

r.o. 3.5.5 (*Bethanie/Rabobank*)). Daarbij zij opgemerkt dat de executie van aandelen in beginsel geen regels van vennootschapsrecht opzijzet. Het staat de vennootschap (en eventuele overige aandeelhouders) op elk moment vrij om vennootschapsrechtelijke procedures te entameren, zoals op grond van de geschillenregeling (art. 2:335 e.v. BW) of het enquêterecht (art. 2:344 e.v. BW). Bovendien, wanneer het vennootschappelijk belang mede vorm heeft gekregen in een (statuaire) blokkeringsregeling, dan kan de pandhouder bij executie in beginsel niet daaromheen (zie art. 2:196 lid 6 BW en HR 22 juni 2018, «JOR» 2018/310, m.nt. Hutten, r.o. 3.5.8 (*Bethanie/Rabobank*)). Zo blijft de beslotenheid van een vennootschap (en het belang van de vennootschap daarbij) ook gewaarborgd in het geval van executie. Dit betekent mijns inziens niet dat het vennootschappelijk belang in een dergelijk geval prevaleert boven het doel van opbrengst-maximalisatie, maar slechts dat het een relevante factor is ter bepaling van de maximale opbrengst onder de gegeven omstandigheden. In het voorliggende geval overweegt de rechtbank dat het vennootschappelijk belang ondergeschikt is aan de belangen van de pandgever en de overige schuldeisers, en toetst zij of de opbrengst in de gegeven omstandigheden maximaal is (r.o. 6.21-6.22). Vgl. Rb. Amsterdam 23 september 2009, «JOR» 2009/340, m.nt. Vermunt, r.o. 4.3 en Rb. Amsterdam 23 augustus 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY1439, r.o. 4.4.

8. Met een gedetailleerde motivering komt de rechtbank tot het oordeel dat de opbrengst in de gegeven omstandigheden maximaal is, en verleent haar toestemming voor de *debt for equity swap*. Na executie zal Crossbow enig aandeelhouder zijn van IPS. De *senior lender* lijkt op dit succes te hebben gezinspeeld bij de naamgeving van deze entiteit die speciaal is opgericht voor de verwerving van de aandelen en vorderingen. Apollo stond bij de Romeinen bekend als een uiterst vaardige oorlogsgod. Zijn boog, die hij van Hephaistos had gekregen, was

beroemd. Met deze boog kon hij moeiteloos pijlen over grote afstand schieten en deze pijlen misten hun doel nooit.

T. Hutten,
als promovendus burgerlijk recht verbonden aan het Onderzoekscentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit, en als jurist werkzaam bij ING

145

Hoge Raad
15 maart 2019, nr. 18/02838,
ECLI:NL:HR:2019:377
(mr. Streefkerk, mr. Snijders, mr. Polak, mr. Du Perron, mr. Sieburgh)
(Concl. P-G plv. Langemeijer)
Noot prof. mr. N.E.D. Faber

Schuldsanering natuurlijke personen. Schuldenaar kan zijn schuld aan saniet niet verrekenen met tijdens schuldsanering overgenomen schuld op saniet. Ook geen verrekening mogelijk na beëindiging schuldsanering met toepassing schone lei. Ratio schone lei staat in de weg aan analoge toepassing art. 6:131 BW. Beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid? Verwijzing naar HR 31 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0492 (Van der Hoeven/Comtu).

[Fw art. 1, 6, 54 lid 2, 284 e.v., 307, 313, 356 lid 2, 358 lid 1; BW art. 6:3, 6:127 e.v., 6:131 lid 1]

Gedurende de periode dat de in art. 284 e.v. Fw geregelde schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is, kan ingevolge art. 307 Fw hij die zowel schuldenaar als schuldeiser is van de persoon ten aanzien van wie de schuldsaneringsregeling is uitgesproken, zijn schuld met zijn vordering ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling werkt, slechts verrekenen indien beide zijn ontstaan vóór de uitspraak tot de toepassing van de schuldsaneringsregeling. Uit art. 54 lid 2 Fw in verbinding met art. 313 lid 1 Fw volgt dat na de uitspraak tot de toepassing van de schuldsaneringsregeling overgenomen vorderingen of schulden niet verrekend kunnen worden. Het hoofddoel van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen is dat wordt tegengegaan dat een natuurlijke persoon die in een problematische financiële situatie

is terechtgekomen, tot in lengte van jaren met zijn schulden achtervolgd kan worden. Om die reden is in art. 358 lid 1 Fw bepaald dat door de beëindiging van de toepassing van de schuldsaneringsregeling op grond van art. 356 lid 2 Fw (dat wil zeggen met toekenning van de "schone lei"), een vordering ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling werkt, voor zover deze onvoldaan is gebleven, niet langer afdwingbaar is. Dit brengt mee dat slechts een natuurlijke verbintenis in de zin van art. 6:3 BW overblijft. Indien de schuldsaneringsregeling is beëindigd, gelden voor de mogelijkheid om te verrekenen de regels van art. 6:127 e.v. BW. Omdat de schuldenaar van degene aan wie de schone lei is toegekend, niet bevoegd is als schuldeiser de nakoming af te dwingen van een vordering als bedoeld in art. 358 lid 1 Fw, is hij met betrekking tot die vordering ingevolge art. 6:127 lid 2 BW niet bevoegd om zich op verrekening te beroepen. De hiervoor vermelde ratio van de toekenning van de schone lei aan het einde van de looptijd van de schuldsaneringsregeling staat in de weg aan analoge toepassing van art. 6:131 lid 1 BW op de in art. 358 lid 1 Fw bedoelde vordering. De in art. 6:131 lid 1 BW neergelegde regel dat de bevoegdheid tot verrekening niet eindigt door verjaring van de rechtsvordering, brengt dus geen verandering in het hiervoor genoemde uitgangspunt dat na toekenning van de schone lei de schuldenaar van degene aan wie de schone lei is toegekend, niet bevoegd is om zich op verrekening te beroepen.

Het hof heeft overwogen dat verzoekster betoogt dat zij de vordering op de derde schuldeiser (X) heeft overgenomen in 2012, derhalve nadat X in 2009 was toegelaten tot de schuldsaneringsregeling. Voorts heeft het hof geoordeeld dat art. 54 lid 2 Fw in verbinding met art. 313 Fw tijdens de schuldsaneringsregeling aan verrekening in de weg staat. Laatstgenoemd oordeel is juist. Nu de schuldsaneringsregeling begin april 2013 nog niet was geëindigd, is het oordeel van het hof dat erop neerkomt dat de cessie waarop verzoekster zich beroept, plaatsvond op een moment dat X nog in de schuldsanering zat, in het licht van de gedingstukken niet onbegrijpelijk. De onderdelen I en II nemen kennelijk tot uitgangspunt dat de schuldsaneringsregeling van X ten tijde van het geding voor het hof was beëindigd onder toekenning van de schone lei en betogen dat verzoekster daarom alsnog tot verrekening kon overgaan. Dat betoog stuit af op hetgeen hiervoor is overwogen. Opmerking verdient dat een beroep op niet-verrekenbaarheid op de grond dat nakoming van de te verrekenen vordering niet afdwingbaar is, wegens de bij-

zondere omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn (vgl. HR 31 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0492 (Van der Hoeven/Comtu)). Verzoekster heeft daarop echter geen beroep gedaan.

X,
verzoekster tot cassatie,
advocaat: mr. B.I. Kraaijpoel,
tegen
1. mr. W.A. Entzinger te Groningen,
2. mr. P.J. Fousert te Groningen,
in hun hoedanigheid van curatoren in het faillissement van A BV,
verweerders in cassatie,
advocaten: mr. T.T. van Zanten en mr. I.M.A. Lintel.

Conclusie plaatsvervangend Procureur-Generaal (mr. Langemeijer)

Is de vordering van een voormalige "saniet" tenietgegaan door deze te verrekenen met een tegenvordering die (ingevolge het bepaalde in art. 358 Fw) na toekenning van de "schone lei" is omgezet in een natuurlijke verbintenis?

1. Feiten en procesverloop

1.1. Het bestreden arrest bevat geen afzonderlijke feitenvaststelling. In cassatie kan mijns inziens worden uitgegaan van de volgende feiten:

1.1.1. Verzoekster tot cassatie (hierna: de schuldenares) was indirect bestuurster van scheepswerf [A] B.V. (hierna: de werf). Bij vonnis van 15 maart 2005 is de werf in staat van faillissement verklaard. Verweerders in cassatie (hierna ook aangeduid als: de aanvragers) zijn aangesteld als curatoren in dat faillissement.

