 (€ 52.784,04) (...) toewijsbaar is en niet kan worden verrekend. (...)

2.12. Eiseres heeft tijdig³ cassatieberoep ingesteld onder aanvoering van een middel dat uit vier onderdelen bestaat. De curator heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Beide partijen hebben de zaak schriftelijk toegelicht. Eiseres heeft gerepliceerd.

3. Bespreking van het cassatiemiddel

3.1. Het cassatiemiddel klaagt (in alle onderdelen) naar de kern genomen dat het hof er ten onrechte aan voorbij is gegaan dat tussen eiseres en A

³ Bij cassatiedagvaarding van 23 april 2007.

rechtsgeldig een pandrecht is overeengekomen. Het middel neemt voorts tot uitgangspunt dat als eiseres de juiste mededeling aan NN zou hebben gedaan, zij zich zonder meer op een rechtsgeldig pandrecht en zich vervolgens op verrekening had kunnen beroepen. Betoogd wordt dat door het rechtsgeldig overeenkomen van het pandrecht én het gegeven dat eiseres vóór de uitbetaling door NN het pandrecht had kunnen vestigen door de verpanding aan NN mede te delen, vaststaat (althans een doorslaggevende indicatie aanwezig is) dat eiseres niet onrechtmatig gehandeld kan hebben, respectievelijk te goeder trouw heeft gehandeld bij het zich laten uitbetalen door NN. Het bewerkstellingen door eiseres van de uitbetaling door NN aan haar is, aldus het middel, in de gegeven context op één lijn te stellen met de (niet gedane) mededeling van de verpanding. De omstandigheden waaronder de betaling heeft plaatsgevonden zijn – gelet op het overeengekomen pandrecht – niet (althans niet zonder meer) van belang voor de vraag of eiseres zich in het onderhavige geval op verrekening kan beroepen. Daarom is (aldus onderdeel 3) ook onjuist, althans onbegrijpelijk dat het hof de curator in de gelegenheid stelde tot het bewijs van die feiten en omstandigheden.

3.2. De te beoordelen vraag waarvoor het hof in deze zaak stond, was niet of eiseres bij het doen van de vereiste mededeling zijn pandrecht had kunnen en mogen uitoefenen, maar of eiseres zich op verrekening kan beroepen. Daarbij geldt dat eiseres de feitelijke mogelijkheid tot een beroep op verrekening heeft verkregen doordat NN de rechtsens aan A toekomende vordering feitelijk aan eiseres heeft betaald.⁴ Daarom ook moest het hof – gelijk het in rov. 2.2 van het eindarrest overweegt – bezien onder welke omstandigheden die betaling aan eiseres plaatsvond en welke rol de daarbij betrokken partijen hebben gespeeld. Daarmee faalt onderdeel 3, zowel voor zover het zich richt tegen genoemde rov. 2.2, als voor zover het zich keert tegen de beslissing van het van het hof in het tussenarrest dat de curator wordt toegelaten tot het bewijs van feiten en omstandigheden die in de weg staan aan het beroep op verrekening.

3.3. Kort gezegd heeft het hof in het eindarrest de volgende omstandigheden van belang geacht:

- (i) tussen partijen staat vast dat geen rechtsgeldige verpanding heeft plaatsgevonden (rov. 2.3);
- (ii) de enige verklaring voor de uitbetaling van NN aan eiseres is te vinden in de brief van NN waarin zij aangeeft begrepen te hebben dat eiseres de schade afwikkelde voor A (rov. 2.4);
- (iii) eiseres heeft er de hand in gehad dat NN het schadebedrag aan haar in plaats van aan A heeft voldaan (rov. 2.5);
- (iv) op het moment dat eiseres de schade-uitkering ontving wist eiseres de van de financiële moeilijkheden van A (rov. 2.6);

⁴ De pandhouder is immers niet verrekeningsbevoegd. Vgl. bijv., recent, A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam* (2008), p. 212; N.E.D. Faber, *Verrekening* (2005), p. 27–28.

(v) als betaling aan A niet was onthouden, was mogelijk het faillissement voorkomen en had in ieder geval het bedrag beschikbaar kunnen zijn voor de gezamenlijke schuldeisers, althans voor de belanghebbende partij van de gestolen lading (rov. 2.7).

