

University of Groningen

Case note: ECLI:NL:HR:2019:1789

Verstijlen, F.M.J.

Published in:
 Nederlandse Jurisprudentie

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
 Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
 2020

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Verstijlen, F. M. J. (2020). Case note: ECLI:NL:HR:2019:1789. NJ 2020/166. Casenote over: Hoge Raad, 15/11/2019, 18/01582, ECLI:NL:HR:2019:1789 *Nederlandse Jurisprudentie*, 2020(21), 2790-2791.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Redactionele aantekening

In deze uitspraak besteedt het Hof van Justitie in het kader van een overleveringsprocedure aandacht aan de vraag hoe de uitvoerende autoriteit moet beoordelen of voor de opgeëiste persoon na overlevering een reëel gevaar bestaat dat hij in de uitvaardigende lidstaat wordt onderworpen aan een onmenselijke of vernederende behandeling in de zin van art. 4 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Meer in het bijzonder gaat het om detentieomstandigheden die een schending van art. 4 van het Handvest kunnen opleveren. Het Hof heeft zich hierover al eerder uitgelaten, onder meer in zijn uitspraken in de zaken *Aranyosi en Căldăraru* (C-404/15 en C-659/15). Evenals in die zaken, staat in deze zaak een door de Roemeense autoriteiten uitgevaardigd EAB centraal. Het Hof van Justitie biedt enkele concrete handvatten, die (mede) zijn gebaseerd op rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).

Het Hof van Justitie stelt voorop dat wanneer de uitvoerende autoriteit bewijzen heeft dat er een reëel gevaar bestaat voor onmenselijke of vernederende behandeling van personen die in de uitvaardigende lidstaat zijn gedetineerd, zij moet toetsen of dit gevaar bestaat wanneer zij moet beslissen of de opgeëiste persoon wordt overgeleverd aan die lidstaat. De uitvoerende autoriteit dient daarbij concreet en nauwgezet na te gaan of er, in de omstandigheden van het geval, zwaarwegende en op feiten berustende gronden bestaan om aan te nemen dat de betrokkene na zijn overlevering een reëel gevaar zal lopen daar te worden onderworpen aan een onmenselijke of vernederende behandeling vanwege de omstandigheden waarin hij in die lidstaat zal worden gedetineerd. De uitvaardigende autoriteiten zijn enkel verplicht de detentieomstandigheden te onderzoeken in de penitentiaire inrichtingen waar de betrokkene, volgens de informatie waarover zij beschikken, naar concreet voornemen zal worden gedetineerd. Als de uitvaardigende lidstaat de garantie afgeeft dat de betrokkene niet zal worden onderworpen aan een onmenselijke of vernederende behandeling, dient de uitvoerende autoriteit af te gaan op deze garantie, althans bij gebreke van enig nauwkeurig gegeven dat erop wijst dat de detentieomstandigheden in een bepaalde inrichting strijdig zijn met art. 4 van het Handvest.

Dit toetsingskader vult het Hof van Justitie vervolgens nader in, daarbij gebruikmakend van eerdere eigen rechtspraak en jurisprudentie van het EHRM. Het Hof oordeelde eerder al dat het feit dat een gedetineerde over minder dan drie vierkante meter persoonlijke ruimte in een collectieve cel beschikt, een sterk vermoeden van een schending van art. 3 EVRM doet rijzen. Ruimte is ook volgens het EHRM een belangrijke factor bij de beoordeling of de detentieomstandigheden adequaat zijn wanneer een gedetineerde in een meerpersoonscel beschikt over drie tot vier vierkante meter persoonlijke ruimte. In een dergelijk geval kan worden geconcludeerd

dat sprake is van een schending van art. 3 EVRM, als het gebrek aan ruimte gepaard gaat met andere slechte materiële detentieomstandigheden, in het bijzonder het ontbreken van toegang tot een binnenplaats of tot frisse lucht en daglicht, slechte ventilatie, te lage of te hoge binnentemperaturen, gebrek aan privacy op het toilet of slechte sanitaire of hygiënische omstandigheden. Bij de berekening van de beschikbare minimumruimte voor een gedetineerde in een meerpersoonscel mogen sanitaire voorzieningen niet worden meegerekend, maar de ruimte die wordt ingenomen door meubels wel. Daarbij geldt dat gedetineerden de mogelijkheid moeten behouden om zich normaal in de cel te bewegen. De omstandigheid dat in de uitvaardigende lidstaat toezicht achteraf bestaat op detentieomstandigheden, neemt niet weg dat de uitvoerende autoriteit verplicht is om te onderzoeken of de betrokkene na overlevering wordt blootgesteld aan een reëel gevaar om te worden onderworpen aan een onmenselijke of vernederende behandeling.

Het Hof benadrukt ten slotte dat de absolute aard van het verbod van onmenselijke of vernederende behandeling zich ertegen verzet dat het wordt afgewogen tegen de doeltreffendheid van de justitiële samenwerking in strafzaken of tegen de beginselen van wederzijds vertrouwen en wederzijdse erkenning.

NJ 2020/166**HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)**

15 november 2019, nr. 18/01582
(Mrs. C.A. Streefkerk, M.V. Polak,
T.H. Tanja-van den Broek, C.H. Sieburgh,
H.M. Wattendorff; A-G mr. W.L. Valk)
m.nt. F.M.J. Verstijlen

Art. 53 Fw; art. 6:127 BW

RvdW 2019/1170
JONDR 2019/1441
NJB 2019/2556
RI 2020/3
ECLI:NL:PHR:2019:783
ECLI:NL:HR:2019:1789

Faillissementsrecht. Contractuele uitbreiding verrekenningsbevoegdheid; 'meerprijverrekenningsafpraak'; strijd met wederkerigheidsvereis- te art. 53 Fw

Buiten faillissement kunnen partijen de in art. 6:127 BW geregelde verrekenningsbevoegdheid rechtsgeldig uitbreiden door overeen te komen dat verrekening kan plaatsvinden ook indien zij niet over en weer elkaars schuldeiser en schuldenaar zijn. Er bestaat geen grond om aan een dergelijke overeenkomst haar werking te ontnemen indien een van hen later in staat van faillissement wordt verklaard. Zodanige overeenkomst past bij de zekerheidsfunctie van verrekening en

strookt daarom met het doel van art. 53 Fw (dat een schuldeiser van de gefailleerde die tevens schuldenaar is van de gefailleerde, zeker kan zijn van voldoening van zijn vordering door zijn schuld in verrekening te brengen). Het wederkerigheidsvereiste in art. 53 Fw kan daarom niet worden aangemerkt als dwingend recht. Art. 53 Fw staat dan ook niet eraan in de weg dat de wederpartij van de partij die in staat van faillissement is verklaard, een beroep doet op een voor de datum van de faillietverklaring tussen hen overeengekomen beding waarbij de bevoegdheid tot verrekening van vorderingen en schulden die voor de datum van de faillietverklaring zijn ontstaan of die voortvloeien uit rechtsverhoudingen die op die datum reeds bestonden, ten behoeve van die wederpartij contractueel is uitgebreid. Die contractuele uitbreiding kan inhouden dat de wederpartij bevoegd is haar schuld te verrekenen met een vordering die een andere partij heeft op een ander dan de failliet. Opmerking verdient dat niet kan worden afgeweken van de regel dat alleen verrekening mogelijk is indien schuld en vordering voor de faillietverklaring zijn ontstaan of voortvloeien uit handelingen die voor de faillietverklaring met de gefailleerde zijn verricht (art. 53 lid 1 Fw). Die regel vloeit voort uit het fixatiebeginsel.

[eiseres] B.V., eiseres tot cassatie, adv.: mr. R.T. Wiegerink,
tegen
[verweerster] B.V., verweerster in cassatie, adv.: mr. P.S. Kamminga.

Hof:

3. De beoordeling

3.1. In dit hoger beroep kan worden uitgegaan van de volgende feiten.

3.1.1. [verweerster] is een holdingmaatschappij; zij is de moedermaatschappij van [A] B.V. (hierna: [A]) en [B] B.V., handelend onder de naam [B] B.V. (hierna: [B]).

3.1.2. [A] en [B] zijn op 28 januari 2014 in staat van faillissement verklaard.

3.1.3. In de periode van medio 2012 tot aan het faillissement van voormelde vennootschappen heeft [A] producten en diensten geleverd aan [eiseres] en in verband daarmee facturen aan [eiseres] gezonden. [C] B.V. (hierna: [C]) heeft in de genoemde periode producten en diensten geleverd aan [B] en in verband daarmee facturen aan [B] gezonden.

3.1.4. Ten tijde van het faillissement van [A] had deze vennootschap vorderingen op [eiseres] ten bedrage in totaal € 42.724,64 (producties 7a en b bij conclusie van antwoord).

3.1.5. [verweerster] is pandhoudster met betrekking tot deze vorderingen op [eiseres].

3.1.6. [verweerster] heeft als pandhoudster [eiseres] aangesproken tot betaling van voormelde schuld van € 42.724,64.

3.1.7. [eiseres] heeft op 31 maart 2014 in mindering op voormelde schuld een bedrag van

€ 24.022,09 aan [verweerster] betaald (productie 7e bij conclusie van antwoord).

3.1.8. Het restant van de schuld ad € 18.702,55 is door [eiseres] niet betaald omdat zij dit bedrag heeft verrekend met een factuur van [C], gericht aan [B] d.d. 23 januari 2014 ten bedrage van € 18.702,55 (productie 1 bij conclusie van antwoord).

