

JOR 2018/134, Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 23-01-2018,

ECLI:NL:GHSHE:2018:241, 200.205.561_01 (annotatie)

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak: 23-01-2018
Publicatie: JOR 2018/134 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 5, 2018
Annotator: <ul style="list-style-type: none"> • prof. mr. N.E.D. Faber
ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:241
Zaaknummer: 200.205.561_01
Overige publicaties: <ul style="list-style-type: none"> • ECLI:NL:GHSHE:2018:241 • AR 2018/450 • RI 2018/40
Rechtsgebied: Insolventierecht
Rubriek: Financiering, zekerheden en insolventie
Rechters: <ul style="list-style-type: none"> • mr. Meulenbroek • mr. Keizer • mr. Stienissen
Partijen: X, appellante, advocaat: mr. J. Hellendoorn, tegen Y, geïntimeerde, advocaat: mr. I.J.A.J. Hanssen.
Regelgeving: <ul style="list-style-type: none"> • Fw - 53

Inhoudsindicatie

Verrekening tijdens faillissement, Geen kruislingse verrekening mogelijk na faillissement schuldeiser, Niet voldaan aan vereiste van art. 53 Fw dat schuldenaar tevens schuldeiser van failliet moet zijn, Verwijzing naar HR 15 januari 1999, «JOR» 1999/42, m.nt. Tekstra (Wilderink q.q./Ontvanger)

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Samenvatting

Geïntimeerde heeft aangevoerd dat, zelfs in het geval een afspraak zou gelden zoals door appellante is gesteld, de door appellante op 31 maart 2014 toegepaste verrekening niet toelaatbaar was omdat Recycling 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 art. 53 Fw, 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: appellante was wel schuldenaar van Recycling, maar geen schuldeiser van diezelfde vennootschap. Deze stelling van geïntimeerde is juist; in dit verband wordt verwezen naar HR 15 januari 1999, «**JOR**» 1999/42, m.nt. Tekstra (Wilderink q.q./Ontvanger), in welk arrest de Hoge Raad in een fiscale zaak – waarin aan de ontvanger in art. 24 Iw 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 art. 53 e.v. Fw 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 art. 53 Fw 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. Deze uitspraak van de Hoge Raad is van overeenkomstige toepassing op een contractuele bevoegdheid tot kruislingse verrekening zoals deze door appellante is gesteld. Appellante komt geen beroep op verrekening toe.

Uitspraak

(...; red.)

3. De beoordeling

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

3.1.1. [geïntimeerde] is een holdingmaatschappij; zij is de moedermaatschappij van [handelsnaam] Recycling B.V. (hierna: [handelsnaam] Recycling) en [technische dienst] Technische dienst B.V., handelend onder de naam [handelsnaam] Projecten B.V. (hierna: [handelsnaam] Projecten).

3.1.2. [handelsnaam] Recycling en [handelsnaam] Projecten 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 [handelsnaam] Recycling producten en diensten geleverd aan [appellante] en in verband daarmee facturen aan [appellante] gezonden. [onderneming] B.V (hierna: [onderneming]) heeft in de genoemde periode producten en diensten geleverd aan [handelsnaam] Projecten en in verband daarmee facturen aan [handelsnaam] Projecten gezonden.

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

3.1.5. [geïntimeerde] is pandhoudster met betrekking tot deze vorderingen op [appellante].

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

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

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

3.1.8. Het restant van de schuld ad € 18.702,55 is door [appellante] niet betaald omdat zij dit bedrag heeft verrekend met een factuur van [onderneming], gericht aan [handelsnaam] Projecten 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 [appellante] al dan niet haar schuld aan [handelsnaam] Recycling mocht verrekenen met de vordering van [onderneming] op [handelsnaam] Projecten.

[appellante] stelt zich op het standpunt dat tussen haar en [handelsnaam] c.s. (het hof neemt aan dat hiermee bedoeld zijn: [handelsnaam] Recycling en [handelsnaam] Projecten) de afspraak gold dat kruislings verrekend zou worden, met andere woorden dat de facturen van [handelsnaam] Recycling aan [appellante] verrekend zouden worden met de facturen van [onderneming] aan [handelsnaam] Projecten en omgekeerd. Volgens [appellante] 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. [appellante] stelt zich op het standpunt dat [geïntimeerde] als pandhoudster gebonden is aan deze afspraak en dat haar verweer tegen de toegepaste verrekening daarom niet opgaat.