1.1.2. Bij vonnis van 16 juli 2008 (ECLI:NL:RBGRO:2008:BD7438) heeft de rechtbank te Groningen de schuldenares veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding aan [de derde schuldeiser] (hierna: de Derde schuldeiser). Bij wijze van voorlopige voorziening is de schadevergoeding vooralsnog bepaald op € 1.500.000,-.¹ De veroordeling berustte, kort gezegd, op het feit

¹ Zie rov. 3.11, eerste volzin, van het bestreden arrest. Het vonnis van 16 juli 2008 is gehecht aan het proces-verbaal van de zitting in eerste aanleg van 15 mei 2018.

dat de schuldenares heeft bewerkstelligd althans toegelaten dat [B] B.V. (een andere tot het concern behorende vennootschap, hierna: [B]) haar contractuele verplichtingen jegens de Derde schuldeiser niet is nagekomen en de schuldenares daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.²

1.1.3. De Derde schuldeiser is op 20 oktober 2009 toegelaten tot de wettelijke schuldsaneringsregeling.³

1.1.4. Bij arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 12 mei 2015 (ECLI:NL:GHARL:2015:3416) is de schuldenares, naast twee anderen, op vordering van de curatoren in het faillissement van de werf hoofdelijk veroordeeld tot vergoeding van het boedeltekort in dat faillissement, op dat moment begroot op € 6.032.815,01. De Hoge Raad heeft het door de schuldenares ingestelde cassatieberoep verworpen bij arrest van 11 november 2016 (ECLI:NL:HR:2016:2575), met toepassing van art. 81 RO.

1.1.5. De schuldenares heeft de vordering van de curatoren onbetaald gelaten.

1.2. De curatoren in het faillissement van de werf hebben zich gewend tot de rechtbank Noord-Nederland met het verzoek de schuldenares in staat van faillissement te verklaren. Bij vonnis van 22 mei 2018 heeft de rechtbank dit verzoek ingewilligd. Mr. G.W. Breuker is aangesteld als curator in dit faillissement. De rechtbank overwoog dat de schuldenares in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen. Naast het boedeltekort waarvoor zij aansprakelijk is verklaard, heeft de schuldenares een door hypotheek gedekte schuld aan een tweede schuldeiser. Weliswaar is die schuld niet opeisbaar en voldoet zij aan haar lopende verplichtingen jegens de tweede schuldeiser, maar voor het oordeel dat iemand in de toestand verkeert van te hebben opgehouden te betalen, is voldoende dat één van de schulden opeisbaar is. De opeisbare vordering van de aanvragers is zo groot dat alleen deze al het oordeel rechtvaardigt dat de schuldenares in de genoemde toestand verkeert (rov. 6 Rb).

2 Zie rov. 4.2 - 4.9 van het genoemde vonnis van 16 juli 2008. In rov. 3.14 van het bestreden arrest spreekt het hof over een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid.

3 Zie rov. 3.12 van het bestreden arrest.

1.3. De schuldenares heeft hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Als grief heeft zij aangevoerd dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat aan het vereiste van pluraliteit van schuldeisers is voldaan. Volgens de schuldenares kan de hypotheekschuld aan de tweede schuldeiser niet worden gebruikt als steunvordering.

1.4. In een bij haar beroepschrift gevoegde verklaring heeft de schuldenares aangevoerd dat de (in rubriek 1.1.12 hiervoor beschreven) vordering van de Derde schuldeiser, die ter zitting in eerste aanleg ter sprake is gekomen,⁴ evenmin kan dienen als “steunvordering” voor het onderhavige faillissementsverzoek. Volgens de schuldenares is die vordering al verrekend met tegenvorderingen van andere concernvennootschappen, namelijk (i) met een vordering van [B] ten bedrage van € 4.200.000,- en (ii) met een vordering van [C] GmbH ten bedrage van € 400.000,-.⁵ Ten bewijze daarvan wees de schuldenares op een bij haar verklaring gevoegde brief van de Wsnp-bewindvoerder van 5 april 2013.⁶ Ter zitting van het hof heeft de schuldenares hierover gesteld dat zij bij akte van cessie van maart 2012⁷ de vordering van [B] op de Derde schuldeiser ten bedrage van € 4.200.000,- heeft overgenomen. Zij stelde dat zij deze vordering heeft verrekend met het bedrag van € 1.500.000,- dat ten laste van haar aan de Derde schuldeiser was toegewezen (zie rubriek 1.1.2 hiervoor).⁸ Door die verrekening zou de steunvordering teniet zijn gegaan.

4 Zie de spreekantekeningen van mr. L.E. Ettema namens de aanvragers, d.d. 15 mei 2018, onder 5, en het procesverbaal van de zitting in eerste aanleg op 15 mei 2018, blz. 1, 2 en 3.

5 De verklaring van de schuldenares is overgelegd als productie 2 bij haar beroepschrift; zie blz. 5. Vgl. rov. 3.11, vierde volzin, in het bestreden arrest.

6 Deze brief (bijlage 12 bij de verklaring en het beroepschrift; bij brief van 12 juni 2018 aan het hof nogmaals in het geding gebracht als prod. 17) vermeldt dat de behandeling van de beëindiging van de schuldsaneringsregeling is vastgesteld op 23 april 2013 en dat de bewindvoerder de vordering van [B] op de Derde schuldeiser heeft genoteerd als een concurrente vordering voor een bedrag van € 4.200.000,-.

7 Bij brief van 12 juni 2018 aan het hof toegestuurd als productie 16.

8 Zie pleitnotitie mr. C.E. van der Wijk d.d. 12 juni 2018, blz. 3. Vgl. rov. 3.12 van het bestreden arrest.

1.5. De curator in het faillissement van de schuldenares heeft ter zitting van het hof zich op het standpunt gesteld dat art. 54 lid 2 Fw, in verbinding met art. 313 Fw, in de weg staat aan de gestelde verrekening. De voorzitter van de desbetreffende kamer van het hof heeft dit standpunt voorgehouden aan partijen.⁹ In reactie daarop heeft de schuldenares aangevoerd dat de verrekening al eerder heeft plaatsgevonden. In dat verband bevestigde zij dat het gerechtshof te Leeuwarden in 2009 een verzoek van de Derde schuldeiser om haar in staat van faillissement te verklaren, welk verzoek was gebaseerd op de hiervoor in rubriek 2 beschreven (steun-)vordering, heeft afgewezen op de grond dat de vorderingen over en weer van [B] en de Derde schuldeiser tegen elkaar zijn weggestreepd.¹⁰

1.6. Bij arrest van 20 juni 2018 (ECLI:NL:GHARL:2018:5721) heeft het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden het genoemde vonnis van de rechtbank Noord-Nederland bekrachtigd. Het hof overwoog, voor zover in cassatie van belang, als volgt:¹¹

Uit de onherroepelijke veroordeling van de schuldenares tot betaling van het boedeltekort volgt dat summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van de aanvragers van het faillissement (rov. 3.6). Het hof verwierp het verweer dat het boedeltekort is te wijten aan de curatoren zelf (rov. 3.8, in cassatie onbestreden).

Naast de vordering van de aanvragers is in ieder geval het bestaan van één andere schuld gebleken, namelijk de vordering van de Derde schuldeiser; deze vordering is bij de curator ingediend voor een waarde van € 4.942.518,44 (rov. 3.9). Volgens het hof heeft de schuldenares niet betwist dat de Derde schuldeiser uit hoofde van het vonnis van 16 juli 2008 een vordering op haar had. Zij heeft tot verweer aangevoerd dat deze vordering teniet is gegaan door verrekening met de door haar van

[B] overgenomen vordering op de Derde schuldeiser van € 4.200.000,-, onderscheidenlijk met de door haar van [C] overgenomen vordering van € 400.000,- (rov. 3.11).

Uit de stukken blijkt dat de Derde schuldeiser op 20 oktober 2009 werd toegelaten tot de wettelijke schuldsaneringsregeling. De schuldenares heeft haar beroep op verrekening onderbouwd met een cessieakte van maart 2012. Daaruit volgt dat de schuldenares de vordering heeft overgenomen nadat de Derde schuldeiser was toegelaten tot de schuldsaneringsregeling. Art. 54 lid 2 Fw, dat op grond van art. 313 Fw van overeenkomstige toepassing is tijdens een schuldsaneringsregeling, staat in de weg aan de verrekening (rov. 3.12).