3.2. Het geschil in de onderhavige zaak komt neer op de vraag of [eiseres] al dan niet haar schuld aan [A] mocht verrekenen met de vordering van [C] op [B]. [eiseres] stelt zich op het standpunt dat tussen haar en [A] c.s. (het hof neemt aan dat hiermee bedoeld zijn: [A] en [B]) de afspraak gold dat kruislings verrekend zou worden, met andere woorden dat de facturen van [A] aan [eiseres] verrekend zouden worden met de facturen van [C] aan [B] en omgekeerd. Volgens [eiseres] heeft deze verrekening vanaf medio 2012 ook consequent plaatsgevonden, hetgeen blijkt uit de inhoud van de door haar ter griffie gedeponeerde klapper met elf voorbeelden. [eiseres] stelt zich op het standpunt dat [verweerster] als pandhoudster gebonden is aan deze afspraak en dat haar verweer tegen de toegepaste verrekening daarom niet opgaat.

[verweerster] stelt zich op het standpunt dat van een algemene verrekenafpraak zoals door [eiseres] is gesteld, geen sprake is. Weliswaar heeft vanaf medio 2012 verrekening plaatsgevonden zoals door [eiseres] is gesteld, maar die verrekening werd van geval tot geval telkens opnieuw bekeken en geacordeerd. De op 31 maart 2014 door [eiseres] toegepaste verrekening met een bedrag van € 18.702,56 is volgens [verweerster] een eenzijdige actie van [eiseres] geweest zonder dat [verweerster] hierin had toegestemd.

[verweerster] heeft verder aangevoerd dat, zelfs in het geval een afspraak zou gelden zoals door [eiseres] is gesteld, de door [eiseres] op 31 maart 2014 toegepaste verrekening niet toelaatbaar was omdat [A] in staat van faillissement verkeerde en kruislingse verrekening zoals hier aan de orde niet toelaatbaar is in een faillissementssituatie, dit gelet op het bepaalde in artikel 53 Faillissementswet.

3.3. [verweerster] vorderde in eerste aanleg (na vermindering van haar eis) de veroordeling van [eiseres] tot betaling van voormeld bedrag van € 18.702,55 met de wettelijke handelsrente over dat bedrag, alsmede buitengerechtelijke kosten ten bedrage van € 962 en de veroordeling van [eiseres] in de proceskosten.

[eiseres] verweerde zich tegen deze vordering met een beroep op verrekening zoals hiervoor is weergegeven.

3.4. Nadat de zaak door de rechtbank naar de kantonrechter was verwezen, heeft de kantonrechter partijen in het tussenvonnissen van 3 februari 2016 in de gelegenheid gesteld te bewijzen dat de door [eiseres] bedoelde afspraak tot kruislingse verrekening is gemaakt c.q. juist niet tot stand is gekomen.

3.5. In het eindvonnis d.d. 28 september 2016 heeft de kantonrechter vervolgens, na getuigenverhoor, voorop gesteld dat [eiseres] de bewijslast

draagt van de door haar gestelde kruislingse verrekenafpraak. De kantonrechter heeft vervolgens geoordeeld dat [eiseres] er niet in is geslaagd genoegzaam bewijs bij te brengen voor de hier bedoelde afspraak.

De vordering van [verweerster] is op grond hiervan door de kantonrechter toegewezen in die zin dat [eiseres] is veroordeeld (na herstel van het dictum van het eindvonnis door middel van het herstelvonnis d.d. 19 oktober 2016) om aan [verweerster] de gevorderde hoofdsom ad € 18.702,55 te betalen, te vermeerderen met wettelijke handelsrente.

De vordering tot betaling van buitengerechtigde incassokosten is door de kantonrechter afgewezen.

[eiseres] is door de kantonrechter in de proceskosten veroordeeld.

3.6. [eiseres] kan zich niet verenigen met het eindvonnis van 28 september 2016 zoals verbeterd bij het herstelvonnis van 19 oktober 2016 en is in hoger beroep gekomen. Zij heeft geconcludeerd tot vernietiging van die vonnissen en tot het alsnog afwijzen van de vorderingen van [verweerster], met veroordeling van [verweerster] tot terugbetaling van hetgeen [eiseres] ter uitvoering van de vonnissen waarvan beroep aan [verweerster] heeft betaald, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente, subsidiair met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW vanaf de dag van betaling, te weten 16 oktober 2016, tot aan de dag van algehele voldoening, met veroordeling van [verweerster] in de kosten van beide instanties.

3.7. [verweerster] heeft in haar memorie van antwoord geconcludeerd tot bekrachtiging van de vonnissen waarvan beroep, met veroordeling van [eiseres] in de kosten van het hoger beroep.

3.8. De grieven van [eiseres] houden in dat de kantonrechter in het eindvonnis van 28 september 2016 ten onrechte heeft geoordeeld dat [eiseres] de bewijslast draagt van de door [eiseres] gestelde kruislingse verrekenafpraak en eveneens ten onrechte heeft geoordeeld dat [eiseres] niet geslaagd is in het bijbrengen van genoegzaam bewijs voor het bestaan van de gestelde afspraak.

3.9. Naar het oordeel van het hof faalt de grief dat de kantonrechter heeft geoordeeld dat [eiseres] de bewijslast draagt van de door haar gestelde kruislingse verrekenafpraak. Immers: [eiseres] heeft zich tegen de vordering van [verweerster] verweerd met de stelling dat zij gerechtigd was te verrekenen, gelet op de gemaakte afspraak tot kruislingse verrekening. Dit is een zelfstandig verweer waarvan de bewijslast ingevolge artikel 150 Rv bij haar berust.

3.10. Een oordeel van het hof met betrekking tot de grief dat de kantonrechter ten onrechte zou hebben geoordeeld dat [eiseres] niet is geslaagd in het bijbrengen van genoegzaam bewijs voor het bestaan van de gestelde afspraak kan achterwege blijven gelet op het volgende.

[verweerster] heeft in eerste aanleg en in hoger beroep aangevoerd dat, zelfs in het geval een af-

spraak zou gelden zoals door [eiseres] is gesteld, de door [eiseres] op 31 maart 2014 toegepaste verrekening niet toelaatbaar was omdat [A] in staat van faillissement verkeerde en kruislingse verrekening zoals hier aan de orde niet toelaatbaar is in een faillissementssituatie, dit gelet op het bepaalde in artikel 53 Faillissementswet, welk artikel aan verrekening in een faillissementssituatie de eis stelt (onder meer) dat degene die zich op verrekening beroept zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is, aan welke eis in dit geval niet is voldaan. Immers: [eiseres] was wel schuldenaar van [A] maar geen schuldeiser van diezelfde vennootschap.

Naar het oordeel van het hof is deze stelling van [verweerster] juist; het hof verwijst in dit verband naar het arrest van de Hoge Raad d.d. 15 januari 1999, NJ 2000, 49, in welk arrest de Hoge Raad in een fiscale zaak – waarin aan de Ontvanger in artikel 24 van de Invorderingswet 1990 in beginsel de bevoegdheid is gegeven tot kruislingse verrekening van (in dat geval) een belastingteruggave aan de moedermaatschappij met een belastingschuld van een dochtervennootschap – heeft geoordeeld dat na het faillissement van de moedermaatschappij kruislingse verrekening niet meer mogelijk is, omdat het bepaalde in artikel 53 e.v. Faillissementswet niet buiten toepassing is verklaard en omdat het ten gunste van de fiscus als schuldenaar van de failliet verklaarde moedermaatschappij terzijde stellen van het in artikel 53 Faillissementswet neergelegde essentiële vereiste dat de schuldenaar tevens schuldeiser van de gefailleerde moet zijn om zich op verrekening te kunnen beroepen, ten koste zou gaan van de gerechtvaardigde belangen van de schuldeisers van de gefailleerde moedermaatschappij.

Naar het oordeel van het hof is deze uitspraak van de Hoge Raad van overeenkomstige toepassing op een contractuele bevoegdheid tot kruislingse verrekening zoals deze door [eiseres] in de onderhavige zaak is gesteld.

3.11. De conclusie is dat [eiseres] geen beroep op verrekening toekomt en dat de kantonrechter de door [verweerster] gevorderde hoofdsom terecht heeft toegewezen.

De grieven van [eiseres] behoeven geen verdere bespreking.

Het hof zal de vonnissen waarvan beroep bekrachtigen, met wijziging en aanvulling van de gronden. De vordering van [eiseres] tot veroordeling van [verweerster] tot terugbetaling van hetgeen [eiseres] op grond van het bestreden vonnis aan [verweerster] heeft voldaan, moet worden afgewezen. [eiseres] zal, als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het hoger beroep worden veroordeeld.

4. De uitspraak

Het hof:

bekrachtigt de vonnissen waarvan beroep, met wijziging en aanvulling van de gronden zoals in het vorenstaande is vermeld;

wijst af de vordering van [eiseres] tot veroordeling van [verweerster] tot terugbetaling van hetgeen [eiseres] op grond van het bestreden vonnis aan [verweerster] heeft voldaan;

veroordeelt [eiseres] in de kosten van het hoger beroep en begroot die kosten aan de zijde van [verweerster] op € 1.957 voor griffierecht en op € 894 voor salaris van de advocaat;

verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van het vormvereiste van een toereikende motivering doordat het Hof heeft geoordeeld als hierna vermeld, zulks ten onrechte om de navolgende, mede in onderling verband en samenhang in aanmerking te nemen redenen:

Inleiding

Deze zaak betreft zeer kort gezegd de vraag of kruislingse verrekening is toegestaan in faillissement. Verweerster in cassatie, [verweerster] B.V. ('[verweerster]'), is een holdingmaatschappij van de werkmaatschappijen [A] B.V. ('[A]'), [B] B.V. ('[B]') en [C] B.V. [verweerster] is pandhoudster van de vorderingsrechten die [A] tot aan het faillissement heeft gehad op derden.