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

[geïntimeerde] heeft verder aangevoerd dat, zelfs in het geval een afspraak zou gelden zoals door [appellante] is gesteld, de door [appellante] op 31 maart 2014 toegepaste verrekening niet toelaatbaar was omdat [handelsnaam] Recycling 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.

3.3. [geïntimeerde] vorderde in eerste aanleg (na vermindering van haar eis) de veroordeling van [appellante] 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 [appellante] in de proceskosten.

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

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

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

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

3.6. [appellante] 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 [geïntimeerde], met veroordeling van [geïntimeerde] tot terugbetaling van hetgeen [appellante] ter uitvoering van de vonnissen waarvan beroep aan [geïntimeerde] 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 [geïntimeerde] in de kosten van beide instanties.

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

3.8. De grieven van [appellante] houden in dat de kantonrechter in het eindvonnis van 28 september 2016 ten onrechte heeft geoordeeld dat [appellante] de bewijslast draagt van de door [appellante] gestelde kruislingse verrekenafpraak

en eveneens ten onrechte heeft geoordeeld dat [appellante] 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 [appellante] de bewijslast draagt van de door haar gestelde kruislingse verrekenafpraak. Immers: [appellante] heeft zich tegen de vordering van [geïntimeerde] 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 [appellante] niet is geslaagd in het bijbrengen van genoegzaam bewijs voor het bestaan van de gestelde afspraak kan achterwege blijven gelet op het volgende.

[geïntimeerde] heeft in eerste aanleg en in hoger beroep aangevoerd dat, zelfs in het geval een afspraak zou gelden zoals door [appellante] is gesteld, de door [appellante] op 31 maart 2014 toegepaste verrekening niet toelaatbaar was omdat [handelsnaam] Recycling 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 gefailleerde is, aan welke eis in dit geval niet is voldaan. Immers: [appellante] was wel schuldenaar van [handelsnaam] Recycling maar geen schuldeiser van diezelfde vennootschap.

Naar het oordeel van het hof is deze stelling van [geïntimeerde] juist; het hof verwijst in dit verband naar het arrest van de Hoge Raad d.d. 15 januari 1999, NJ 2000, 49 («**JOR**» 1999/42, m.nt. Tekstra (*Wilderink q.q./Ontvanger, red.*), 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 [appellante] in de onderhavige zaak is gesteld.

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

De grieven van [appellante] behoeven geen verdere bespreking.

Het hof zal de vonnissen waarvan beroep bekrachtigen, met wijziging en aanvulling van de gronden. De vordering van [appellante] tot veroordeling van [geïntimeerde] tot terugbetaling van hetgeen [appellante] op grond van het bestreden vonnis aan [geïntimeerde] heeft voldaan, moet worden afgewezen. [appellante] 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 [appellante] tot veroordeling van [geïntimeerde] tot terugbetaling van hetgeen [appellante] op grond van het bestreden vonnis aan [geïntimeerde] heeft voldaan;

veroordeelt [appellante] in de kosten van het hoger beroep (...; *red.*);

verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

1. De art. 53-55 Fw geven de grenzen aan waarbinnen een schuldeiser tijdens het faillissement van zijn schuldenaar bevoegd is tot verrekening. Gelet op het eerste lid van art. 53 Fw kunnen (in beginsel) alleen vorderingen en schulden met elkaar worden verrekend die vóór de datum van faillietverklaring zijn ontstaan of voortvloeien uit een per die datum reeds tussen partijen bestaande rechtsverhouding. Vgl. onder meer HR 26 maart 1976, *NJ* 1977/612, m.nt. BW (*Keulen en Oliemans q.q./Cebeco*); HR 16 oktober 2015, «**JOR**» **2016/20**, m.nt. NEDF en Vermunt (*DLL/Van Logtestijn q.q.*) en meest recent HR 13 oktober 2017, «**JOR**» **2018/48**, m.nt. NEDF (*Curatoren Eurocommerce/Ontvanger*), waarin naar de beide eerder genoemde uitspraken wordt verwezen. Contractueel kan door partijen niet van de art. 54 en 55 Fw worden afgeweken. Deze anti-misbruikbepalingen zijn uit hun aard van *dwingend* recht. Art. 53 Fw daarentegen is grotendeels van *regelend* recht. Het artikel verzet zich er niet tegen dat een schuldeiser tijdens het faillissement van zijn schuldenaar een beroep doet op een tevoren tussen hen overeengekomen beding waarbij de bevoegdheid tot verrekening ten behoeve van de schuldeiser contractueel is uitgebreid ten opzichte van hetgeen ter zake van die bevoegdheid uit de art. 6:127 e.v. BW voortvloeit. Evenmin verzet art. 53 Fw zich ertegen dat de curator zich beroept op een tussen partijen overeengekomen beding waarbij de verrekeningsbevoegdheid van de schuldeiser is uitgesloten of beperkt. Zie voor dit laatste onder meer HR 20 juni 1941, *NJ* 1942/151, m.nt. PS (*Van den Bergh/Bannier q.q.*); HR 28 juni 1985, *NJ* 1986/192, m.nt. G (*Meijvast/Voûte q.q. c.s.*); HR 16 januari 1987, *NJ* 1987/553, m.nt. G (*Hooij-en/THB c.s.*); HR 22 juli 1991, *NJ* 1991/748 (*ADB/Planex*); HR 28 juni 2002, C00/271HR (*Reerink q.q./Elander Properties III*) en HR 18 oktober 2002, «**JOR**» **2002/234**, m.nt. Wessels (*Buter q.q. c.s./Besix c.s.*). Uit deze uitspraken volgt dat art. 53 Fw op zichzelf niet de strekking heeft afbreuk te doen aan een contractuele uitsluiting of beperking van de verrekeningsbevoegdheid. Uit de tussen partijen gesloten overeenkomst kan echter voortvloeien dat zij niet bedoeld is mede te gelden in een nadien uitgesproken faillissement van één der partijen.

2. In het voorliggende geval wordt getwist over de vraag of op enig moment in het verleden tussen partijen een algemene afspraak is gemaakt op grond waarvan de verrekeningsbevoegdheid van appellante contractueel is uitgebreid tot een geval als hier aan de orde, waarin niet aan het vereiste van wederkerigheid is voldaan, dan wel dat in het verleden steeds *ad hoc* toestemming voor een dergelijke verrekening is (en moest worden) verleend. Schuldenaar A (appellante in de procedure) heeft op 31 maart 2014 een beroep op verrekening gedaan. Zij stelt zich op het standpunt dat zij op grond van een tussen partijen gemaakte afspraak, waaraan vanaf medio 2012 consequent uitvoering is gegeven, bevoegd was haar schuld aan gefailleerde B te verrekenen met de vordering van schuldeiser C op gefailleerde D (een zustervenootschap van B), en dat die verrekening in het voorliggende geval kan worden tegengeworpen aan pandhouder E (geïntimeerde in de procedure), die op de vordering van B op A een pandrecht heeft verkregen. In eerste aanleg heeft de kantonrechter de vordering van E toegewezen en het verrekeningsverweer van A verworpen, omdat A volgens de kantonrechter niet is geslaagd in het bewijs van de gemaakte afspraak inzake “kruislingse verrekening”. Het Hof ’s-Hertogenbosch overweegt in hoger beroep dat de beantwoording van de vraag of A voldoende bewijs van het bestaan van een dergelijke afspraak heeft bijgebracht, achterweg kan blijven, omdat – kort gezegd – B in staat van faillissement verkeert en art. 53 Fw verrekening alleen toestaat indien partijen over en weer elkaars schuldeiser en schuldenaar zijn, waarvan in het voorliggende geval geen sprake is. Dit oordeel van het hof is onjuist. Het hof miskent het karakter van art. 53 Fw. Ter motivering van zijn beslissing doet het hof een beroep op HR 15 januari 1999, «**JOR**» **1999/42**, m.nt. Tekstra (*Wildering q.q./Ontvanger*), een arrest dat ziet op verrekening door de ontvanger ingevolge art. 24 lw 1990. Dit beroep is misplaatst en gaat uit van een onjuiste lezing van het arrest van de Hoge Raad. Het hof ziet bovendien over het hoofd dat het arrest uit 1999 betrekking heeft op een reeds lang achterhaalde versie van art. 24 lw 1990, alsmede dat het arrest een belangrijk vervolg heeft gekregen in HR 13 oktober 2017, «**JOR**» **2018/48**, m.nt. NEDF (*Curatoren Eurocommerce/Ontvanger*), welk arrest betrekking heeft op het thans geldende art. 24 lw 1990, dat “kruislingse verrekening” tijdens faillissement in een geval als eerder door de Hoge Raad beslecht, juist wel toestaat. Hieronder ga ik op een en ander nader in.