Van verrekening op een eerder tijdstip is naar het oordeel van het hof niet summierlijk gebleken (rov. 3.13). Het hof achtte het verweer dat de vordering van de Derde schuldeiser begin 2009 al is verrekend met de vordering van [B], onvoldoende onderbouwd. Verder achtte het hof van belang dat de schuldenares heeft gesteld dat de vordering van [B] € 4.200.000,- bedroeg. Dat is precies het bedrag van de vordering die [B] bij de bewindvoerder heeft ingediend. Ook hieruit volgt dat toen nog geen verrekening had plaatsgevonden: het ingediende bedrag is niet dienovereenkomstig verlaagd (rov. 3.14). De omstandigheid dat het gerechtshof te Leeuwarden in 2009, bij de afwijzing van het verzoek van de Derde schuldeiser om de schuldenares in staat van faillissement te verklaren, heeft beslist dat niet summierlijk is gebleken van het bestaan van een vordering van de Derde schuldeiser op de schuldenares, betekent niet dat het hof ditmaal niet tot een ander oordeel kan komen (rov. 3.15).

Het vorenstaande leidt volgens het hof tot de slotsom dat de steunvordering van de Derde schuldeiser niet teniet is gegaan (rov. 3.16). Aan het pluraliteitsvereiste is voldaan (rov. 3.17) en summierlijk is gebleken dat de schuldenares in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen (rov. 3.18). Het hof verwierp ten slotte het verweer dat de aanvragers van het faillissement geen rechtens te respecteren belang bij deze faillissementsaanvraag hebben of misbruik maken van hun bevoegdheid daartoe (rov. 3.19 - 3.22).

1.7. De schuldenares heeft – tijdig – cassatieberoep ingesteld. De aanvragers van het faillissement hebben in cassatie verweer gevoerd.

2. Inleidende beschouwingen

9 Zie het proces-verbaal van de zitting bij het hof van 12 juni 2018, blz. 4.

10 Zie het proces-verbaal van de zitting bij het hof d.d. 12 juni 2018, blz. 4 - 6 (m.n. blz. 5). In rov. 3.15 van het bestreden arrest is deze stelling van de schuldenares samengevat.

11 In de alineanummering van het bestreden arrest ontbreken abusievelijk rov. 3.7 en 3.10.

2.1. Het cassatiemiddel valt uiteen in vier onderdelen. In de klachten is uitsluitend de verwerping van het beroep op verrekening aan de orde gesteld. Het gaat in dit cassatieberoep om de rechtsverhouding tussen de Derde schuldeiser (de schuldeiser van de beweerde “steunvordering”) en anderzijds de schuldenares. De middelonderdelen 1 en 2 gaan uit van de situatie waarin verrekening heeft plaatsgevonden eerst nadat de Derde schuldeiser was toegelaten tot de schuldsaneringsregeling. Middelonderdeel 3 gaat uit van de veronderstelling dat de verrekening voordien heeft plaatsgevonden. Onderdeel 4 bevat een klacht van procedurele aard.

De wettelijke schuldsaneringsregeling

2.2. Het hoofddoel van de schuldsaneringsregeling¹² is: te voorkomen dat natuurlijke personen die in financiële problemen zijn geraakt tot in lengte van jaren met hun schulden kunnen worden achtervolgd.¹³ Daartoe voorziet de wet in de mogelijkheid dat een schuldenaar die aan zijn verplichtingen uit de schuldsaneringsregeling heeft voldaan, de “schone lei” verkrijgt. Dit doelt op het in art. 358 lid 1 Fw omschreven rechtsgelov van beëindiging van de schuldsaneringsregeling op grond van het verbindend worden van de slotuitdelingslijst (art. 356 lid 2 Fw), te weten: dat de vorderingen ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling werkt, voor zover zij onvoldaan zijn gebleven niet langer afdwingbaar zijn. De (restant-)vorderingen leven voort als *natuurlijke verbintenissen* in de zin van art. 6:3 BW.¹⁴ Van kwijtschelding – d.w.z. het *vervallen* van de (res-

tant-)vorderingen – heeft de wetgever bewust afgezien: enerzijds omdat de schuldenaar de mogelijkheid moet behouden om zijn schuldeisers vrijwillig te voldoen zonder daarvan bijkomend nadeel te ondervinden en, anderzijds, omdat derden – zoals borgen en medeschuldenaren (vgl. art. 300 Fw) – niet moeten kunnen meeprofiteren van de “schone lei”.¹⁵ Toekenning van een “schone lei” is geen automatisme,¹⁶ maar in de praktijk eindigt een schuldsaneringsregeling meestal met het toekennen van de “schone lei”.¹⁷

2.3. In dit opzicht verschilt de schuldsaneringsregeling wezenlijk van het faillissement, dat juist geen gevolgen heeft voor de afdwingbaarheid van onvoldaan gebleven vorderingen.¹⁸ Een gefailleerde kan zich slechts van zijn schuldeisers bevrijden door het aanbieden van een akkoord (art. 138 Fw), dat, indien dit door een meerderheid van de schuldeisers is aangenomen (art. 145 Fw) en door de rechtbank is gehomologeerd (art. 153 Fw), verbindend is voor alle concurrente schuldeisers (art. 157 Fw). In HR 31 januari 1992, *NJ* 1992/686, is geoordeeld dat een dergelijk akkoord een beperkte strekking heeft, in die zin dat het slechts de afdwingbaarheid onthoudt aan de na uitvoering van het akkoord onvoldaan gebleven gedeelten van de betrokken vorderingen. Daarmee strookt het, aan te nemen dat de restantvorderingen blijven voortbestaan als *natuurlijke verbintenissen* (rov. 3.2).¹⁹ In zoverre zijn de rechtsgelov-

12 Wet van 25 juni 1998 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de sanering van schulden van natuurlijke personen, *Stb.* 1998/445, opgenomen in titel III van de Faillissementswet. De regeling is ingrijpend gewijzigd bij wet van 24 mei 2007, *Stb.* 2007/192 (i.w.tr. 1 januari 2008).

13 Zie MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, blz. 6; B. Wessels, *Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen* (Wessels Insolventierecht IX), Deventer: Kluwer 2017, nr. 9001.

14 Zie MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, blz. 10, 20-22; en MvA, *Kamerstukken II* 1993/94, 22 969, nr. 6, blz. 12. Zie nader over deze rechtsfiguur: B. Wessels, *Natuurlijke verbintenissen* (diss. VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988; B. Wessels, *Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen*, 2017, reeds aangehaald, nr. 9399 e.v.

15 MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, blz. 21. Zie nader over deze keuze van de wetgever: B.J. Engberts, *Groene Serie, Faillissementswet*, art. 358 Fw (2017), aant. 4.1.1; A.M.J. van Buchem-Spapens en Th.A. Pouw, *Faillissement, surseance van betaling en schuldsanering* (Mon. Privaatrecht 2), Deventer: Kluwer 2018, blz. 205.

16 Vgl. art. 358 lid 2 in verbinding met art. 354 Fw.

17 Zie bijv. de ‘Monitor Wsnp 2017’ (beschikbaar via <www.bureauwsnp.nl>), die vermeldt dat in 2017 88% van de schuldsaneringen zijn geëindigd met toekenning van een schone lei (blz. 23).

18 Zie bijv. M. Pannevis, *Polak Insolventierecht*, 2017, par. 12.2; B. Wessels, *Faillietverklaring* (Wessels Insolventierecht I), Deventer: Kluwer 2018, nr. 1017 (onder j). Vgl. ook art. 195 Fw: door het verbindend worden van de slotuitdelingslijst verkrijgen onvoldane schuldeisers hun executierechten.