Eiseres tot cassatie, [eiseres], is een transport- en aannemingsbedrijf en heeft enerzijds opdrachten verricht ten behoeve van [A], [B] en [C] en is anderzijds afnemer geweest van grondstoffen afkomstig van [A], [eiseres] en de werkmaatschappijen van [verweerster] zijn dus over en weer elkaars schuldeiser, dan wel elkaars schuldenaar geweest.

In deze onderlinge rechtsverhoudingen hebben in het verleden kruislingse verrekeningen plaatsgevonden waarbij vorderingen van de werkmaatschappijen van [verweerster] werden verrekend met vorderingen van [eiseres].

Op 28 januari 2014 is [A] in staat van faillissement verklaard.

Van medio 2012 tot aan haar faillissement heeft [A] producten en diensten geleverd aan [eiseres] en [eiseres] daarvoor gefactureerd. In dezelfde periode zijn door [C] B.V. producten en diensten geleverd aan [A] waarvoor eveneens is gefactureerd.

De vordering in de onderhavige procedure van [verweerster], als pandhoudster van de vorderingen van [A] op derden, betreft per saldo nog een bedrag van € 18.702,55, vermeerderd met de wettelijke handelsrente. [eiseres] verweert zich tegen deze vordering met een beroep op verrekening. De kantonrechter in de rechtbank Limburg (hierna: de kantonrechter) heeft bij vonnis van 28 september 2016, verbeterd bij herstellvonnis van 19 oktober 2016, de vordering van [verweerster] toegewezen.

Bij het in dit cassatieberoep bestreden arrest van 23 januari 2018 heeft het Hof het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd.

Oordeel Hof

Het Hof overweegt in rov. 3.10 van zijn arrest, kort gezegd, dat beoordeling van de grief van [eiseres] dat de kantonrechter ten onrechte zou hebben geoordeeld dat [eiseres] niet is geslaagd in het bijbrengen van genoegzaam bewijs voor het bestaan van de gestelde afspraak achterwege kan blijven. [verweerster] heeft volgens het Hof zowel in eerste aanleg als in hoger beroep aangevoerd dat zelfs in het geval een afspraak zou gelden zoals door [eiseres] is gesteld, de door [eiseres] op 31 maart 2014 toegepaste verrekening niet toelaatbaar was omdat [A] in staat van faillissement verkeerde en kruislingse verrekening zoals hier aan de orde niet toelaatbaar zou zijn in een faillissementssituatie, gelet op het bepaalde in artikel 53 Faillissementswet, welk artikel aan verrekening in een faillissementssituatie de eis stelt (onder meer) dat degene die zich op verrekening beroept zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is, aan welke eis in dit geval niet zou zijn voldaan. Immers: [eiseres] was wel schuldenaar van [A] maar geen schuldeiser van dezelfde vennootschap.

Naar het oordeel van het Hof is deze stelling van [verweerster] juist; het Hof verwijst in dit verband naar het arrest van de Hoge Raad d.d. 15 januari 1999, NJ 2000/49 m.nt. J.W. Zwemmer (*Wilderink/Ontvanger*), in welk arrest de Hoge Raad in een fiscale zaak heeft geoordeeld dat na het faillissement van de moedermaatschappij kruislingse verrekening niet meer mogelijk is, omdat het bepaalde in artikel 53 e.v. Faillissementswet niet buiten toepassing is verklaard en omdat het ten gunste van de fiscus als schuldenaar van de failliet verklaarde moedermaatschappij terzijde stellen van het in artikel 53 Faillissementswet neergelegde essentiële vereiste dat de schuldenaar tevens schuldeiser van de gefailleerde moet zijn om zich op verrekening te kunnen beroepen, ten koste zou gaan van de gerechtvaardigde belangen van de schuldeisers van de gefailleerde moedermaatschappij.

Naar het oordeel van het Hof is deze uitspraak van de Hoge Raad van overeenkomstige toepassing op een contractuele bevoegdheid tot kruislingse verrekening zoals deze door [eiseres] in de onderhavige zaak is gesteld.

Klachten

1. De hiervoor weergegeven beslissing van het Hof, dat de stelling van [verweerster], kort gezegd inhoudende dat kruislingse verrekening zoals hier aan de orde niet toelaatbaar is in een faillissementssituatie, gelet op het bepaalde in artikel 53 Faillissementswet, juist is, geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting, dan wel is zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk, zoals wordt uitgewerkt in de hierna opgenomen (sub)onderdelen.

1.1. De hiervoor in onderdeel 1 vermelde beslissing van het Hof geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting in het licht van het bepaalde in artikel 53 Faillissementswet. Verrekening van vorderin-

gen is ook tijdens en na faillissement mogelijk op grond van artikel 53 Faillissementswet. Het Hof heeft miskend dat artikel 53 Faillissementswet, van regeland recht is en dat partijen de bevoegdheid tot verrekening contractueel kunnen beperken, uitsluiten of uitbreiden.¹ Een zogenaamde meerpartijenverrekeningsafpraak kan het wederkerigheidsvereiste van artikel 53 Faillissementswet dus, anders dan het Hof heeft aangenomen, terzijde stellen.

1.2. De hiervoor in onderdeel 1 vermelde beslissing van het Hof kan voorts niet in stand blijven, omdat het Hof ten onrechte, althans op onvoldoende (begrijpelijke) gronden, heeft beslist dat het arrest van uw Raad van 15 januari 1999, NJ 2000/49 m.nt. J.W. Zwemmer (*Wilderink/Ontvanger*) van overeenkomstige toepassing is op een contractuele bevoegdheid tot kruislingse verrekening zoals deze door [eiseres] in de onderhavige zaak is gesteld. De parallel die het Hof met het hiervoor vermelde arrest *Wilderink/Ontvanger* trekt en waarop het Hof zijn hiervoor in subonderdeel 1.1 bestreden beslissing baseert, gaat reeds niet op, omdat in dat geval artikel 53 Faillissementswet niet buiten toepassing was verklaard, terwijl die bepaling in het onderhavige geval – zo dient in cassatie veronderstellenderwijs te worden aangenomen – juist wel buiten toepassing is verklaard. Bovendien deed zich in het arrest *Wilderink/Ontvanger* niet de situatie voor dat werd beoogd artikel 53 Faillissementswet op grond van een overeenkomst buiten toepassing te laten (zoals in de onderhavige zaak aan de orde is), maar berustte de stelling dat artikel 53 Faillissementswet geen toepassing kon vinden, op wetsinterpretatie. Voor zover het Hof met zijn verwijzing naar het arrest *Wilderink/Ontvanger* zou hebben beoogd haar beslissing te onderbouwen dat artikel 53 Faillissementswet van dwingend recht is, is die beslissing onjuist, althans onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd, nu uit dat arrest niet volgt dat artikel 53 Faillissementswet van dwingend recht is. Daar komt bij dat door [verweerster] geen beroep was gedaan op een parallel met het arrest *Wilderink/Ontvanger*. De verwijzing door het Hof naar dat arrest vormde een wending waarop partijen niet bedacht hoefden te zijn en dus is er sprake van een ontoelaatbare verrassingsbeslissing. Doordat het Hof een wending heeft gemaakt die partijen niet hebben hoeven te verwachten, hebben zij zich niet over die wending kunnen uitlaten en hebben zij hun stellingen daarop niet, althans niet in voldoende mate, kunnen richten. In het bijzonder is [eiseres] als gevolg daarvan niet in de gelegenheid gesteld om aan te voeren waarom het geval dat voorlag in het arrest *Wilderink/Ontvanger* niet, althans niet in voldoende mate, vergelijkbaar is met het onderhavige geval.

2. De hiervoor vermelde klachten vitiëren tevens de beslissingen van het Hof in rov. 3.11, waaronder de beslissing dat [eiseres] geen beroep toe-

komt op verrekening en dat de kantonrechter de door [verweerster] gevorderde hoofdsom terecht heeft toegewezen en rov. 4.

Op grond van dit middel vordert eiseres vernietiging van het bestreden arrest met zodanige verdere beslissing als de Hoge Raad passend acht, met veroordeling van verweerster in de kosten van het geding, zulks met bepaling dat over die proceskostenveroordeling de wettelijke rente verschuldigd zal zijn met ingang van de vijftiende dag na de datum van het te dezen te wijzen arrest.

Conclusie A-G mr. W.L. Valk:

1 Inleiding en samenvatting

1.1 In deze zaak staat centraal de figuur van een afspraak tussen de schuldenaar en de schuldeiser volgens welke ook vorderingen op een andere aan de schuldeiser gelieerde (rechts)persoon met schulden van de schuldenaar, en eventueel ook met schulden van een andere (rechts)persoon, mogen worden verrekend (meerpartijenverrekening). De principiële vraag is aan de orde of een dergelijke afspraak ook in faillissement standhoudt. Volgens het arrest van het hof moet art. 53 Fw aldus worden uitgelegd, dat dit niet het geval is.