3. Zoals gezegd, miskent het hof het karakter van art. 53 Fw. In dit artikel wordt – anders dan het hof meent – niet als regel van dwingend recht voorgeschreven dat partijen over en weer elkaars schuldeiser en schuldenaar zijn. Art. 53 Fw

staat aan verrekening ingevolge een vóór de faillietverklaring overeengekomen contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid niet in de weg. Wel zijn aan een dergelijke uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid grenzen verbonden. In het bijzonder moeten de te verrekenen vordering en schuld vóór datum faillissement zijn ontstaan dan wel voortvloeien uit een rechtsverhouding die per faillissementsdatum reeds bestond. Is zulks het geval, dan kan ieder tevoren gemaakt beding waarbij de verrekeningsbevoegdheid van de wederpartij contractueel is uitgebreid, aan de failliete boedel worden tegengeworpen. Het maakt daarbij geen verschil van welk in art. 6:127 BW neergelegd wettelijk vereiste voor verrekening (of van welke andere in afdeling 6.1.12 BW opgenomen bepaling van regelend recht) contractueel is afgeweken. Er bestaat geen grond om in dit verband een uitzondering te maken voor het in art. 6:127 lid 2 BW neergelegde vereiste van wederkerigheid. Het is, gegeven de strekking van art. 53 Fw, de zekerheidsfunctie van verrekening en de algemeen in de literatuur en de jurisprudentie aanvaarde derdenwerking van een contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid naar mijn stellige overtuiging uitgesloten dat een vóór datum faillissement rechtsgeldig overeengekomen (en onaantastbaar) verrekeningsbeding na datum faillissement niet meer zou kunnen worden ingeroepen. Een reeds verkregen bevoegdheid tot verrekening of een op grond van het desbetreffende beding gerechtvaardigde verwachting dat men in de toekomst een beroep op verrekening zal kunnen doen, wordt door art. 53 Fw niet opzijgezet. Integendeel. Men dient een bevoegdheid tot verrekening juist te kunnen uitoefenen op een moment waarop men die bevoegdheid het hardst nodig heeft, met name wanneer verrekening de enige weg is waarlangs nog gehele of gedeeltelijke voldoening van de te verrekenen tegenvordering kan worden verkregen. Dat de tegenvordering in het voorliggende geval niet toekomt aan degene die zich op verrekening beroept (A), maar toekomt aan een – al dan niet aan haar gelieerde – derde (C), doet in dit verband niet ter zake.