19 Het ging in dit geval om een in het kader van een *surseance van betaling* gesloten akkoord (vgl. art. 252 e.v. Fw). Ook in het kader van de *schuldsaneringsregeling* is een akkoord mogelijk (art. 329 e.v. Fw). Volgens de wetsgeschiedenis is een verbintenis die overblijft na voldoening aan een akkoord in de schuldsaneringsrege-

gen van een faillissementsakkoord en die van toekenning van de “schone lei” vergelijkbaar, met dien verstande dat het akkoord voorwerp is van contractsuitleg en daarom andere rechtsgevolgen kan hebben dan zo-even genoemd.²⁰

Pluraliteit van schuldeisers

2.4. Volgens vaste rechtspraak is voor het aannemen van de in art. 1 lid 1 Fw bedoelde toestand dat de schuldenaar heeft opgehouden te betalen, het bestaan van schulden aan meer dan één schuldeiser vereist.²¹ Een faillissement beoogt de verdeling van het vermogen van de schuldenaar onder diens gezamenlijke schuldeisers.²² Het “pluraliteitsvereiste” brengt mee dat een schuldeiser die het faillissement van een ander aanvraagt, naast zijn eigen vordering ten minste één “steunvordering” van een andere schuldeiser zal moeten aanvoeren.²³ De schuldenaar kan zich tegen de faillissementsaanvraag verweren, onder meer door een beroep te doen op *verrekening*. Door verrekening gaat de vordering tot het beloop van de tegenvordering teniet (art. 6:127 lid 1 BW).²⁴

2.5. Zowel het bestaan van de (steun)vordering als de eventueel gestelde verrekening dienen summierlijk te worden aangetoond (art. 6 lid 3

Fw).²⁵ Daarbij zijn de gewone bewijsregels niet van toepassing;²⁶ de maatstaf van het “summierlijk” blijken houdt in dat de (steun)vordering *aannemelijk* moet worden gemaakt. Dit beoogt te voorkomen dat de schuldenaar door allerlei excepties en chicanes zijn faillissement op de lange baan kan schuiven.²⁷ Ook een (verrekenings)verweer zal ten minste aannemelijk moeten worden gemaakt.²⁸

Verrekening tijdens faillissement of schuldsanering
2.6. Een beroep op verrekening kan ook worden gedaan in het stadium na de faillietverklaring. De Faillissementswet kent voor die situatie bijzondere, van art. 6:127 e.v. BW afwijkende regels.²⁹

2.7. 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 regeling – die ook geldt voor schuldeisers met niet-opeisbare vorderingen (art. 53 lid 2 in verbinding met art. 130 en 131 Fw) en ongeacht of de gegrondheid van het verrekeningsverweer op eenvoudige wijze is vast te stellen (art. 53 lid 3 Fw in verbinding met art. 6:136 BW)³⁰ – berust op de gedachte dat de schuldeiser zijn schuld aan de boedel mag beschouwen als “onderpand” voor de betaling van zijn vordering.³¹ In zoverre maakt art. 53 Fw inbreuk op het beginsel van gelijkheid van crediteuren (art. 3:277 BW),

ling eveneens aan te merken als een natuurlijke verbintenis (MvT, *Kamerstukken II 1992/93*, 22 969, nr. 3, blz. 22). Zie nader over deze kwalificatie bijv. B. Wessels, *Het akkoord* (Wessels Insolventierecht VI), Deventer: Kluwer 2013, nr. 6021 e.v.

- 20 Zie bijv. R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht nr. 8), Deventer: Kluwer 2013, nr. 280, die betoogt dat kwijtschelding zonder resterende natuurlijke verbintenissen uitdrukkelijk moet worden afgesproken.
- 21 Zie bijv. HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, *NJ* 2014/407 m.nt. F.M.J. Verstijlen, rov. 3.4.1; HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:488, *NJ* 2018/225 m.nt. F.M.J. Verstijlen; en laatstelijk HR 26 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1988, rov. 3.4.1.
- 22 HR 22 maart 1985, *NJ* 1985/548 m.nt. W.C.L. van der Grinten, rov. 3.1.
- 23 Zie nader over het pluraliteitsvereiste bijv. B. Wessels, *Faillietverklaring*, 2018, reeds aangehaald, nr. 1188 e.v.
- 24 Zie nader over verrekening als verweer tegen faillietverklaring: B. Wessels, *Faillietverklaring*, 2018, reeds aangehaald, nr. 1202.

- 25 Vgl. MvT, *Van der Feltz I*, blz. 270, waar wordt opgemerkt dat de schuldenaar die gegronde verdedigingsmiddelen heeft, daarvan “althans summierlijk [zal] moeten doen blijken”.
- 26 Zie HR 19 september 1919, *NJ* 1919/987 (onder verwijzing naar de conclusie van A-G Besier op blz. 988); HR 28 juni 1935, *NJ* 1936/25.
- 27 Zie MvT, *Van der Feltz I*, blz. 270.
- 28 Vgl. HR 19 oktober 1956, *NJ* 1957/68 (verrekening niet aannemelijk); en HR 7 december 1990, *NJ* 1991/216 (verrekening wel aannemelijk).
- 29 Zie nader over art. 53 e.v. Fw bijv. B. Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (2)* (Wessels Insolventierecht III), Deventer: Kluwer 2013, nr. 3364 e.v.
- 30 Zie over deze verruimingen t.o.v. art. 6:127 e.v. BW: HR 22 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2688, *NJ* 2006/56 m.nt. S.C.J.J. Kortmann, rov. 3.3.
- 31 Zie MvT, *Van der Feltz I*, blz. 462.

door aan concurrente schuldeisers met een verrekenbare schuld een *feitelijke voorrangpositie* toe te kennen.³²

2.8. Om te voorkomen dat schuldeisers misbruik maken van art. 53 Fw (door voor zichzelf ten nadele van andere schuldeisers een verrekeningspositie te *creëren*) beperkt art. 54 Fw de mogelijkheid van verrekening ten aanzien van vorderingen en schulden die van een derde zijn overgenomen. Geschiedde de overneming vóór de faillietverklaring, dan is verrekening slechts toegestaan indien de betrokkene bij de overneming te goeder trouw was (lid 1). Geschiedde de overneming ná de faillietverklaring, dan is verrekening in het geheel niet toegestaan (lid 2). De wetgever heeft met art. 54 Fw beoogd verrekening uit te sluiten in die gevallen waarin een schuldenaar of een schuldeiser van de boedel een vordering of een schuld van een derde overneemt met het doel zichzelf de mogelijkheid van verrekening te verschaffen.³³ Art. 54 lid 2 Fw berust op de gedachte dat overneming van vorderingen en schulden ná de faillietverklaring “van exceptioneelen aard” is, zodat hier “als vermoeden mag gelden, dat zij eene *verdachte* handeling is”.³⁴

2.9. Art. 307 Fw formuleert voor de *schuldsaneringsregeling* een bijzondere, van art. 53 Fw afwijkende verrekeningsregeling.³⁵ Bij toepassing van de schuldsaneringsregeling is verrekening slechts toegestaan indien schuld en vordering beide zijn ontstaan vóór de uitspraak tot toepassing van de schuldsaneringsregeling. De in art. 53 Fw opgeno-

men verruiming tot gevallen waarin schuld en vordering “voortvloeien uit” voordien verrichte handelingen, verdraagt zich volgens de wetgever niet met het uitgangspunt dat door de uitspraak tot toepassing van de schuldsaneringsregeling zoveel mogelijk een “fixatie van rechten en verplichtingen” wordt aangebracht, en met de overige bepalingen van de regeling.³⁶ De verrekeningsverboden in art. 54 Fw zijn ingevolge art. 313 van overeenkomstige toepassing in het kader van de schuldsaneringsregeling.³⁷

Kan een schuld worden verrekend na toekenning van de “schone lei”?

2.10. Art. 54 Fw geeft geen antwoord op de vraag of een op grond van die bepaling (in verbinding met art. 313 Fw) uitgesloten verrekeningsbevoegdheid na afwikkeling van het faillissement of de schuldsaneringsregeling kan “herleven”. De regels van de Faillissementswet zijn, naar hun aard, slechts van toepassing gedurende de looptijd van de insolventieprocedures waarop zij betrekking hebben. Na beëindiging daarvan herleeft de normale rechtstoestand waarin iedere schuldeiser zijn eigen belangen behartigt (vgl. art. 195 Fw). De wettelijke positionering van art. 54 Fw als “*lex specialis*” ten opzichte van art. 6:127 e.v. BW en de strekking van art. 54 Fw (het waarborgen van de gelijkheid van crediteuren), duiden erop dat ná afwikkeling van het faillissement of de schuldsaneringsregeling aan de hand van de algemene regels van burgerlijk recht moet worden beoordeeld of verrekening is toegestaan. De verrekeningsverboden van art. 54 Fw zijn dan “uitgewerkt”, evenals de bijzondere verrekeningsbevoegdheden van art. 53 en 307 Fw.³⁸

2.11. Voor zover hier van belang, eist art. 6:127 lid 2 BW voor een geslaagd beroep op verrekening *opeisbaarheid van de vordering* aan de zijde van de degene die zich op verrekening wenst te beroe-

32 Zie HR 16 oktober 1998, JOR 1999/17 m.nt. S.C.J.J. Kortmann, rov. 3.6: door verrekening in het faillissement kan een “feitelijke voorrang” worden bewerkstelligd. Vgl. ook H.C.F. Schoordijk, ‘De positie van feitelijk preferente crediteuren bij faillissement en surseance van betaling’, in: P. Tuit e.a. (red.), *Gratia commercii* (bundel A. van Oven), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981, blz. 321-339.