1.2 Mijns inziens slaagt de tegen het oordeel van het hof gericht rechtsklacht van het middel.

2 Feiten en procesverloop

2.1 In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan:¹

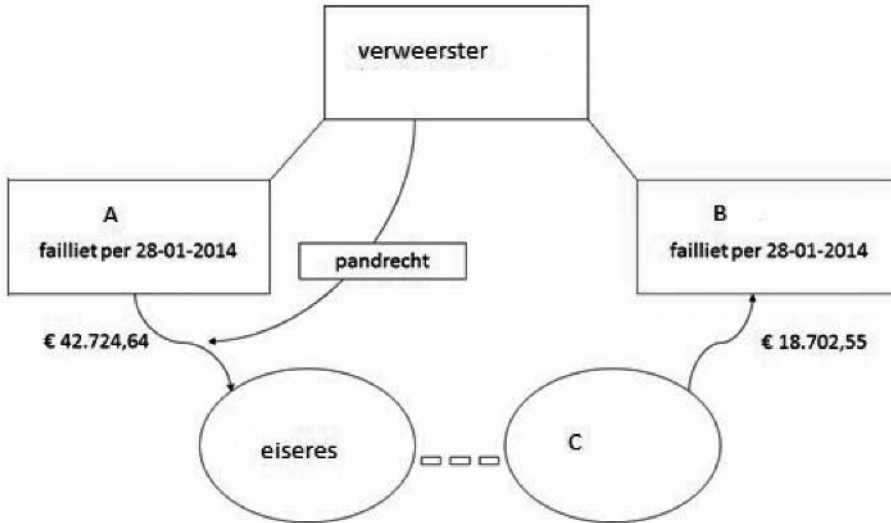
- (i) [verweerster] is een holdingmaatschappij; zij is de moedermaatschappij van [A] B.V. (hierna: [A]) en [B] B.V., handelend onder de naam [B] B.V. (hierna: [B]).
- (ii) [A] en [B] zijn op 28 januari 2014 in staat van faillissement verklaard.
- (iii) In de periode van medio 2012 tot aan het faillissement van voormelde vennootschappen heeft [A] producten en diensten geleverd aan [eiseres] en in verband daarmee facturen aan [eiseres] gezonden. [C] B.V. (hierna: [C]) heeft in de genoemde periode producten en diensten geleverd aan [B] en in verband daarmee facturen aan [B] gezonden.
- (iv) Ten tijde van het faillissement van [A] had deze vennootschap vorderingen op [eiseres] ten bedrage in totaal € 42.724,64.
- (v) [verweerster] is pandhoudster met betrekking tot deze vorderingen op [eiseres].
- (vi) [verweerster] heeft als pandhoudster [eiseres] aangesproken tot betaling van voormelde schuld van € 42.724,64.
- (vii) [eiseres] heeft op 31 maart 2014 in mindering op voormelde schuld een bedrag van € 24.022,09 aan [verweerster] betaald.
- (viii) Het restant van de schuld ad € 18.702,55 is door [eiseres] niet betaald omdat zij dit bedrag heeft

¹ Zie memorie van grieven, par. 5 e.v.

¹ Vergelijk het arrest van het hof van 23 januari 2018 onder 3.1.1-3.1.8.

verrekened met een factuur van [C], gericht aan [B] d.d. 23 januari 2014 ten bedrage van € 18.702,55.
 (ix) Deze feiten laten zich als volgt weergeven (toevoeging A-G): (zie figuur)

verweerd met de stelling dat zij gerechtigd was te verrekenen, gelet op de gemaakte afspraak tot kruislingse verrekening. Dit is een zelfstandig verweer waarvan de bewijslast ingevolge artikel 150 Rv bij haar berust.



2.2 [verweerster] heeft in eerste aanleg veroordeling van [eiseres] gevorderd tot betaling van € 18.702,55, met nevenvorderingen. [eiseres] heeft zich verweerd met een beroep op verrekening, waarbij zij stelde dat tussen haar en [A] en [B] de afspraak gold dat de facturen van [A] aan [eiseres] verrekened zouden worden met de facturen van [C] aan [B] en omgekeerd. Bij tussenvonnis 3 februari 2016 heeft de kantonrechter van de rechtbank Limburg aan [eiseres] het bewijs van de gestelde afspraak opgedragen. Bij eindvonnis van 28 september 2016, gedeeltelijk hersteld bij vonnis van 19 oktober 2016, heeft de kantonrechter geoordeeld dat [eiseres] niet is geslaagd in het haar opgedragen bewijs en is [eiseres] veroordeeld tot betaling van € 18.702,55, vermeerderd met onder meer wettelijke handelsrente.
 2.3 In hoger beroep heeft het gerechtshof 's-Hertogenbosch bij arrest van 23 januari 2018 de vonnissen waarvan beroep bekrachtigd. De dragende overwegingen van dit arrest luiden:

‘3.8 De grieven van [eiseres] houden in dat de kantonrechter in het eindvonnis van 28 september 2016 ten onrechte heeft geoordeeld dat [eiseres] de bewijslast draagt van de door [eiseres] gestelde kruislingse verrekenafpraak en eveneens ten onrechte heeft geoordeeld dat [eiseres] niet geslaagd is in het bijbrengen van genoegzaam bewijs voor het bestaan van de gestelde afspraak.

3.9 Naar het oordeel van het hof faalt de grief dat de kantonrechter heeft geoordeeld dat [eiseres] de bewijslast draagt van de door haar gestelde kruislingse verrekenafpraak. Immers: [eiseres] heeft zich tegen de vordering van [verweerster]

3.10 Een oordeel van het hof met betrekking tot de grief dat de kantonrechter ten onrechte zou hebben geoordeeld dat [eiseres] niet is geslaagd in het bijbrengen van genoegzaam bewijs voor het bestaan van de gestelde afspraak kan achterwege blijven gelet op het volgende.

[verweerster] heeft in eerste aanleg en in hoger beroep aangevoerd dat, zelfs in het geval een afspraak zou gelden zoals door [eiseres] is gesteld, de door [eiseres] op 31 maart 2014 toegepaste verrekening niet toelaatbaar was omdat [A] in staat van faillissement verkeerde en kruislingse verrekening zoals hier aan de orde niet toelaatbaar is in een faillissementsituatie, dit gelet op het bepaalde in artikel 53 Faillissementswet, welk artikel aan verrekening in een faillissementsituatie de eis stelt (onder meer) dat degene die zich op verrekening beroept zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefaillieerde is, aan welke eis in dit geval niet is voldaan. Immers: [eiseres] was wel schuldenaar van [A] maar geen schuldeiser van diezelfde vennootschap.

Naar het oordeel van het hof is deze stelling van [verweerster] juist; het hof verwijst in dit verband naar het arrest van de Hoge Raad d.d. 15 januari 1999, NJ 2000, 49, in welk arrest de Hoge Raad in een fiscale zaak – waarin aan de ontvanger in artikel 24 van de Invorderingswet 1990 in beginsel de bevoegdheid is gegeven tot kruislingse verrekening van (in dat geval) een belastingteruggave aan de moedermaatschappij met een belastingschuld van een dochtervennootschap – heeft geoordeeld dat na het faillissement van de moedermaatschappij kruislingse

verrekening niet meer mogelijk is, omdat het bepaalde in artikel 53 e.v. Faillissementswet niet buiten toepassing is verklaard en omdat het ten gunste van de fiscus als schuldenaar van de failliet verklaarde moedermaatschappij terzijde stellen van het in artikel 53 Faillissementswet neergelegde essentiële vereiste dat de schuldenaar tevens schuldeiser van de gefailleerde moet zijn om zich op verrekening te kunnen beroepen, ten koste zou gaan van de gerechtvaardigde belangen van de schuldeisers van de gefailleerde moedermaatschappij.

Naar het oordeel van het hof is deze uitspraak van de Hoge Raad van overeenkomstige toepassing op een contractuele bevoegdheid tot kruislingse verrekening zoals deze door [eiseres] in de onderhavige zaak is gesteld.

3.11 De conclusie is dat [eiseres] geen beroep op verrekening toekomt en dat de kantonrechter de door [verweerster] gevorderde hoofdsom terecht heeft toegewezen.

De grieven van [verweerster] behoeven geen verdere bespreking. (...)

2.4 [eiseres] heeft tijdig cassatieberoep ingesteld. [verweerster] heeft verweer gevoerd. Beide partijen hebben hun standpunt schriftelijk doen toelichten, waarna nog is gerepliceerd en gedupliceerd.

3 Bespreking van het cassatiemiddel

3.1 Het cassatiemiddel bestaat uit twee onderdelen, waarvan het tweede echter niet meer dan een voortbouwklacht bevat.

3.2 *Onderdeel 1* bestaat uit twee subonderdelen, die zich beide richten tegen rechtsoverweging 3.10 van het arrest van het hof (onder 2.3 geciteerd).

3.3 Volgens de rechtsklacht van *subonderdeel 1.1* is art. 53 Fw van regelen recht en kunnen partijen de bevoegdheid tot verrekening contractueel beperken, uitsluiten of uitbreiden. Anders dan het hof heeft aangenomen, kan een meerpartijenverrekeningsafpraak het wederkerigheidsvereiste van art. 53 Fw dus terzijde stellen.

3.4 Voordat ik deze klacht bespreek, merk ik op dat het cassatiemiddel, evenals het hof in zijn arrest, geen (kenbare) aandacht besteedt aan de omstandigheid dat tegenover [eiseres], als de partij die zich op verrekening beroept, niet de boedel staat, maar [verweerster] als pandhouder. Het middel stelt uitsluitend de vraag aan de orde of een meerpartijenverrekeningsafpraak (ook wel aangeduid als een afspraak tot 'kruislingse verrekening' of 'concernverrekening') faillissementsbestendig is of niet, en niet of ook een pandhouder — die zijn recht uitoefent alsof er geen faillissement was (art. 57 lid 1 Fw) — profiteert van de eventuele ontkennde beantwoording van die vraag. Nemen we dit laatste aan, dan is daarvan het gevolg dat deze pandhouder in faillissement op meer aanspraak zou kunnen maken dan buiten faillissement. Een rechtvaardiging daarvoor springt mij niet meteen in het oog.

Maar zoals gezegd, het middel besteedt aan de bijzonderheid dat [verweerster] pandhouder is, geen aandacht. Daarom staat in dit cassatieberoep uitsluitend ter beoordeling of een meerpartijenverrekeningsafpraak faillissementsbestendig is, of dat art. 53 Fw zo moet worden uitgelegd dat na het faillissement verrekening alleen nog mogelijk is als aan het wettelijke wederkerigheidsvereiste voldaan is.