4. In de literatuur en de jurisprudentie wordt algemeen aanvaard dat buiten faillissement een contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid kan worden tegengeworpen aan een cessionaris, een beperkt gerechtigde en een beslaglegger. Een contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid c.q. een contractuele afwijking van art. 6:130 BW ten gunste van degene die zich op verrekening wil beroepen, heeft derdenwerking, ook al is de derde bij de desbetreffende overeenkomst geen partij. Zie HR 20 januari 1984, *NJ* 1984/512, m.nt. G (*Ontvanger/Barendregt*); HR 10 maart 1995, *NJ* 1996/299, m.nt. HJS (*Holtrop/Stevens*); HR 23 juni 1995, *NJ* 1996/566, m.nt. HJS (*FMN/PAP*) en HR 29 januari 1999, *NJ* 1999/595 (*DBV/Sedgwick*). Zie voorts Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, nrs. 289 e.v., met vermelding van verdere literatuur. Tegen deze achtergrond valt niet in te zien waarom een contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid, aangenomen dat daarvan in het voorliggende geval sprake was, niet zou kunnen worden tegengeworpen aan de curator in het faillissement van schuldeiser B. Het faillissement is een algemeen beslag op diens vermogen ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers. Er bestaat geen wezenlijk, doch slechts een gradueel verschil met een door een schuldeiser gelegd individueel beslag buiten faillissement. Bovendien gaat de bescherming die art. 53 Fw tegen een faillissementsbeslag biedt, juist verder dan de bescherming die art. 6:130 BW tegen een individueel beslag biedt. Ook om die reden ligt het voor de hand dat iedere contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid die buiten faillissement (in afwijking van art. 6:130 BW) aan de beslaglegger kan worden tegengeworpen, tijdens faillissement (in afwijking van art. 53 Fw) kan worden tegengeworpen aan de failliete boedel. Zie Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, nrs. 290-291 en 479. Zie voorts Rb. Breda 3 november 2010, **«JOR» 2011/30**.

5. In HR 15 januari 1999, **«JOR» 1999/42**, m.nt. Tekstra (*Wilderink q.q./Ontvanger*), waarnaar het Hof 's-Hertogenbosch ter onderbouwing van zijn beslissing meent te moeten verwijzen, oordeelde de Hoge Raad dat uit de toelichting op (het toen geldende) art. 24 Iw 1990 niet blijkt dat de in het tweede lid opgenomen verruimde verrekeningsmogelijkheid van de ontvanger ook was bedoeld voor een geval waarin niet alleen een tot een fiscale eenheid behorende dochtermaatschappij met een belastingschuld, maar ook een tot die fiscale eenheid behorende moedermaatschappij met een belastingvordering in staat van faillissement verkeerde. De Hoge Raad oordeelde dat de ontvanger in een dergelijk geval niet bevoegd was de vordering op de dochter te verrekenen met de schuld aan de moeder. De Hoge Raad overwoog in dit verband: "Weliswaar verzetten de bewoordingen van de bedoelde volzin op zichzelf, naar de letter beschouwd, zich niet tegen een zodanige uitleg, maar daartegen pleit vooreerst dat art. 53 e.v. F. in art. 24 lid 1 welbewust niet buiten toepassing zijn verklaard en dat het ten gunste van de fiscus, als schuldenaar van de failliet verklaarde moedermaatschappij, terzijde stellen van het in art. 53 F. 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. Bovendien staat een (dergelijke; toevoeging NEDF) uitleg (...) op gespannen voet met de eis van rechtszekerheid, nu uit de