Uit deze omstandigheden heeft het hof afgeleid dat eiseres onrechtmatig heeft gehandeld jegens de schuldeisers van A.

Ik constateer dat het middel geen (gerichte) klachten inhoudt tegen de hierboven onder (i) t/m (v) weergegeven deeloverwegingen van het eindarrest.

3.4. Het middel steunt (daarentegen) op een hypothetisch geschetst scenario, namelijk het geval eiseres een mededeling van haar pandrecht – al dan niet na faillissement van A – aan NN had gedaan. Zo'n scenario heeft zich evenwel niet voorgedaan.

Het middel betoogt echter in wezen, met argumenten, dat onder die omstandigheden van onrechtmatig of te kwader trouw handelen van eiseres niet gesproken kan worden. Ik sluit mijn conclusie dus niet reeds hier af.

3.5. Pandrecht – in dit geval op een vordering – dient om bij voorrang een geldsom te krijgen voor geleverde diensten of goederen (art. 3:227 BW), uiteraard met name in faillissementssituaties. Pandrecht op een vordering kan worden gevestigd bij akte zonder mededeling daarvan aan de debiteur (het zgn. stil pandrecht, art. 3:239 BW). De bevoegdheid tot inning blijft bij de pandgever rusten totdat van de verpanding aan de debiteur mededeling is gedaan (art. 3:246 BW).⁵ Daarmee gaat het stille pand over in een openbaar pand. Indien van de verpanding van een vordering ten tijde van de faillietverklaring nog geen mededeling is gedaan aan de debiteur, is de pandhouder ook in het faillissement bevoegd zodanige mededeling te doen. Daardoor kan hij zich de bevoegdheid tot inning verschaffen.⁶ Deze bevoegdheid is het vanzelfsprekend gevolg van het recht dat de pandhouder, als separatist, op grond van art. 57 lid 1F kan uitoefenen alsof er geen faillissement was. Zie bijv. HR 17 februari 1995, *NJ* 1996, 471 m.nt. WMK (Mulder q.q./ CLBN).

3.6. In de onderhavige zaak gaat het, waar eiseres spreekt over het 'rechtsgeldig' overeengekomen pandrecht, uitsluitend om een tussen eiseres en A rechtsgeldig afgesproken verpandingsverplichting. Deze was – zo beklemtoont het middel in onderdeel 1 – niet onverplicht als bedoeld in art. 42 Fw (als onbestreden aangemerkt in rov. 3.4 van het arrest van de Hoge Raad van 6 februari 2004 in combinatie met rov. 4.11.5 van het arrest van het Bossche hof van 21 maart 2002). Ik herinner er evenwel aan dat tevens vaststaat dat de uitoefening van het pandrecht

⁵ Vgl. bijv. F. Molenaar, *Pandrecht*, MonNBW B12a (1991), p. 45 e.v.; P.C. Voûte, *Stil verpande vorderingen: inning en verhaals-uitoefening*, *NTBR* 1993, p. 103–107; Asser-Mijnssen, *Goederenrecht* 3-III (2003) nr. 120; W.H.M. Reehuis, in *Brunnerbundel* (1994), p. 315 (316–317).

⁶ Over de inning van verpande vorderingen bij faillissement zie bijv. Reehuis, a.w. (1994), p. 315 (320–322).

(de inning door eiseres) niet rechtsgeldig is geschied, omdat de verpanding niet aan NN was medegedeeld (zie de als zodanig niet bestreden rov. 2.3 van het eindarrest a quo in combinatie met rov. 3.4 van het arrest van de Hoge Raad van 6 februari 2004 en in combinatie met rov. 4.11.2 van het arrest van het Bossche hof van 21 maart 2002). Kortom: eiseres was niet inningsbevoegd.

3.7. Daarom zijn de verwijzingen in nr. 2.3 van de schriftelijke toelichting namens eiseres naar de daar aangehaalde arresten van de Hoge Raad niet op hun plaats.