3.5 Volgens art. 6:127 lid 2 BW is voor verrekening vereist dat partijen over en weer elkaars schuldenaar en schuldeiser zijn. Er bestaat geen twijfel over dat de bepaling van art. 6:127 BW van regelen recht is. Bedingen waarbij de bevoegdheid tot verrekening wordt uitgebreid, komen in de praktijk veelvuldig voor. Een uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid kan in ieder geval buiten faillissement aan derden worden tegengeworpen. Voor de beslaglegger volgt dit uit de wetsgeschiedenis van art. 475h Rv. De Memorie van Toelichting op die bepaling (destijds met het nummer 475b) zegt:²

'In hoeverre de derde ondanks het beslag bevoegd blijft tot verrekening wordt geregeld in artikel 6.1.10.7 lid 2 Nieuw B.W. [thans art. 6:130 lid 2 BW], waaruit blijkt dat een zodanige bevoegdheid in beginsel in stand blijft. Waar deze bepaling van regelen recht is, kan overigens een ruimere of meer beperkte bevoegdheid van de derde tot verrekening overeengekomen zijn. Is dat vóór het beslag geschied, dan is de beslaglegger aan deze overeenkomst gebonden.³

Mijns inziens spreekt dit eigenlijk vanzelf omdat de beslaglegger het recht van de schuldeiser uitoefent en dus alle verweermiddelen die de schuldenaar tegen de schuldeiser kon inroepen, tegen zich moet laten gelden.⁴ Voor een pandhouder geldt iets vergelijkbaars: weliswaar oefent hij een eigen recht uit, maar dat recht ontleent hij aan de vestiging van het pandrecht door de schuldeiser en daarbij geldt uiteraard de *nemo plus*-regel. Wat geldt echter in faillissement? Wordt in faillissement alles anders? Of kan een contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid ook in faillissement worden ingeroepen?

2 Parl. Gesch. Wijziging Rv. en andere wetten (Inv. 3, 5 en 6), p. 164.

3 Met een beroep op deze passage besliste HR 20 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4739, NJ 1984/512 m.nt. W.C.L. van der Grinten, reeds voor het oude recht in dezelfde zin.

4 Waarvoor dus niet eens de verweermiddelenregel van art. 6:145 BW in stelling behoeft te worden gebracht. Voor een cessionaris geldt hetzelfde, nu wel op grond van de verweermiddelenregel. Vergelijk voor het oude recht HR 10 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1661, NJ 1996/299 m.nt. H.J. Snijders, onder 3.3.

De literatuur en rechtspraak zijn niet eenstemmig. Uw Raad heeft de vraag niet beslist.⁵

3.6 Mijns inziens is er alles voor te zeggen dat het faillissement in beginsel⁶ niets aan de werking van een voordien tussen schuldenaar en schuldeiser overeengekomen uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid verandert.⁷

3.7 Voor deze continuïteit pleit in de eerste plaats wat ik al vermeldde, namelijk dat die uitbreiding tegen beslagleggers kan worden ingeroepen. Faillissement is een gerechtelijk beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldenaren.⁸ Er bestaat geen goede reden waarom het faillissementsbeslag een contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid zou doorbreken, terwijl een individueel beslag dit niet doet. Tot het vermogen waarop het faillissementsbeslag rust, behoort de vordering die in verband met de contractuele voorbereiding van de verrekeningsbevoegdheid aan een beperking onderworpen is. Het aan die vordering verbonden vorderingsrecht – mét de daaraan inherente beperking – oefent de curator ten behoeve van het collectief van de schuldeisers uit. Dat een contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid aldus ook na het faillissement blijft bestaan, is niet werkelijk iets bijzonders. Uitgangspunt van ons faillissementsrecht is dat de faillietverklaring 'uit haren aard (...) op bestaande wederkeerige overeenkomsten niet den minste invloed uit[oefent]; de verbintenissen van den gefailleerde en diens mede-contractant worden er niet door gewijzigd'.⁹ Niet alleen dus ten aanzien van een bevoegdheid tot verrekening bestaat er continuïteit voor en na het faillissement; die continuïteit is er ook wat betreft andere bevoegdheden, zoals bijvoorbeeld opschortingsrechten.¹⁰ Dit leidt tot vormen van feitelijke preferentie – zodat men niet zonder grond spreekt van uitzonderingen op het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers – maar zulke feitelijke preferenties behoren nu eenmaal tot de erkende kenmerken van ons stelsel van faillissementsrecht.

5 Ook niet in HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:428, NJ 2019/211 m.nt. Jac. Hijma (Aan de Amstel). Weliswaar ging het cassatiemiddel in die zaak uit van de opvatting dat een contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid faillissementsbestendig is (zie de weergave van onderdeel 3.1 van het middel in rechtsoverweging 3.5.1), maar uw Raad laat de juistheid van die opvatting in het midden (zie rechtsoverweging 3.5.2), en kon dit ook in het midden laten omdat de verrekening reeds vóór het faillissement was ingeroepen. Vergelijk de conclusie van de A-G (ECLI:NL:PHR:2018:21) onder 2.28 met het arrest onder 3.1 (viii).

6 'In beginsel', want behoudens de mogelijkheid van een beroep op de (faillissements)paulliana.

7 Uiteraard bindt een contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid die ná de faillietverklaring is overeengekomen, de boedel niet. In die zin HR 31 mei 1966, ECLI:NL:PHR:1963:AB6524, NJ 1966/340. Vergelijk art. 23 Fw.

8 Van der Feltz I, p. 339.

9 Van der Feltz I, p. 409.

10 Vergelijk HR 20 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4169, NJ 1981/640 m.nt. C.J.H. Brunner (*Veluwe Nutsbedrijven/mr. Blokland q.q.*).

3.8 Dat het faillissement in beginsel niets aan de werking van een voordien tussen schuldenaar en schuldeiser overeengekomen uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid verandert, past behalve bij de aard van het faillissementsbeslag, in de tweede plaats ook bij de zekerheidsfunctie van verrekening, zoals die juist zich in geval van faillissement laat gelden.¹¹ Het faillissementsrecht erkent die zekerheidsfunctie ruimhartig en breidt in verband daarmee de verrekeningsbevoegdheid van de schuldenaar juist welbewust in art. 53 Fw uit. Ik citeer opnieuw de Memorie van Toelichting¹² in een passage die bijzonder ziet op de schuldeiser die tegenover zijn vordering op de boedel een voorwaardelijke schuld aan de boedel heeft, maar intussen een alom erkende algemenere strekking heeft:¹³

'De uitbreiding dus aan het compensatierecht gegeven, steunt op de overweging, dat de billijkheid medebrengt, dat iedere schuldeischer van den boedel, dus ook de voorwaardelijke, zijn schuld aan den boedel, ook al is zij voorwaardelijk, als een onderpand mag beschouwen voor de richtige betaling zijner vordering; de schuldvergelijking is het middel, dat hem wordt gegeven, om zijne vordering op dit onderpand te verhalen.'

Ik merk op dat verrekening als onderpand, dus als *feitelijk* 'zekerheidsrecht', bij uitstek een recht is van ook de 'kleine man'. Anders dan voor bijvoorbeeld een stil pandrecht, zijn er geen formaliteiten nodig om het recht te vestigen; men hoeft dus niet een jurist te raadplegen om het te kunnen verkrijgen. De schuldeiser vertrouwt er eenvoudig op – en als het faillissement van zijn wederpartij zich aandient, wordt hij in dat vertrouwen beschermd. Welnu, ook op zijn bij partijafpraak ten opzichte van art. 6:127 BW uitgebreide verrekeningsbevoegdheid, vertrouwt de schuldeiser. Nemen wij aan dat die uitbreiding in faillissement geen standhoudt, dan beschamen wij dat vertrouwen.

3.9 Deze twee, zojuist uiteengezette, argumenten voor continuïteit van een contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid in faillissement, zijn met beperkte variaties te vinden bij een flinke groep auteurs die met mij die continuïteit

11 Vergelijk: *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/221 en 242; B.A. Schuijling, *Verrekening*, Mon. BW B40, 2019/1 en 36 e.v. Buiten faillissement wordt aan de zekerheidsfunctie van verrekening belangrijk afbreuk gedaan door onder meer de regel van art. 6:136 BW.

12 Van der Feltz I, p. 462.

13 Vergelijk *Wessels Insolventierecht III* 2013/3370 en de daar vermelde schrijvers.

aanvaardt.¹⁴ Ook diverse rechterlijke uitspraken luiden in deze zin.¹⁵ Ik zei echter al, literatuur en rechtspraak zijn niet eenstemmig.

3.10 De tegengestelde opvatting, volgens welke een contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid in faillissement geen stand houdt, leest in art. 53 Fw behalve een uitbreiding van de wettelijke verrekeningsbevoegdheid ten opzichte van art. 6:127 BW ook een ban op contractuele verrekeningsafspraken buiten de in art. 53 Fw omschreven grenzen. In deze opvatting bevat art. 53 Fw dus dwingend recht.¹⁶ Mijns inziens is onmiskenbaar juist dat art. 53 Fw in ieder geval deels dwingend recht bevat. Van de regel dat alleen verrekening mogelijk is indien schuld en vordering vóór de faillietverklaring zijn ontstaan of voortvloeien uit handelingen die vóór de faillietverklaring met de gefailleerde zijn verricht (art. 53 lid 1 Fw), kan niet worden afgeweken. Die regel vloeit voort uit het fixatiebeginsel. Daarvan moeten partijen niet ten koste van de boedel naar believen kunnen afwijken. Voor het overige zie ik geen aanwijzingen dat de regeling van art. 53 Fw als dwingend recht behoort te worden opgevat. Blijkens de Memorie van Toelichting bedoelde de wetgever art. 53 Fw vooral als een *uitbreiding* ten opzichte van wat vóór faillissement geldt, en niet zozeer als een beperking. Art. 53 lid 1 Fw begint weliswaar met een aanduiding van het wederkerigheidsvereiste ('Hij die zo-

wel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is...'), maar dit kan men eenvoudig opvatten als een aanduiding van wat geldt ingeval partijen geen afspraken in andere zin hebben gemaakt.