33 Zie HR 7 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0280, NJ 2004/61, rov. 3.3.2, onder verwijzing naar MvT, *Van der Feltz I*, blz. 464. Zie nader over de ratio van art. 54 Fw bijv. N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, blz. 405 e.v.; en B. Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring*, 2013, reeds aangehaald, nrs. 3410 en 3419 e.v.

34 Zie VV, *Van der Feltz I*, blz. 464 - 465.

35 Zie nader over art. 307 Fw: B. Wessels, *Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen*, 2017, reeds aangehaald, nr. 9163 e.v.

36 Zie MvT, *Kamerstukken II 1992/93*, 22 969, nr. 3, blz. 49.

37 Zie H.H. Lammers, *Groene Serie, Faillissementswet*, art. 307 Fw (2007), aant. 9; en art. 313 Fw (2010), aant. 29.

38 Zie in gelijke zin N.E.D. Faber, *Verrekening*, diss. 2005, reeds aangehaald, blz. 459.

pen.³⁹ De achterliggende gedachte is dat een schuldeiser die niet bevoegd is de betaling van zijn vordering af te dwingen, zich ook niet langs andere weg de verschuldigde prestatie behoort te kunnen verschaffen.⁴⁰ In alinea 2.2 hiervoor bleek al dat onvoldane (restant-)vorderingen van schuldeisers na beëindiging van de schuldsaneringsregeling met toekenning van de schone lei slechts voortleven als *natuurlijke verbintenissen*. Op natuurlijke verbintenissen – die niet afdwingbaar zijn (zie art. 6:3 lid 1 BW) – zijn de wettelijke bepalingen betreffende verbintenissen van overeenkomstige toepassing, tenzij de wet of haar strekking anders meebrengt (art. 6:4 BW). De Toelichting Meijers vermeldt in dit verband: “Op deze grond zullen in het algemeen de bepalingen waarin een bevoegdheid aan de schuldeiser wordt gegeven, welke afhankelijk wordt gesteld van de opeisbaarheid van zijn vorderingsrecht, niet voor overeenkomstige toepassing in aanmerking komen bij een natuurlijke verbintenis. Zo kan bij een volkomen verbintenis de schuldenaar niet verrekenen met een aanspraak uit een natuurlijke verbintenis (art. 6.1.10.4) (...)”⁴¹

Omgekeerd verhindert art. 6:4 BW niet dat de *schuldenaar* bij een natuurlijke verbintenis deze (vrijwillig) verrekenen met een afdwingbare tegenvordering op de wederpartij.⁴² Alleen de “gedwongen schuldverrekening”⁴³ is uitgesloten bij natuurlijke verbintenissen.

2.12. Art. 6:131 BW maakt een uitzondering op het vereiste van opeisbaarheid voor natuurlijke verbintenissen die resteren na *verjaring*. De achterliggende gedachte is dat iemand die tot verrekening bevoegd is, zich veelal zal beschouwen als bevrijd en eerst aan het afleggen van een verreke-

ningsverklaring⁴⁴ zal denken wanneer hij tot nakoming van zijn verbintenis wordt aangesproken.⁴⁵ Onder verwijzing naar deze ratio heeft Wessels, in navolging van Schoordijk,⁴⁶ gepleit voor analoge toepassing van art. 6:131 BW op natuurlijke verbintenissen die resteren na homologatie van een faillissementsakkoord.⁴⁷ Faber en Van Erp zijn hem hierin bijgevalen.⁴⁸

2.13. Faber verwijst voor analoge toepassing van art. 6:131 BW naar HR 31 januari 1992, NJ 1992/686. In die zaak ging het om de leverancier van een transportsysteem, die met onvoldane vorderingen achterbleef nadat aan zijn afnemer surseance van betaling was verleend en een akkoord was gehomologeerd op grond waarvan de schuldeisers slechts 2,5% van hun vorderingen kregen uitbetaald. Geconfronteerd met een tegenvordering van de afnemer wegens ondeugdelijkheid van het transportsysteem, beriep de leverancier zich op verrekening met de onvoldaan gebleven vorderingen waarop het akkoord van toepassing was. Het hof honoreerde dat beroep met de overweging dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn dat de afnemer zijn tegenvordering voldaan zou zien, terwijl de leverancier buiten zijn toedoen met een niet te effectueren restantvordering zou blijven zitten. De Hoge Raad liet dat oordeel in stand, onder verwijzing naar “het bijzondere karakter” van het voorliggende geval, dat werd gekenmerkt door de omstandigheid dat de door de afnemer gepretendeerde vordering berustte op “dezelfde

39 Zie nader over de vereisten voor verrekening ex art. 6:127 e.v. BW bijv. N.E.D. Faber, *Verrekening*, diss. 2005, reeds aangehaald, blz. 24 e.v.; en *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/220 e.v.

40 Zie N.E.D. Faber, *Verrekening*, diss. 2005, reeds aangehaald, blz. 73.

41 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6*, blz. 85.

42 Zie *Parl. Gesch. BW Boek 6*, blz. 84-85 (TM) en 86 (MvA II).

43 Zie voor deze term: H.C.F. Schoordijk, ‘De positie van feitelijk preferente crediteuren bij faillissement en surseance van betaling’, 1981, reeds aangehaald, blz. 322 e.v.

44 Zie art. 6:127 lid 1 BW, waarover bijv. N.E.D. Faber, *Verrekening*, diss. 2005, reeds aangehaald, blz. 135 e.v.

45 Zie TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6*, blz. 503.

46 Zie H.C.F. Schoordijk, ‘De positie van feitelijk preferente crediteuren bij faillissement en surseance van betaling’, 1981, reeds aangehaald, blz. 323-324.

47 Zie B. Wessels, *Natuurlijke verbintenissen*, 1988, reeds aangehaald, blz. 367-368. Overigens gaat Wessels hier nog een stap verder, door analoge toepassing van art. 6:131 BW op alle “afgeleide” natuurlijke verbintenissen in de zin van art. 6:3 lid 2 onder a BW te bepleiten.

48 N.E.D. Faber, *Verrekening*, diss. 2005, reeds aangehaald, blz. 87-88 en 520 – 521; R.H. van Erp, ‘Verrekening na een (faillissements)akkoord’, *WPNR* 1993/6079, blz. 90-94 (m.n. blz. 92 – 93, waar overigens wel een uitzondering wordt bepleit voor het geval dat de schuldenaar heeft ingestemd met het akkoord).

contractuele verhouding” als de tot natuurlijke verbintenis gereduceerde vordering van de leverancier (rov. 3.5).⁴⁹

2.14. Naar mijn indruk biedt het arrest van 31 januari 1992 geen steun voor de door Faber bepleite analoge toepassing van art. 6:131 BW. De Hoge Raad liet in dat arrest de klachten die gericht waren tegen het oordeel dat de als natuurlijke verbintenis resterende vorderingen vatbaar waren voor verrekening, onbesproken bij gebrek aan belang, omdat tevergeefs werd opgekomen tegen het zelfstandig dragende oordeel van het hof dat een beroep op niet-verrekenbaarheid onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (rov. 3.4). Dit duidt erop dat de Hoge Raad slechts een op de omstandigheden van het geval berustende uitzondering heeft aanvaard op de hoofdregel dat de schuldeiser bij een natuurlijke verbintenis zich niet op verrekening kan beroepen. Die uitzondering hield verband met de door de Hoge Raad gesignaleerde *connexiteit* tussen de natuurlijke verbintenis en de tegenvordering in kwestie.