3.7.1. In de zaak van HR 22 juni 2007, nr. C06/067, NJ 2007, 520 (ING Bank/Verdonk q.q.) verweet de bank de curator onrechtmatig te hebben gehandeld door haar — kort gezegd — in haar positie van separatist te frustreren, omdat de curator, nog voordat de bank als stille pandhouder een mededeling had gedaan aan de betrokken debiteuren, overgegaan was tot inning van de betrokken vorderingen. Daarmee had de bank (slechts) in zoverre succes dat de Hoge Raad — kort gezegd — oordeelde dat de curator 14 dagen na de faillietverklaring met innen moet wachten, om de bank de gelegenheid te geven de mededeling aan de debiteuren te doen.

In de nu voorliggende zaak had eiseres de curator echter al de mogelijkheid ontnomen om tot inning van de vordering op NN over te gaan. Het gaat dus om een wezenlijk andere situatie.

3.7.2. Datzelfde geldt voor eiseres' beroep op HR 17 februari 1995, nr. 15743, NJ 1996, 471 m.nt. WMK (Mulder q.q./CLBN). In die zaak ging het om de vraag⁷ wat de positie van de pandhouder is als de debiteur van de stil verpande vordering aan de curator betaalt, voordat de pandhouder aan de debiteur mededeling van de verpanding heeft gedaan. Uit het arrest blijkt dat de pandhouder, wiens pand teniet is gegaan door de betaling van de debiteur aan de curator, zijn voorrang behoudt (rov. 3.4.3).⁸ Thans daargelaten dat in casu geen geldig pandrecht gevestigd is, is daarmee evenwel niet gezegd dat de opbrengst van de vordering hoe dan ook geheel aan eiseres toegekomen zou zijn, omdat niet is uitgesloten dat er crediteuren waren met een hogere preferentie (vgl. hierna nr. 3.9).

3.8. De voorrang gaat overigens voor de pandhouder verloren in geval van inning door de pandgever buiten faillissement: HR 12 juli 2002 (Rabo/Knol q.q.).⁹ Ik sluit bepaald niet uit dat dit ook het geval is indien — zoals in de onderhavige zaak — een (aspirant)-pandhouder 'namens de pandgever' onbevoegd tot inning buiten het faillissement is overgegaan.

3.9. Daarnaast merk ik op dat het bepaald niet was uitgesloten dat eiseres ingeval van faillissement ook na een correcte mededeling respectievelijk uitoefening van het pandrecht naast het net had gevestigd. Naast de in rang boven het pandrecht bevoorrechte

vorderingen van de fiscus en de sociale verzekeraars, moet — gelet op art. 3:287 BW — in casu gedacht worden aan het eveneens in rang boven het pandrecht verheven voorrecht van de benadeelde op de vordering van de aansprakelijke op diens aansprakelijkheidsverzekeraar¹⁰, nu de vordering van A op NN een uitkering op grond van verzekering betrof ter zake van diefstal van goederen van een opdrachtgever van A uit (een van) haar vrachtwagen(s).

3.10. De hypothese dat eiseres bij een geldige mededeling de vordering had kunnen innen respectievelijk zich daarop had kunnen verhalen respectievelijk had kunnen verrekenen, lijkt mij kortom niet zonder meer juist. Dat kan in ieder geval niet uit de feiten worden gedistilleerd.

3.11. Thans rest de vraag of het hof bij de beoordeling van het beroep door eiseres op verrekening (toch) meer gewicht had moeten toekennen aan het overeengekomen pandrecht.

3.12. Ook indien ervan uitgegaan wordt dat eiseres, in het zicht van het mogelijke/ vermoedelijke faillissement van A, met een tijdige en juiste mededeling van de verpanding aan NN het bedrag bij NN had kunnen innen en zich daarop had kunnen verhalen (c.q. effectief had kunnen verrekenen), valt m.i. niet weg te poetsen dat die mededeling nu eenmaal niet gedaan is.