3.11 Wessels¹⁷ schrijft dat overeengekomen concernverrekening met de ratio van art. 53 Fw strijdt en stelt de retorische vraag: 'mocht deze schuldeiser nu werkelijk verwachten dat zijn schuld aan de boedel als onderpand voor de richtige betaling van al deze vorderingen (op derden, zij het met de debiteur gelieerde rechtspersonen) zou dienen?' Wessels lijkt er zich geen rekening van te geven dat de door hem gehekelde verwachting van de schuldeiser vóór faillissement wel opgaat (vergelijk wat hiervoor over onder meer beslagleggers is gezegd). Hij legt ook niet uit waarom faillissement het verschild zou maken en ertoe behoort te leiden dat het ten behoeve van de boedel te gelde te maken vermogen van de schuldenaar wordt vergroot, in die zin dat een vordering die eerder krachtens de verrekeningsafpraak aan een beperking was onderworpen, dat na de faillietverklaring niet langer is.

3.12 Ik merk nog op dat Wessels¹⁸ verwijst voor 'alternatieven' naar Wibier.¹⁹ Die alternatieven zijn *cash pool* arrangementen, dat wil zeggen afspraken, zoals in de financieringspraktijk reeds gebruikelijk, waarbij hoofdelijkheid aan de zijde van de schuldenaren en/of de schuldeisers wordt bedongen. Zo'n *cash pool* werkt volgens Wessels dus kennelijk wel. Dit laat zien dat de opvatting van Wessels langs formele lijnen verloopt: beslissend is of tegenover de schuld aan de boedel een vordering op een derde staat of niet. Door hoofdelijkheid te bedingen is deze horde voor de goed geïnformeerde schuldeiser eenvoudig te nemen: wie we anders derde zouden noemen, noemen we nu hoofdelijk schuldenaar/schuldeiser. De schuldeiser die aldus goed voor zichzelf heeft gezorgd, mag ook volgens Wessels wél verwachten dat zijn schuld aan de boedel als onderpand voor richtige betaling dient. Mij spreekt deze beperking van het te beschermen vertrouwen tot schuldeisers die het juridische spel beheersen, niet aan.

3.13 Rank²⁰ beroept zich voor zijn opvatting dat bedingen die variëren op de wettelijke vereisten voor verrekening binnen de grenzen van onder meer²¹ art. 53 Fw moeten blijven, op het arrest van uw Raad in de zaak *Wildenink q.q./Ontvanger*,²² dus net als het hof in de onderhavige zaak doet. Die zaak betrof de vraag of de Ontvanger een belastingterug-gave aan de moedermaatschappij met toepassing van art. 24 lid 2 Invoeringswet 1990 (oud) mocht

14 N.E.D. Faber, *Verrekening*, diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer 2005 (O&R nr. 33), nr. 479; dezelfde, annotatie *JOR* 2018/134 (betreft de in dit cassatieberoep aangevallen uitspraak) onder 4; A.J. Tekstra, *Verrekening door de fiscus*, Deventer: Kluwer 2011 (O&R nr. 62), p. 62; M.H.E. Rongen, annotatie *JOR* 2018/170; G.J.J. Bergervoet, 'Enkele aspecten van cash pooling bij (naderende) insolventie', in: *De curator en het concern* (Insolad Jaarboek 2017), p. 261-265; G.G. Boeve, annotatie *JIN* 2017/199, onder 6; J.J. van Hees & A. Ourhis, 'Kroniek van het insolventierecht', *NJB* 2018/746, p. 1078; B.A. Schuijling, *Verrekening*, *Mon. BW* B40, 2019/63. Voorzichtig: R.M. Wibier, 'A.J. Tekstra, "Verrekening door de fiscus"', *RM Themis* 2012/5, p. 246, die zegt dat hij geneigd is het met de door hem besproken opvatting van Tekstra eens te zijn, maar tegelijk vermeldt dat de financieringspraktijk voorzichtig is en rekening houdt met de mogelijkheid dat de Hoge Raad wederzijds schuldenaarschap wel als een essentiële voorwaarde voor verrekening zal zien. Intussen staat Wibier wel degelijk op hetzelfde standpunt. Zie zijn proefschrift: R.M. Wibier, *Alternatieven voor zekerheid op bankrekeningen*, diss. Tilburg, Deventer: Kluwer 2007, p. 56-57.

15 Zie in het bijzonder het mijns inziens voorbeeldige vonnis van Rb. Breda 3 november 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BO2769, *JOR* 2011/30. De bedoelde continuïteit wordt eveneens zonder meer aanvaard in: Rb. Zwolle-Lelystad 26 juni 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:BB762, *JOR* 2008/55. Vergelijk nog, met diverse nuances: Rb. Maastricht 21 december 2005, ECLI:NL:RBMAA:2005:AU9596; Rb. Den Haag 26 mei 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM8594, *JOR* 2010/206.

16 In die zin: Wessels *Insolventierecht III* 2013/3389; B. Wessels, 'Verrekening na faillissement', *NTHR* 2015, p. 239 (vrijwel woordelijk gelijklopend aan het genoemde handboek van de auteur); V.A.K. Rank, *T&C BV*, commentaar op art. 6:127 BW, aant. 3. Rechtspraak in deze zin: Rb. Rotterdam 26 maart 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BC9717, *JOR* 2010/202 m.nt. N.E.D. Faber; Rb. Amsterdam 25 januari 2006, *JOR* 2006/220, met betrekking tot de aan art. 53 lid 1 Fw parallelle bepaling van art. 234 lid 1 Fw; Hof Den Haag 21 december 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AZ5058.

17 T.a.p.

18 Nog steeds t.a.p.

19 Zie R.M. Wibier, *De kredietcrisis en privaatrecht* (oratie Tilburg), Tilburg: 2010, p. 18 e.v.

20 T.a.p.

21 Rank noemt ook art. 54 Fw. Met betrekking tot die bepaling, die misbruik van de verrekeningsbevoegdheid moet tegengaan, bestaat er geen discussie: ze bevat dwingend recht.

22 HR 15 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2820, *NJ* 2000/49, m.nt. J.W. Zwemmer (*Wildenink q.q./Ontvanger*).

verrekenen met een belastingschuld van de dochtervennootschap. Het arrest van uw Raad beantwoordde de vraag ontkenkend, en sprak daarbij van 'het in art. 53 Fw neergelegde, essentiële vereiste dat de schuldenaar tevens schuldeiser van de gefailleerde moet zijn om zich op verrekening te kunnen beroepen'; uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid van de Ontvanger ten opzichte van art. 53 Fw, zou ten koste zou gaan van de gerechtvaardigde belangen van de schuldeisers van de gefailleerde moedermaatschappij.

3.14 Mijns inziens is de vergelijking met het arrest *Wilderink q.q./Ontvanger* niet overtuigend. Het arrest betrof niet een contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid, maar de omgrenzing van de wettelijke verrekeningsbevoegdheid van de Ontvanger. Dat die bevoegdheid binnen de grenzen van art. 53 Fw diende te blijven, waar niet bleek dat de wetgever dit anders had gewild,²³ spreekt min of meer vanzelf. Dat in *dit* verband het wederkerigheidsvereiste door uw Raad 'essentieel' is genoemd, is mijns inziens nog geen reden om het van dwingend recht te beschouwen. Hoe dan ook zijn de hiervoor onder 3.7 e.v. besproken argumenten in tegengestelde zin mijns inziens van veel meer gewicht.

3.15 Terzijde nog: inmiddels is art. 24 Invorderingswet 1990 aldus aangepast dat verrekening van vorderingen en schulden van verschillende belastingschuldigen binnen dezelfde fiscale eenheid voor de Ontvanger steeds ten volle mogelijk is. Zie het huidige eerste lid. Als ik bepleit dat gewone schuldeisers kruislings mogen verrekenen indien zij dat voorafgaand aan het faillissement met de schuldenaar zijn overeengekomen, ken ik hen naar huidig recht dus geen bevoegdheid toe die aan de Ontvanger niet ook zonder een zodanige overeenkomst toekomt.

3.16 Het voorgaande komt erop neer dat de argumenten voor de opvatting dat het faillissement in beginsel niets aan de werking van een voordien tussen schuldenaar en schuldeiser overeengekomen uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid verandert, sterk zijn en ook door de meeste auteurs worden aanvaard. De argumenten voor de tegengestelde opvatting komen mij aanzienlijk minder overtuigend voor. Subonderdeel 1.1 treft doel.

3.17 *Subonderdeel 1.2* voegt maar beperkt wat toe.

3.18 Het subonderdeel bevat in de eerste plaats een betoog volgens welke het beroep dat het hof op *Wilderink q.q./Ontvanger* doet, onjuist is, dan wel 's hofs arrest in zoverre onvoldoende gemotiveerd. Deze klachten missen zelfstandige betekenis ten opzichte van de klacht van het eerste subonderdeel.