2.15. Voor analoge toepassing van art. 6:131 BW zie ik geen grond waar het natuurlijke verbintenis betreft die resteren na beëindiging van de schuldsaneringsregeling met toekenning van de schone lei. Toekenning van de schone lei heeft, zoals gezegd, tot doel: te voorkomen dat schuldenaren die daarvoor in aanmerking komen, tot in lengte van jaren met hun schulden achtervolgd kunnen worden (vgl. alinea 2.2 hiervoor). Tegen die achtergrond is bij de totstandkoming van de Wsnp met zoveel woorden uitgesproken “dat iemand die schuldenaar is bij een gewone civiele verbintenis deze niet kan verrekenen met een ingevolge artikel 358 van het wetsvoorstel als natuurlijke verbintenis overblijvende vordering die deze persoon als schuldeiser heeft”.⁵⁰ Die opvatting wordt in de rechtsliteratuur breed onderschre-

ven.⁵¹ Ook Wessels stelt dat zijn eerdere pleidooi voor analoge toepassing van art. 6:131 BW zich niet uitstrekt tot natuurlijke verbintenissen die resteren na toekenning van de schone lei. De in alinea 2.12 besproken ratio van art. 6:131 BW – een “waarborg tegen verrassing” – acht Wessels hier niet aan de orde, omdat nagenoeg elke schuldeiser actief deelneemt aan de schuldsaneringsregeling. Voor schuldeisers die niet ter verificatie zijn verschenen, wil Wessels geen uitzondering maken.⁵²

2.16. Het lijkt mij niet uitgesloten dat onder bijzondere omstandigheden – met name in geval van connexiteit tussen de betrokken vorderingen – een uitzondering wordt gemaakt op de regel dat natuurlijke verbintenissen die resteren na toekenning van de schone lei niet vatbaar zijn voor gedwongen schuldverrekening. Illustratief is het geval dat aan de orde was in Hof ’s-Gravenhage 27 november 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ0889 (ook genoemd in het cassatierekest).⁵³ Een vervoerder vorderde betaling voor vervoersdiensten die hij in een ver verleden (*anno* 2002) voor een gemeente had verricht. De gemeente vorderde in reconventie schadevergoeding wegens een tekortkoming in de nakoming van de vervoerovereenkomst. De rechtbank achtte beide vorderingen toewijsbaar en veroordeelde de vervoerder tot betaling van het bedrag dat na verrekening resteerde. In appel bleek dat de vervoerder van 2003 tot en met 2006 een schuldsaneringstraject had doorlopen dat met toekenning

49 De advocaat-generaal Koopmans had tot vernietiging geconcludeerd, met het argument dat naar geldend recht de schuldeiser bij een natuurlijke verbintenis geen beroep toekomt op verrekening en dat art. 6:131 BW uitdrukkelijk is beperkt tot verjaringsituaties (conclusie, onder 10).

50 MvA, *Kamerstukken II* 1993/94, 22 969, nr. 6, blz. 12.

51 Zie bijv. R.J. Verschoof, *Schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen* (NIBE Bankjuridische Reeks nr. 36), Amsterdam: NIBE 1998, blz. 178 (met in voetnoot 327 kritiek op de opvatting van Schoordijk); M.H. Wissink, ‘Schone lei en natuurlijke verbintenis’, *Schuldsanering* 2000-3 (juni), blz. 4; G.H. Lankhorst, ‘Enkele opmerkingen over de schone lei’, *Schuldsanering* 2012-2 (juni), blz. 6 (en dezelfde auteur in *Bb.* 2012/26, par. 7); M. van Bommel en M. van der Wal, ‘Verrekeningsrecht na de beëindiging van de Wsnp met schone lei’, *WSNP Periodiek* 2015/23 (afl. 4), blz. 2-5 (m.n. blz. 3); M. van Bommel, *Van schuldsanering tot schone lei*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, blz. 176; B.J. Engberts, *GS Faillissementswet*, art. 358 Fw (2017), aant. 4.2; B.J. Engberts, *T&C Insolventierecht* (2019), art. 358, aant. 2.

52 Zie B. Wessels, *Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen*, 2017, reeds aangehaald, nr. 9405.

53 Zie de toelichting in het cassatierekest op blz. 4 (voetnoot 5).

van de “schone lei” was geëindigd. De Wsnp-bevindvoerder had de vordering van de vervoerder op de gemeente niet geïncasseerd en de gemeente had haar daarmee corresponderende tegenvordering niet ter verificatie ingediend. Pas in 2011 – eenmaal aangesproken tot betaling – had de gemeente voor het eerst een beroep op verrekening gedaan. Het hof honoreerde dat beroep, door een analoge toepassing van art. 6:131 BW.⁵⁴ De daarbij gekozen constructie lijkt mij niet juist, om de zo-even genoemde reden, maar de uitkomst lijkt mij verdedigbaar.⁵⁵ De derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid biedt mijns inziens een beter aanknopingspunt om deze uitkomst te bereiken, gelet op het in alinea 2.13 besproken arrest van 31 januari 1992.⁵⁶

2.17. Volledigheidshalve wijs ik nog op Rb. ’s-Hertogenbosch 22 november 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY3848, waarin – ter zijde, maar in algemene zin – is overwogen dat de schuldeiser “haar verrekeningspositie ook zou behouden nadat een schuldsaneringsregeling zou zijn doorlopen en de zogenaamde ‘schone lei’ zou worden verleend” (rov. 3.4). Die overweging lijkt mij in haar algemeenheid niet juist. Afgezien van de zo-even bedoelde uitzonderingssituaties, zie ik geen ruimte voor schuldeisers om onvoldane vorderingen waarop de “schone lei” van toepassing is, te verrekenen.

3. Bespreking van de klachten

3.1. De klachten onder I en II zijn gericht tegen het oordeel in rov. 3.12, dat art. 54 lid 2 Fw (in verbinding met art. 313 Fw) aan verrekening in de weg staat. *Klacht I* houdt in dat het hof heeft miskend dat artikel 54 lid 2 Fw uitsluitend ziet op verrekening tijdens de looptijd van de wettelijke schuldsaneringsregeling. Het staat niet in de weg aan verrekening *na beëindiging* daarvan. De toelichting in het cassatierekest verwijst naar de ratio van art. 54 Fw. De schuldenares betoogt dat na

het einde van een faillissement of schuldsaneringsregeling geen sprake meer is van een (dreigende) “*concursum creditorum*”, zodat art. 54 Fw in die situatie toepassing mist. Op grond van de algemene verrekeningsregels van art. 6:127 e.v. BW zou het verrekeningsverweer dan moeten slagen. De schuldenares zoekt aansluiting bij de in alinea 2.12 hiervoor besproken opvatting van Faber en bij het in alinea 2.16 hiervoor besproken arrest van het gerechtshof te ’s-Gravenhage, waarin is geoordeeld dat art. 6:131 BW analoog moet worden toegepast op natuurlijke verbintenissen die reteren na toekenning van de schone lei. *Klacht II* houdt in dat de verwerping van het verrekeningsverweer onbegrijpelijk is, omdat het hof niet heeft vastgesteld op welke datum de verrekening heeft plaatsgevonden. Met name heeft het hof niet vastgesteld dat de verrekening heeft plaatsgevonden op een tijdstip waarop de wettelijke schuldsaneringsregeling op de Derde schuldeiser van toepassing was.

3.2. De aanvragers van het faillissement stellen ten eerste dat de schuldenares belang mist bij deze klachten, omdat het hof het verrekeningsverweer heeft verworpen op andere gronden die zelfstandig de beslissing van het hof kunnen dragen. Als zodanige gronden noemen zij (a) dat er “onduidelijkheden” bestaan over de gestelde cessie en het tijdstip van de verrekening (rov. 3.12, laatste volzin) en (b) dat uit de indiening van de vordering van [B] bij de bewindvoerder in de schuldsanering van de Derde schuldeiser (voor een bedrag van € 4.200.000,-) volgt dat geen verrekening heeft plaatsgevonden (rov. 3.14, laatste volzin).⁵⁷ Dit verweer faalt. Ad (a): Het hof heeft de in rov. 3.12 genoemde “onduidelijkheden” uitdrukkelijk daargelaten. Hieruit leid ik af dat het hof het verrekeningsverweer niet reeds vanwege die onduidelijkheden heeft verworpen. Wat betreft de onder (b) bedoelde overweging: die overweging stond in het teken van de stelling dat begin 2009 al verrekening zou hebben plaatsgevonden (rov. 3.14, eerste volzin). Het hof heeft die stelling onvoldoende aannemelijk geacht. Daaruit volgt niet dat de verrekening ná de gestelde cessie van maart 2012 volgens het hof onvoldoende aannemelijk zou zijn.