3.12.1. Ik meen dat ik dit het beste met een vergelijking kan adstrueren. Stel dat iemand (Koper) een zeldzame oldtimer heeft gekocht van Verkoper, en de prijs van € 50.000 geheel vooruit betaald heeft. De auto moet nog door Verkoper worden opgeknapt, en van enige nog van elders te betrekken accessoires en te vernieuwen onderdelen worden voorzien (bij de prijs inbegrepen). Daarmee zal nog een zestal maanden gemoeid zijn. Koper verneemt na vijf maanden dat een faillissement van Verkoper ophanden is. Koper wenst dat de auto nu onmiddellijk aan hem geleverd wordt, en vervoegt zich bij de garage van Verkoper, die niet aanwezig is. Niemand aantrefend, forceert Koper het hek (wat zonder noemenswaardige schade aan het hek mogelijk blijkt), en rijdt weg in de auto (die gelukkig blijkt te kunnen rijden). Verkoper blijkt dezelfde dag — inderdaad — faillissement aangevraagd te hebben.

3.12.2. Natuurlijk had Koper zich aanstonds bij de aankoop de eigendom van de auto kunnen laten overdragen, om die auto vervolgens bij verkoper te stallen/in reparatie te geven. Maar dat heeft Koper niet gedaan. Al moge menige 'man in the street' nog vinden dat Koper, gegeven die eenvoudige mogelijkheid, nu niet het slachtoffer zou moeten worden van het feit dat hij die mogelijkheid niet benut heeft: het faillissementsrecht, resp. het burgerlijk recht dat zich bekommert om de belangen van andere crediteuren, is nu eenmaal anders ingericht.

3.13. In het kader van al dan niet paulianeuze handelingen gaat het — in het zicht van een faillisse-

7 Een 'vóórvraag' ten opzichte van HR 22 juni 2007, NJ 2007, 520 (ING Bank/Verdonk q.q.).

8 Herhaald in HR 23 april 1999, NJ 2000, 30 m.nt. HJS.

9 Nr. C00/289, NJ 2003, 194 m.nt. WMK.

10 Vgl. Asser-(Mijnssen, resp. -Van Mierlo), Goederenrecht 3-III (2003), p. 160, p. 402-403, p. 414 e.v.

ment — niet meer om de vraag wat al dan niet behoorlijk was of is jegens de gefailleerde in het licht van de prestaties over en weer.

Het gaat — in het zicht van een faillissement — om de vraag of iemand, met al dan niet vermeende 'reparatie' van iets wat hij (mogelijk) eerder beter had kunnen regelen, eigenmachtig, nog n  t even aan zijn eigen belangen de voorrang mag toekennen boven die van andere crediteuren, terwijl hij weet of moet weten dat dit gaat ten koste van verhaalsmogelijkheden van de laatstgenoemden. D  t is in een geval als dit de (Peeters/Gatzen)-meetlat voor onrechtmatig gedrag ex art. 6:162 BW. En zodanig (alsnog) eigenmachtig aan de eigen belangen de voorrang toekennen mag — als regel — dus n  t.

3.14. Zoals niet weg te poetsen valt dat rechtsgeldige verpanding zich niet voordoet, mag evenmin de aandacht worden afgeleid van de omstandigheden¹¹:

— dat eiseres er de hand in heeft gehad dat NN het schadebedrag aan haar in plaats van aan A heeft voldaan; terwijl

— eiseres op dat moment wist van de financiële moeilijkheden van A.

D  ardoor, resp. onder d  e omstandigheden verschaft eiseres zich ten koste van de andere schuldeisers de feitelijke verrekeningsmogelijkheid.

3.15. Het zijn (nu juist) deze feiten die ten tijde van het door de Hoge Raad op 6 februari 2004 (nr. C02/197) gewezen arrest tussen partijen nog n  t als vaststaand konden worden aangenomen. Dat gaf toen aanleiding tot vernietiging en verwijzing. Ik moge mede verwijzen naar mijn conclusie voor dit arrest van 2004, nrs. 3.9.1–3.20.¹²

Inmiddels staan deze cruciale feiten dus w  l vast.¹³

3.16. Tegen deze achtergrond moet het in al zijn onderdelen van een andere opvatting doortrokken middel m.i. falen.

3.17. In meer technische zin vallen hieraan nog de volgende observaties toe te voegen.

3.18. Wat betreft de verrekening in het geval van faillissement geldt dat in art. 53 Fw is bepaald dat hij die zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is, zijn schuld met zijn vordering op de gefailleerde kan verrekenen indien beide zijn ontstaan v  r de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen, v  r de faillietverklaring met de gefailleerde verricht. De schuldeiser van de gefailleerde mag zijn schuld aan de gefailleerde beschouwen als een onderpand voor de betaling van zijn vordering.