3.19 *Subonderdeel 1.2* voert in de tweede plaats aan dat de verwijzing door het hof naar het arrest *Wilderink q.q./Ontvanger* het karakter draagt van een ontoelaatbare verrassingsbeslissing, omdat door geen van partijen op dat arrest een beroep was ge-

daan. Die klacht gaat uiteraard niet op. Indien de rechtsopvatting waarvan de rechter in zijn uitspraak is uitgegaan (zoals we in dit verband moeten veronderstellen:) juist is, wordt die opvatting niet alsnog onjuist op de grond dat het volgens de rechter beslissende argument door partijen niet onder ogen was gezien. De rolverdeling in het burgerlijk proces is integendeel zo dat de rechter steeds aan de juiste rechtsopvatting gebonden blijft, ongeacht het standpunt dat partijen innemen (vergelijk art. 25 Rv).²⁴

3.20 *Onderdeel 2* bevat enkel een voortbouwklacht, die geen bespreking behoeft.

4 Conclusie

Ik concludeer tot vernietiging en verwijzing.

Hoge Raad:

1 Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. de vonnissen in de zaak 4604498(CV EXPL 15-11812 van de kantonrechter te Roermond van 3 februari 2016, 28 september 2016 en 19 oktober 2016;
- b. het arrest in de zaak 200.205.561/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 23 januari 2018. [eiseres] heeft tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld. [verweerster] heeft een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal W.L. Valk strekt tot vernietiging en verwijzing.

De advocaat van [verweerster] heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2 Uitgangspunten en feiten

2.1 In deze zaak staat centraal de vraag of een contractueel beding in strijd komt met art. 53 Fw voor zover het inhoudt dat de wederpartij van de latere failliet zijn schuld kan verrekenen met een vordering die een andere partij heeft op een ander dan de latere failliet.

2.2 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [verweerster] is een holdingmaatschappij. Zij is de moedermaatschappij van [A] B.V. (hierna: [A]) en [B] B.V., handelend onder de naam [B] B.V. (hierna: [B]).

(ii) [A] en [B] zijn op 28 januari 2014 in staat van faillissement verklaard.

(iii) In de periode van medio 2012 tot aan het faillissement van voormelde vennootschappen heeft [A] producten en diensten geleverd aan [eiseres] en in verband daarmee facturen aan [eiseres] gezonden. [C] B.V. (hierna: [C]) heeft in de genoem-

²⁴ Iets anders is dat andere regels van procesrecht kunnen verhinderen dat de rechter aan de juiste rechtsopvatting de volle consequenties verbindt. Te denken is onder meer aan het verbod van aanvullen van feitelijke gronden (art. 24 Rv) en het grievensstelsel in hoger beroep.

²³ Vergelijk het arrest *Wilderink q.q./Ontvanger* onder 3.4 en 3.5.

de periode producten en diensten geleverd aan [B] en in verband daarmee facturen aan [B] gezonden.

(iv) Ten tijde van haar faillissement had [A] vorderingen op [eiseres] die in totaal een bedrag beliepen van € 42.724,64.

(v) Deze vorderingen waren door [A] aan [verweerster] verpand.

(vi) [verweerster] heeft als pandhoudster [eiseres] aangesproken tot betaling van de hiervoor onder (iv) genoemde schuld van € 42.724,64.

(vii) [eiseres] heeft op 31 maart 2014 in mindering op die schuld een bedrag van € 24.022,09 aan [verweerster] betaald.

(viii) Het restant van de schuld met een beloop van € 18.702,55 is door [eiseres] niet betaald omdat zij dit bedrag heeft verrekend met een factuur van [C], gericht aan [B] van 23 januari 2014 ten bedrage van € 18.702,55.

2.3 [verweerster] vordert in deze procedure veroordeling van [eiseres] tot betaling van € 18.702,55. [eiseres] verweert zich daartegen. Zij beroept zich op een afspraak tussen haar en [A] en [B] op grond waarvan aan [eiseres] gerichte facturen van [A] verrekend kunnen worden met facturen van [C] aan [B] en omgekeerd.

2.4 De kantonrechter heeft geoordeeld dat [eiseres] niet erin is geslaagd het bestaan van de verrekeningsafpraak te bewijzen en heeft bij eindvonnis, zoals nadien verbeterd bij herstelvonnis, [eiseres] veroordeeld € 18.702,55 aan [verweerster] te betalen.

2.5 Het hof heeft de vonnissen van de kantonrechter bekrachtigd. Het heeft daaraan het volgende ten grondslag gelegd. Het arrest van de Hoge Raad van 15 januari 1999¹ is van overeenkomstige toepassing op een contractuele bevoegdheid tot 'kruislingse verrekening' zoals door [eiseres] gesteld. Art. 53 Fw stelt als essentieel vereiste voor een beroep op verrekening dat de schuldenaar tevens schuldeiser van de gefailleerde is. Dat staat er dus aan in de weg dat [eiseres] zich op dit beding kan beroepen, zodat in het midden kan worden gelaten of de verrekeningsafpraak bestaat. (rov. 3.10)

3 *Beoordeling van het middel*

3.1 De onderdelen 1.1 en 1.2 van het middel zijn gericht tegen rov. 3.10 en klagen onder meer dat het hof ten onrechte het arrest van de Hoge Raad van 15 januari 1999 van overeenkomstige toepassing heeft geoordeeld. Het hof heeft aldus miskend dat art. 53 Fw van regelend recht is en niet uitsluit dat partijen de bevoegdheid tot verrekening contractueel kunnen beperken, uitsluiten of uitbreiden. Dit geldt ook voor het vereiste dat de partij die zich op verrekening beroept en de gefailleerde over en weer elkaars schuldenaar en schuldeiser zijn (het wederkerigheidsvereiste).

Onderdeel 2 bouwt voort op deze klachten.

3.2 Art. 53 lid 1 Fw bepaalt 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 vóór de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen, vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht. Deze bepaling heeft tot doel dat een schuldeiser van de gefailleerde die tevens schuldenaar is van de gefailleerde, zeker kan zijn van voldoening van zijn vordering door zijn schuld in verrekening te brengen.²

Buiten faillissement kunnen partijen de in art. 6:127 BW geregelde verrekeningsbevoegdheid rechtsgeldig uitbreiden door overeen te komen dat verrekening kan plaatsvinden ook indien zij niet over en weer elkaars schuldeiser en schuldenaar zijn. Er bestaat geen grond om aan een dergelijke overeenkomst haar werking te ontnemen indien een van hen later in staat van faillissement wordt verklaard. Zodanige overeenkomst past bij de zekerheidsfunctie van verrekening en strookt daarom met het zojuist vermelde doel van art. 53 Fw. Het wederkerigheidsvereiste in art. 53 Fw kan daarom niet worden aangemerkt als dwingend recht.

Art. 53 Fw staat dan ook niet eraan in de weg dat de wederpartij van de partij die in staat van faillissement is verklaard, een beroep doet op een voor de datum van de faillietverklaring tussen hen overeengekomen beding waarbij de bevoegdheid tot verrekening van vorderingen en schulden die voor de datum van de faillietverklaring zijn ontstaan of die voortvloeien uit rechtsverhoudingen die op die datum reeds bestonden, ten behoeve van die wederpartij contractueel is uitgebreid. Die contractuele uitbreiding kan inhouden dat de wederpartij bevoegd is haar schuld te verrekenen met een vordering die een andere partij heeft op een ander dan de failliet.

Het hiervoor in 2.5 genoemde arrest van de Hoge Raad van 15 januari 1999 betreft een geval waarin een beroep op verrekening plaatsvond zonder dat de bevoegdheid daartoe beruiste op de wet of een overeenkomst en is dus niet van toepassing op het onderhavige geval.

3.3 Opmerking verdient dat niet kan worden afgeweken van de regel dat alleen verrekening mogelijk is indien schuld en vordering voor de faillietverklaring zijn ontstaan of voortvloeien uit handelingen die voor de faillietverklaring met de gefailleerde zijn verricht (art. 53 lid 1 Fw). Die regel vloeit voort uit het fixatiebeginsel.

3.4 Uit het voorgaande volgt dat de hiervoor in 3.1 vermelde klachten in zoverre slagen.

3.5 De overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

¹ ECLI:NL:HR:1999:ZC2820 (NJ 2000/49, m.nt. J.W. Zwemmer; red.).

² Vgl. Memorie van Toelichting, Van der Feltz I, p. 461. Zie tevens de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.8.

4 *Beslissing*

De Hoge Raad:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 23 januari 2018;
- verwijst het geding naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt [verweerster] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiseres] begroot op € 2.717,18 aan verschotten en € 2.600 voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [verweerster] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

Noot

1. In het insolventierecht staat de partijautonomie vaak tegenover de paritas. Het eerste wint meestal, voor zover die partijautonomie vóór de dag van faillietverklaring is uitgeoefend. Zo ook hier, bij de vraag of een contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid standhoudt in faillissement.

2. A wordt op 28 januari 2014 in staat van faillissement verklaard. Zij heeft op dat moment een bedrag van € 42.724,64 te vorderen van eiseres tot cassatie X, ter zake van geleverde producten en diensten. Op de vordering van A rust een pandrecht ten behoeve van haar moedermaatschappij Y, de verweerster in cassatie. Y spreekt X aan tot betaling en op 31 maart 2014 betaalt X € 24.022,09. Ter zake van het restant doet X een beroep op verrekening met een vordering van C op B, een andere dochtermaatschappij van Y. X doet daartoe een beroep op een afspraak met A en B dat facturen aan haar kruislings konden worden verrekend met facturen van C aan B en omgekeerd.

Die afspraak wordt door Y betwist en komt volgens de kantonrechter niet vast te staan, zodat X wordt veroordeeld tot betaling van het restant. Het hof laat het bestaan van die afspraak in het midden, omdat X' beroep op verrekening al afstuit op art. 53 Fw, dat als eis voor verrekening stelt dat de zich op verrekening beroepende schuldeiser ook schuldenaar is van de gefailleerde ('Hij die zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is').