54 Het hof spreekt in rov. 2.9 abusievelijk over art. 6:130 lid 1 BW.

55 Zie in die zin ook M. van Bommel en M. van der Wal, ‘Verrekeningsrecht na de beëindiging van de Wsnp met schone lei’, 2015, reeds aangehaald, blz. 4.

56 Vgl. ook N.E.D. Faber, *Verrekening*, diss. 2005, reeds aangehaald, blz. 520 - 521, die de derogerende werking als alternatief voor analoge toepassing van art. 6:131 BW lijkt te beschouwen.

57 Zie de schriftelijke toelichting tijdens de aanvragers van het faillissement, par. 2.20.

3.3. Ten tweede betogen de aanvragers dat de schuldenares belang mist bij haar klachten, omdat het cassatiemiddel ten onrechte uitgaat van de rechtsopvatting dat art. 6:131 BW analoog kan worden toegepast op natuurlijke verbintenissen die resteren na toekenning van de schone lei.⁵⁸ Die rechtsopvatting lijkt mij inderdaad niet juist (zie alinea 2.15 hiervoor). Dat ontleemt echter niet het belang aan deze middelonderdelen. Het cassatiemiddel gaat ervan uit dat het hof het verrekenverbod van art. 54 lid 2 Fw (in verbinding met art. 313 Fw) heeft toegepast zonder vast te stellen dat de verrekening heeft plaatsgevonden op een moment waarop de wettelijke schuldsaneringsregeling van toepassing was.⁵⁹ Als die lezing juist is, zou klacht I slagen. Daaraan doet niet af dat ook ná beëindiging van de schuldsaneringsregeling in beginsel geen plaats meer is voor verrekening met schulden waarop de “schone lei” van toepassing is (alinea 2.15 e.v.). Toekenning van de “schone lei” na afwikkeling van een schuldsaneringsregeling is geen automatisme (alinea 2.2). Daarom gaat dit voorafgaande verweer in cassatie niet op.

3.4. De klachten onder I en II falen, omdat zij uitgaan van een verkeerde lezing van het bestreden arrest. Het hof overweegt in rov. 3.12 dat de schuldenares de vordering op de Derde schuldeiser heeft overgenomen nadat deze was toegelaten tot de schuldsaneringsregeling. Het hof bedoelt daarmee hetzelfde als de voorzitter van de kamer van het hof ter zitting had opgemerkt, namelijk dat de cessie plaatsvond op het moment dat de Derde schuldeiser in de schuldsaneringsregeling zat.⁶⁰ Deze lezing wordt bevestigd door de laatste volzin van rov. 3.12, waar het hof overweegt dat art. 54 lid 2 Fw op grond van de schakelbepaling in art. 313 Fw van overeenkomstige toepassing is “tijdens de schuldsaneringsregeling”.

3.5. Het hof gaat – anders dan het middel veronderstelt – ervan uit dat de overdracht van de tegenvordering plaatsvond gedurende de looptijd van de schuldsaneringsregeling. Dat is niet onbegrijpelijk: de schuldenares had zelf een brief van de bewindvoerder in de schuldsanering van de Derde

schuldeiser in het geding gebracht, waaruit bleek dat de schuldsaneringsregeling – die op 20 oktober 2009 was begonnen (zie rov. 3.12) – begin april 2013 nog niet was geëindigd.⁶¹ De cessieakte dateerde van maart 2012, dus van ná de aanvang van de schuldsaneringsregeling en vóór het einde daarvan. Hiervan uitgaande, is het oordeel dat art. 54 lid 2 (in verbinding met art. 313) Fw aan de gestelde verrekening in de weg staat, niet onjuist, noch onbegrijpelijk. De slotsom is dat de eerste twee klachten falen.

3.6. *Klacht III* is gericht tegen rov. 3.15, waarin het hof de stelling van de schuldenares verwerpt dat, blijkens een uitspraak van het gerechtshof te Leeuwarden, de vordering van [B] en de vordering van de Derde schuldeiser al in 2009 tegen elkaar zijn weggestreepd. Het hof overweegt dienaangaande:

“3.15 Door [lees: de schuldenares] is ter zitting naar voren gebracht dat het gerechtshof Leeuwarden in 2009 het verzoek van [lees: de Derde schuldeiser] tot faillietverklaring van [de schuldenares], gebaseerd op de hiervoor genoemde vordering van [de Derde schuldeiser], (alsnog) heeft afgewezen, omdat de vorderingen van [B] en [de Derde schuldeiser] tegen elkaar zijn weggestreepd, zodat daar van uit moet worden gegaan. Dat het gerechtshof Leeuwarden toen heeft geoordeeld dat van het bestaan van een vordering van [de Derde schuldeiser] op [de schuldenares] niet summierlijk is gebleken, betekent niet dat het hof nu niet tot een ander oordeel kan komen. Inmiddels is het negen jaar later en is niet alleen de status en de stand van zaken in de TAMARA-procedure zeer onduidelijk, maar is [de Derde schuldeiser] eind 2009 ook toegelaten tot de schuldsaneringsregeling. Waar in 2009 summierlijk kon worden geoordeeld dat geen sprake was van een vordering van [de Derde schuldeiser] op [de schuldenares] is dat nu, gelet op hetgeen in het bestek van de onderhavige faillissementsprocedure door partijen naar voren is gebracht, wel het geval.”⁶²

58 Zie de schriftelijke toelichting zijdens de aanvragers van het faillissement, par. 2.21 e.v.

59 Zie de toelichting in het cassatierekest op blz. 5.

60 Zie blz. 4 van het proces-verbaal van 12 juni 2018.

61 Het hof verwijst naar deze brief in rov. 3.14, vijfde volzin.

62 Met “de TAMARA-procedure” doelt het hof op de in rov. 3.12 en 3.14 genoemde arbitrage-procedure over een door [B] gepretendeerde tegenvordering uit hoofde van meerwerk. De afkorting TAMARA staat kennelijk voor: Transport and Maritime Arbitration.

De klacht houdt in dat dit oordeel onbegrijpelijk is. Met name valt volgens de schuldenares niet in te zien hoe de toelating van de Derde schuldeiser tot de schuldsaneringsregeling kan bijdragen tot het oordeel dat – anders dan in de faillissementsprocedure uit 2009 – van diens vordering (nu wel) summierlijk is gebleken. Volgens de schuldenares doet de toelating tot de schuldsaneringsregeling veeleer de vraag rijzen hoe het mogelijk is dat de vordering van de Derde schuldeiser nog bestaat (en niet vereffend is).

3.7. Deze motiveringsklacht faalt. Hoe het gerechtshof Leeuwarden in 2009 precies heeft geoordeeld over de vordering van de Derde schuldeiser en over de beweerde verrekening met een of meer tegenvorderingen van [B], is in dit geding niet komen vast te staan.⁶³ Hoe dan ook, het hof was in dit geding niet gebonden aan de (beweerdelijk) andersluidende summie beoordeling door het gerechtshof Leeuwarden in de faillissementsprocedure uit 2009. Het hof behoorde zelfstandig te toetsen of summierlijk is gebleken van de steunvordering, onderscheidenlijk van de door de schuldenares gestelde verrekening van die steunvordering met een of meer tegenvorderingen. In rov. 3.11 heeft het hof vastgesteld dat de vordering van de Derde schuldeiser bestaat en in rov. 3.12, respectievelijk in rov. 3.13 – 3.15, dat de gestelde verrekening niet summierlijk is gebleken. De verwijzing in rov. 3.15 naar de toelating van de Derde schuldeiser tot de schuldsaneringsregeling doet aan de begrijpelijkheid van die oordelen niet af. Het hof kon hiervoor een argument ontleen aan het feit dat de vordering van [B] bij de Wsnp-bewindvoerder van de Derde schuldeiser is ingediend voor het volle bedrag van € 4.200.000, hetgeen volgens het hof erop duidt dat op dat moment (nog) geen verrekening had plaatsgevonden (rov. 3.14, laatste volzin). Tegen die achtergrond heeft het hof, op de aangegeven gronden, kunnen oordelen dat van verrekening begin 2009 (vóór de aanvang van de schuldsaneringsregeling) niet summierlijk is gebleken.