3.19. Voor verrekening op de voet van art. 53 Fw moet het gaan om een schuld aan de gefailleerde.

Een schuld aan de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde kan niet worden verrekend.¹⁴ De door de curator namens de gemeenschappelijke crediteuren ingestelde (Peeters/Gatzen)-vordering op grond van onrechtmatige daad is daar bij uitstek een voorbeeld van. De derde, tevens schuldeiser, die een onrechtmatige daad heeft gepleegd jegens de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde kan zijn vordering op de gefailleerde met de aldus ontstane schuld niet in vergelijking brengen, omdat hij niet kan worden aangemerkt als schuldenaar van de gefailleerde, maar van diens schuldeisers. In dat geval is niet voldaan aan de door art. 53 Fw voor verrekening gestelde voorwaarden.¹⁵ Deze situatie doet zich naar het oordeel van het hof voor in het onderhavige geval. Dat oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.

3.20. In de schriftelijke toelichting (onder 2.8) is namens eiseres betoogd dat de vordering van A tot afdracht van de verzekeringsuitkering niet als een vordering tot schadevergoeding, laat staan als een vordering tot vergoeding van opzettelijk toegebrachte schade is te beschouwen.

De toelichting miskent dat het hier niet gaat om een vordering van A tot afdracht van de verzekeringsuitkering, maar om een door de curator, onder meer op basis van onrechtmatige daad, ingestelde vordering van de gezamenlijke schuldeisers. Het hof heeft de gedragingen van eiseres als onrechtmatig gekwalificeerd jegens de gezamenlijke schuldeisers (en dus niet jegens A). De verwijzing door het hof naar HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597 (Peeters/Gatzen) was derhalve op haar plaats.

3.21. Zie ik het goed, dan is eiseres van mening dat bij een beroep op verrekening ex art. 53 Fw van onrechtmatigheid geen sprake kan zijn als men een pandrecht is overeengekomen, ook al is het pandrecht niet rechtsgeldig aan de debiteur medegedeeld, althans dat de bevoegdheid tot verrekenen tot dat geval verruimd zou moeten worden. Die stelling gaat langs hetgeen ik in de nrs. 3.12–3.16 heb uiteengezet.

3.22. Ook overigens gaat zij mij in haar algemeenheden te ver.¹⁶

De voor haar niet bestaande mogelijkheid tot verrekenen heeft eiseres in dit geval immers willen creëren: niet op grond van pand, maar door (zonder rechtsgrond) NN te bewegen tot betaling aan eiseres. De vergelijking met art. 54 Fw dringt zich hier al snel

¹¹ Gegeven de na verwijzing door het Arnhemse hof in rov. 2.3 t/m 2.7 vastgestelde (door mij hierboven in nr. 3.3 kort samengevatte) in cassatie als zodanig niet bestreden omstandigheden.

¹² In het bijzonder nrs. 3.12.1–3.12.2 en 3.14–3.16.1.

¹³ Aansluitend bij het eerder gegeven 'oldtimer'-voorbeeld: de crediteur heeft er zelf de hand in dat de automobiel bij hem terecht komt, en hij had wetenschap van een vermoedelijk a.s. faillissement.

¹⁴ Faillissementswet (Iosbi.), art. 53 (R.J. van Galen), aant. 1.

¹⁵ HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597 m.nt. BW en AA 1984, p. 220 e.v. m.nt. PvS.