Dit oordeel wordt in cassatie aangevallen, met succes.

3. De Hoge Raad maakt er kort werk van. Het doel van art. 53 Fw is de schuldeiser die ook schuldenaar van de gefailleerde is, zekerheid te bieden dat hij zijn vordering voldaan zal kunnen krijgen door zijn schuld in verrekening te brengen. De verrekeningsbevoegdheid kan volgens de gemeenschappelijke regeling van art. 6:127 BW worden uitgebreid – het is regeland recht – en er is geen reden om daaraan de werking te ontnemen indien een der partijen faillieert. Zo'n uitbreiding – de Hoge Raad doet er nog een schepje bovenop – strookt juist met het doel van art. 53 Fw.

Het andersluidende oordeel van het hof was gebaseerd op HR 15 januari 1999, *NJ* 2000/49, m.nt. J.W. Zwemmer (*Wildering q.q./Ontvanger*), waar werd beslist dat het toenmalige art. 24 lid 2 Invorderingswet (over verrekening in geval van een fiscale eenheid) het wederkerigheidsvereiste van art. 53 Fw niet opzijzette. Aan het slot van r.o. 3.2 overweegt de Hoge Raad laconiek dat dat arrest in casu niet van toepassing is omdat de verrekening daar plaatsvond zonder een op de wet of een overeenkomst berustende bevoegdheid.

Dat gaat wat snel, want de conclusie dat het beoelde art. 24 geen bevoegdheid tot verrekening gaf, was onder meer gebaseerd op het als essentieel aangemerkte wederkerigheidsvereiste; het terzijdestellen ervan zou 'ten koste [...] gaan van de gerechtvaardigde belangen van de schuldeisers'. Zo vreemd was het dus niet dat het hof er gewicht aan toekende. Feit blijft dat de omstandigheid dat een bepaalde wettelijke bepaling de verrekeningsbevoegdheid niet uitbreidt, nog niet betekent dat een overeenkomst dat niet vermag.

Duidelijkheidshalve voegt de Hoge Raad er in r.o. 3.3 aan toe dat niet contractueel kan worden afgeweken van de eis dat schuld en vordering dienen te zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeiën uit voordien met de gefailleerde verrichte handelingen. Die regel vloeit voort uit het fixatiebeginsel.

4. De beslissing strookt met het uitgangspunt dat rechtshandelingen die de schuldenaar vóór de dag van de faillietverklaring heeft verricht, in het faillissement worden gerespecteerd; toegespitst op overeenkomsten: het beginsel van de continuïteit van het contract. Zij is ook in overeenstemming met wat ik als de heersende leer beschouwde, al laat A-G Valk in zijn rijke conclusie zien dat er in de doctrine toch behoorlijk wat tegengas wordt gegeven. Die conclusie wordt door de Hoge Raad gevolgd, ook wat betreft het beroep op de zekerheidsfunctie van de verrekening.

5. Er is dus het nodige voor de beslissing van de Hoge Raad te zeggen. Maar toch: het is allemaal wat veel. Vorderingen op derden worden aan de boedel onttrokken, het voordeel komt ten goede aan de ene zich op verrekening beroepende schuldeiser, die niet alleen van zijn eigen schuld wordt bevrijd maar er ook van kan profiteren dat de desbetreffende derden – veelal gelieerde partijen – hun schuld niet hoeven te voldoen. De rekening is voor de gezamenlijke schuldeisers.

De zekerheidsfunctie van het instituut verrekening wordt aldus zwaar aangezet, of zelfs: overgevaardeerd. Die zekerheidsfunctie is secundair aan – een toepassing van – de billijkheid, die in het geding is indien een schuldenaar zijn schuld aan de gefailleerde volledig zou moeten voldoen, maar niets of slechts een gering percentage op zijn eigen vordering op de schuldenaar voldaan zou krijgen. Vandaar dat 'de billijkheid medebrengt, dat ieder schuldeiser van den boedel, [...] zijn schuld aan den boedel, [...] als een onderpand mag beschouwen voor de richtige betaling zijner vordering: de

schuldvergelijking is het middel, dat hem wordt gegeven, om zijne vordering op dit onderpand te verhalen' (MvT, Bijlagen *Handelingen II* 1890/91, 100, 3, p. 42). Die billijkheid gebiedt geenszins dat die schuldenaar vorderingen van de gefailleerde op derden als onderpand mag beschouwen. Vandaar de retorische vraag in *Wessels Insolventierecht III* 2019/3389: "mocht deze schuldeiser nu werkelijk verwachten dat zijn schuld aan de boedel als onderpand voor de richtige betaling van al deze vorderingen [...] zou dienen?".

6. Art. 53 Fw is geïnspireerd op het Duitse recht, dat in het toenmalige § 47 (later: § 54) *Konkursordnung* hetzelfde bepaalde. Zie MvT, t.a.p. In Duitsland werd evenwel slechts de wettelijke verrekening toegestaan; een 'Konzernverrechnungsklausel' werd in faillissement doorkruist. Zie BGH NJW 1981, 2257, alsmede MüKInsO/Lohmann/Reichelt InsO § 94 Rn. 65 en Uhlenbruck/Sinz InsO § 94 Rn. 9. In het huidige § 94 *Insolvenzordnung* is dit verruimd: verrekening is mogelijk 'kraft Gesetzes oder auf Grund einer Vereinbarung', maar niettemin wijst het *Bundesgerichtshof* ook onder het huidige regime een uitbreiding als de onderwerpelijke van de hand. Zo'n verrekening "steht auch mit einem wesentlichen Grundanliegen der Insolvenzordnung nicht in Einklang. Denn die damit einhergehende erhebliche Ausweitung der Aufrechnungsmöglichkeiten führt zu einer Schmälerung der Insolvenzmasse und widerspricht damit dem erklärten Ziel der Insolvenzordnung, die Masse im Interesse einer Gläubigergleichbehandlung zusammenzuhalten" (BGH NJW 2004, 3185).

Het *Bundesgerichtshof* vindt dus ook hier het fixatiebeginsel in het geding en niet, zoals de Hoge Raad, slechts bij de vraag of (de rechtsverhouding voor) de vordering voor de dag van faillietverklaring is ontstaan. In de bedoelde uitspraak werd ook de link gelegd met de beperking van de mogelijkheid een eigendomsvoorbehoud zich te laten uitstrekken tot vorderingen van groepsvennootschappen (§ 449 BGB), een beperking die ook in Nederland geldt (art. 3:92 lid 2 BW).

7. In Nederland zet de Hoge Raad de bakens thans anders, zoals de Nederlandse Faillissementswet in vergelijking met andere rechtsstelsels schuldeisers in zijn algemeenheid meer ruimte biedt middelen aan de paritas – en en passant: de mogelijke voortzetting van de onderneming – te onttrekken. Wat dat betreft, is de contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid nog niet het meest dubieus. A-G Valk ziet het onder 3.8 van zijn conclusie als een zekerheid voor de 'kleine man', al zal dat dan wel een 'kleine man' zijn die aan het hoofd staat van een groep van ondernemingen.

F.M.J. Verstijlen

NJ 2020/167

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

27 maart 2020, nr. 19/02804

(Mrs. E.J. Numann, A.M.J. van Buchem-Spapens, T.H. Tanja-van den Broek, H.M. Wattendorff, F.J.P. Lock; A-G mr. M.L.C.C. Lücker) m.nt. S.F.M. Wortmann

Art. 1:251a, 1:253c BW; art. 8 EVRM

RvdW 2020/449

NJB 2020/888

ECLI:NL:PHR:2020:22

ECLI:NL:HR:2020:533

Personen- en familierecht. Ouderlijk gezag na echtscheiding (art. 1:251a BW) of van ongehuwde ouders (art. 1:253c lid 1, onder a, BW); verplichting tot afwijzing verzoek toekenning gezamenlijk gezag indien aan 'klemcriterium' is voldaan?; beoordelingsruimte rechter; belang kind.

Art. 1:253c BW vormt voor ongehuwde ouders de pendant van de regeling van het ouderlijk gezag na ontbinding van het huwelijk (art. 1:251a BW). In beide gevallen is (het behoud, respectievelijk de verkrijging van) gezamenlijk gezag het uitgangspunt, en eenhoofdig gezag de uitzondering. Beide bepalingen moeten op dezelfde wijze worden uitgelegd. In art. 1:253c lid 2 BW is bepaald dat het verzoek tot het toekennen van gezamenlijk gezag slechts wordt afgewezen op de twee vermelde gronden. Daaruit volgt niet dat de rechter, als een van die gronden zich voordoet, tot afwijzing van het verzoek gehouden is. Een dergelijke uitleg is niet in overeenstemming met de tekst van art. 1:251a lid 1 BW, die luidt dat de rechter eenhoofdig gezag aan een ouder kan toekennen indien een van de genoemde gronden zich voordoet. Uit die formulering volgt dat de rechter, ook indien is voldaan aan het klemcriterium, ruimte heeft om het gezamenlijk gezag toch in stand te laten. Deze uitleg strookt met het uitgangspunt dat bij beslissingen als hier aan de orde, zoveel mogelijk recht moet worden gedaan aan het belang van het kind.

[de moeder], verzoekster tot cassatie, adv.: mr. N.C. van Steijn, tegen

[de vader], verweerder in cassatie, adv.: mr. M.E. Bruning.

Hof (tussenbeschikking):

4 De motivering van de beslissing

4.1 Aan de orde is het verzoek van de moeder schorsing te bevelen van de werking van de bestreden beschikking, voor zover het de onder 1 genoemde uitvoerbaar bij voorraad verklaarde beslissingen betreft. De vader voert hiertegen gemotiveerd verweer.