wetstekst zelf niet blijkt dat voor het bedoelde geval het bepaalde in art. 53 F. terzijde zou zijn gesteld.” Het Hof 's-Hertogenbosch gaat met deze overweging van de Hoge Raad aan de haal. In zijn arrest spreekt de Hoge Raad weliswaar over het “essentiële vereiste dat de schuldenaar tevens schuldeiser van de gefailleerde moet zijn om zich op verrekening te kunnen beroepen”, maar dit oordeel ziet op een situatie waarin de ontvanger *zonder wettelijke of contractuele basis* trachtte een schuld aan de gefailleerde moedermaatschappij te verrekenen met een vordering op een andere tot dezelfde fiscale eenheid behorende vennootschap. Die verrekening kwam (destijds) in strijd met art. 53 Fw, omdat art. 24 Iw 1990 niet de daartoe vereiste verruiming bevatte. Art. 24 Iw 1990 is echter nadien gewijzigd. Als gevolg daarvan is verrekening in een geval als door de Hoge Raad beslecht, nu wel mogelijk. Volgens het thans geldende art. 24 lid 1, vierde en vijfde volzin, Iw 1990 heeft de ontvanger een ruime bevoegdheid tot verrekening met betrekking tot door de ontvanger uit te betalen en te innen bedragen welke verschuldigdheid materieel is ontstaan over dan wel in een tijdvak waarin de belastingschuldige deel uitmaakt of uitmaakte van een fiscale eenheid als bedoeld in art. 15, eerste of tweede lid, of art. 15a, eerste lid, Vpb 1969. Aan de belastingschuldige uit te betalen bedragen kunnen behalve met van hem te innen bedragen ook worden verrekend met te innen bedragen van een andere maatschappij die in hetzelfde tijdvak deel uitmaakt of uitmaakte van de fiscale eenheid, en zulks ongeacht of de belastingschuldige of die andere maatschappij in staat van faillissement verkeert. De wet maakt thans derhalve bij verrekening (door de ontvanger) tijdens faillissement een uitzondering op het vereiste van wederkerigheid. Dit vereiste is daarom alleen in die zin “essentieel”, dat het van toepassing is voorzover de wet niet anders bepaalt. Nodig, doch tevens voldoende is volgens de Hoge Raad bij de toepassing van art. 24 Iw 1990 dat de te verrekenen vorderingen behoren tot één van de beide in art. 53 lid 1 Fw genoemde categorieën van vorderingen die op de voet van het artikel voor verrekening tijdens faillissement in aanmerking komen. Zo is het ook, wanneer het niet gaat om een *wettelijke* maar om een *contractuele* afwijking van het wederkerigheidsvereiste.

6. In verband met het voorafgaande kan nog worden gewezen op een ander in de wet geregeld geval waarin verrekening is toegestaan, hoewel niet of niet meer aan het wederkerigheidsvereiste wordt voldaan. Wordt een vordering gecedeerd en wordt daarvan mededeling gedaan aan de debitor cessus, dan kan de debitor cessus binnen de in art. 6:130 lid 1 BW aangegeven grenzen zijn schuld aan de cessionaris verrekenen met een tegenvordering op de cedent. Dit wordt niet anders, wanneer de cessionaris vervolgens in staat van faillissement komt te verkeren. De verrekeningsbevoegdheid die op grond van art. 6:127 jo. art. 6:130 BW bestaat, wordt door art. 53 Fw beschermd. Dat art. 53 Fw uitgaat van een geval waarin partijen over en weer elkaars schuldeiser en schuldenaar zijn, doet daaraan niet af.

7. Tot slot wijs ik nog op een ander argument dat soms wordt aangevoerd tegen het aanvaarden van een beroep op verrekening in een geval waarin contractueel van het wederkerigheidsvereiste is afgeweken. Dit argument, dat onder meer wordt gebezigd in Rb. Rotterdam 9 september 2009, [«JOR» 2010/202](#), m.nt. NEDF, zou men een “negatief beroep” op de zekerheidsfunctie van verrekening kunnen noemen. Uit de toelichting op art. 53 Fw volgt dat de in het artikel neergelegde uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid tijdens faillissement steunt op de overweging dat de billijkheid met zich brengt dat iedere schuldeiser van de gefailleerde zijn schuld aan de gefailleerde mag beschouwen als onderpand voor de voldoening van zijn vordering. Uit deze formulering van de zekerheidsfunctie van verrekening mag niet *a contrario* worden afgeleid dat het wederkerigheidsvereiste bij de toepassing van art. 53 Fw – anders dan bij de toepassing van art. 6:127 BW – van dwingend recht zou zijn. Art. 53 lid 1 Fw en art. 6:127 lid 2 BW, alsmede de toelichting op deze bepalingen, vermelden slechts als normaaltype het geval waarin partijen over en weer elkaars schuldeiser en schuldenaar zijn. Zijn partijen vóór de faillietverklaring contractueel van het wederkerigheidsvereiste afgeweken, maar voldoen de te verrekenen vorderingen overigens aan het bepaalde in art. 53 lid 1 Fw (en behoren zij derhalve tot één van de beide genoemde categorieën van vorderingen die op de voet van het artikel voor verrekening in aanmerking komen), dan staat niets aan de verrekening van die vorderingen tijdens faillissement in de weg.