¹⁶ Vgl. HR 19 november 2004, NJ 2005, 199 m.nt. PvS en JOR 2005/19 m.nt. A. Steneker (ING/Gunning q.q.). Steneker verdedigt in zijn noot onder 7 en 8 dat ook in het geval dat andere schuldeisers geen nadeel ondervinden van een door de bank gecreëerd verrekeningsrecht er z.i. argumenten zijn om verrekening niet toe te staan, omdat het lastig oordelen is op basis van hypothesen, en omdat er bruikbare alternatieven bestaan. Vgl. voorts N.W.M. van den Heuvel, Zekerheidsvoorrang (2004), p. 37: het absolute karakter van het zekerheidsrecht dient in zekere mate gecorrigeerd te worden door hetgeen de belangen van de boedel en gezamenlijke crediteuren eisen.

op.¹⁷ Omdat verrekening in een faillissement zeer voordelig kan zijn voor degene die zich daarop beroept heeft de wetgever in art. 54 lid 1 Fw niet voor niets bepaald:

'Niettemin is degene die een schuld aan de gefailleerde of een vordering op de gefailleerde vóór de faillietverklaring van een derde heeft overgenomen, niet bevoegd tot verrekening, indien hij bij de overneming niet te goeder trouw heeft gehandeld.'

De strekking van art. 54 Fw is verrekening uit te sluiten in die gevallen waarin een schuldenaar of schuldeiser van de boedel een vordering onderscheidenlijk een schuld van een derde overneemt met het doel zichzelf de mogelijkheid van verrekening te verschaffen.¹⁸ Men handelt niet te goeder trouw indien men bij de overneming wist dat de latere gefailleerde in een zodanige toestand verkeerde dat zijn faillietverklaring te verwachten was.¹⁹

3.23. Dat het hof de gedraging van eiseres als onrechtmatig heeft gekwalificeerd, nu eiseres NN op oneigenlijke gronden (zonder rechtsgrond) ertoe heeft bewogen aan haar te betalen, terwijl zij wist dat A in ernstige financiële moeilijkheden verkeerde, en daarmee voorts de overige schuldeisers heeft benadeeld, acht ik het al met al niet getuigen van een onjuiste rechtsopvatting, noch onbegrijpelijk. Het 'overeengekomen' pandrecht legt daarbij onvoldoende gewicht in de schaal.

3.24. Dat geldt ook voor het — m.i. overigens ten overvloede en niet 'dragend' gegeven — oordeel van het hof dat verrekening mede afstuit op de in art. 6:135 lid 2 BW ten grondslag liggende uitgangspunten. Die bepaling blijft immers naast art. 53 Fw ook in het geval van faillissement van toepassing, nu daarvan in de Fw niet wordt afgeweken.²⁰ In art. 6:135 lid 2 BW is verrekening uitgesloten vanwege de bijzondere aard van de schuld, namelijk indien zijn verplichting strekt tot vergoeding van schade die hij opzettelijk heeft toegebracht. Het gaat hier ook om schade uit onrechtmatige daad. Mij dunkt dat het hof de vorm van eigenrichting welke eiseres in deze zaak aan de dag heeft gelegd zonder schending van een rechtsregel en alleszins begrijpelijk onder het bereik van deze bepaling begrepen kon achten, of althans naar analogie daarbij kon aansluiten.²¹

3.25. Al met al meen ik dat het middel in al zijn onderdelen niet tot cassatie kan leiden.

4. Conclusie

Mijn conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

¹⁷ Het hof is hier niet aan toegekomen, nu verrekenen op grond van art. 53 Fw niet aan de orde was. Zie N.E.D. Faber, Verrekening (2005), p. 425–426, p. 573–574.

¹⁸ Rov. 3.3.2 in HR 7 november 2003, NJ 2004, 61, JOR 2004/57 m.nt. N.E.D. Faber.

¹⁹ Zie onder meer HR 30 januari 1953, NJ 1953, 578 m.nt. PhANH; HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 449 m.nt. JBMV.

²⁰ Vgl. ook J.T. Jol, Aspecten van verrekening tijdens faillissement en surséance van betaling, in S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), De curator, een octopus (1996), p. 201–218.

²¹ Vgl. CPG onder nr. 3.16 vóór HR 9 juli 2004, nr. C02/248, LJN AO9898 (81 RO); Asser-Hartkamp, Verbintenissenrecht 4-1 (2004), nr. 552; TM, Parl. Gesch. 6, p. 508.