3.8. *Onderdeel IV* bevat klachten van procedurele aard. Deze houden in dat het hof met de toepassing van art. 54 lid 2 Fw (in rov. 3.12) buiten de

grenzen van de rechtsstrijd tussen partijen is getreden, de feitelijke grondslag van het verzoek heeft aangevuld en/of in strijd met de goede procesorde heeft gehandeld dan wel een ontoelaatbare verrassingsbeslissing heeft gegeven. Volgens de schuldenares is het verrekenverbod van art. 54 lid 2 Fw geen onderdeel geweest van het debat tussen partijen. De curator in het persoonlijk faillissement van de schuldenares heeft – ter zitting van het hof – een beroep op die wettelijke bepaling gedaan; niet de aanvragers van het faillissement. Bovendien zou uit de processtukken niet blijken dat het hof de schuldenares naar behoren in de gelegenheid heeft gesteld om te reageren op deze nieuwe juridische grondslag voor de verwerping van het (verrekenings)verweer.

3.9. Het komt mij voor, dat het hier gaat om een aanvulling van rechtsgronden waartoe het hof bevoegd en verplicht was. De aanvragers van het faillissement hadden in eerste aanleg de vordering van de Derde schuldeiser aangevoerd als steunvordering. Ook als de aanvragers van het faillissement daarop geen beroep hadden gedaan, had het hof met ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden (art. 25 Rv) mogen en moeten oordelen dat het verrekeningsverweer van de schuldenares afstuit op het verrekeningsverbod in art. 54 lid 2 Fw.

3.10. Overigens komt aan de rechter in faillissementsprocedures een grote vrijheid toe bij de beoordeling of summierlijk is gebleken van omstandigheden die de faillietverklaring rechtvaardigen (in de zin van art. 6 lid 3 Fw).⁶⁴ Het beginsel van de partijautonomie speelt in faillissementsprocedures een minder pregnante rol dan in gewone geschillen tussen (rechts)personen, vanwege de bij de faillietverklaring betrokken belangen van alle schuldeisers.⁶⁵ Indien de schuldenaar een rechtsmiddel tegen de faillietverklaring heeft

63 De uitspraak van het gerechtshof Leeuwarden uit 2009 is niet in het geding gebracht (vgl. voetnoot 50 van de schriftelijke toelichting zijdens de aanvragers van het faillissement).

64 Zie HR 7 april 1995, NJ 1997/21 m.nt. E.A. Alkema, rov. 3.3, waar overigens blijkt dat deze beoordelingsvrijheid de rechter niet ontslaat van zijn motiveringsplicht. Zie nader over de rechterlijke beoordelingsvrijheid in faillissementszaken bijv. B. Wessels, *Faillietverklaring*, 2018, reeds aangehaald, nr. 1204 en 1293 e.v.

65 Vgl. HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY6204, NJ 2006/610, rov. 3.5: nu faillietverklaring de rechtspositie van alle schuldeisers bepaalt, is de appelrechter niet gehouden het vonnis van faillietverklaring te vernietigen op de enkele grond dat tussen aanvrager en schuldenaar in confesso is dat het vorderingsrecht van de aanvrager niet bestaat.

aangewend, behoort het tot de taak van de faillissementscurator dat hij of zij de rechter informeert over de toestand van de boedel. Dit betekent, onder meer, dat de curator de appelrechter inlichtingen kan geven die van belang zijn voor de beoordeling of de schuldenaar al dan niet in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen.⁶⁶

3.1.1. Tegen deze achtergrond acht ik het niet onjuist, noch onbegrijpelijk, dat het hof ter zitting in hoger beroep de curator heeft gehoord en diens standpunt heeft overgenomen dat art. 54 lid 2 Fw aan de door de schuldenares gestelde verrekening in de weg staat. Blijkens het proces-verbaal van de zitting, heeft het hof de schuldenares wel degelijk in de gelegenheid gesteld om – bijgestaan door haar advocaat – op dit standpunt van de curator te reageren.⁶⁷ De schuldenares mocht redelijkerwijs daartoe ook in staat worden geacht: in eerste aanleg was zij al door de aanvragers geconfronteerd met de steunvordering van de Derde schuldeiser en had zij daartegenover een beroep gedaan op verrekening.⁶⁸ In haar verklaring, gevoegd bij het beroepschrift, heeft zij dit verweer onderbouwd met een verwijzing naar de brief van de bewindvoerder in de schuldsanering van de Derde schuldeiser (zie alinea 1.4 hiervoor). Zij was dus bekend met het schuldsaneringstraject van de Derde schuldeiser. Daarom had zij rekening kunnen houden met de vraag naar de toelaatbaarheid van de (door haar bepleite) verrekening van deze natuurlijke verbintenis met een afdwingbare verbintenis en dus ook met het verrekeningsverbod van art. 54 lid 2 in verbinding met art. 313 Fw. Van een ontoelaatbare verrassingsbeslissing is m.i. geen sprake. De klacht onder IV is tevergeefs voorgesteld.

4. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

66 Zie HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:471, NJ 2018/181, rov. 4.2.3. Zie nader over de taak van de faillissementscurator bijv. B. Wessels, *Bestuur en beheer na faillietverklaring* (Wessels Insolventierecht IV), Deventer: Kluwer 2015, nr. 4088 e.v. (m.n. nr. 4092 e.v. over de behartiging van het belang van alle schuldeisers).

67 Zie het proces-verbaal van de zitting bij het hof van 12 juni 2018, blz. 4-6.

68 Zie het proces-verbaal van de zitting in eerste aanleg d.d. 15 mei 2018, blz. 2 (onderaan).

Hoge Raad

(...; red.)

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

i) [verzoekster] was indirect bestuurder van scheepswerf [A] B.V. (hierna: [A]). [A] is in 2005 in staat van faillissement verklaard. Entzinger c.s. zijn curatoren in het faillissement van [A].

ii) De rechtbank Groningen heeft [verzoekster] veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding aan [de derde schuldeiser] (hierna: [de derde schuldeiser]). Bij wijze van voorlopige voorziening is de schadevergoeding vooralsnog bepaald op € 1.500.000,--.

iii) [de derde schuldeiser] is op 20 oktober 2009 toegelaten tot de wettelijke schuldsaneringsregeling.

iv) Bij arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 12 mei 2015 (ECLI:NL:GHARL:2015:3416) is [verzoekster], naast twee anderen, op vordering van Entzinger c.s. hoofdelijk veroordeeld tot vergoeding van het boedeltekort in het faillissement van [A], op dat moment begroot op € 6.032.815,01. Het door [verzoekster] ingestelde cassatieberoep is door de Hoge Raad verworpen bij arrest van 11 november 2016 (ECLI:NL:HR:2016:2575).

v) [verzoekster] heeft de hiervoor onder (iv) genoemde vordering onbetaald gelaten.

3.2.1. Op verzoek van Entzinger c.s. heeft de rechtbank [verzoekster] in staat van faillissement verklaard.

3.2.2. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Daartoe heeft het, voor zover in cassatie van belang, als volgt overwogen.

Uit de onherroepelijke veroordeling van [verzoekster] tot betaling van het boedeltekort volgt dat summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van Entzinger c.s. (rov. 3.6)

Naast de vordering van Entzinger c.s. is in ieder geval het bestaan van één andere vordering gebleken. Het betreft de vordering van [de derde schuldeiser] die bij de curator in het faillissement van [verzoekster] is ingediend voor een bedrag van € 4.942.518,44. (rov. 3.9)

[verzoekster] heeft niet betwist dat [de derde schuldeiser] een vordering op haar had. Zij heeft tot verweer aangevoerd dat deze vordering teniet is gegaan door verrekening met de door haar van

[B] B.V. overgenomen vordering op [de derde schuldeiser] van € 4.200.000,-, onderscheidenlijk met de door haar van [C] GmbH overgenomen vordering op [de derde schuldeiser] van € 400.000,-. (rov. 3.11)

Uit de stukken blijkt dat [de derde schuldeiser] op 20 oktober 2009 is toegelaten tot de wettelijke schuldsaneringsregeling. [verzoekster] heeft haar beroep op verrekening onderbouwd met een cessieakte van maart 2012. Daaruit volgt dat [verzoekster] de vordering heeft overgenomen nadat [de derde schuldeiser] was toegelaten tot de schuldsaneringsregeling. Art. 54 lid 2 Fw, dat op grond van art. 313 Fw van overeenkomstige toepassing is tijdens de schuldsaneringsregeling, staat in de weg aan de verrekening. (rov. 3.12)

Van verrekening op een eerder tijdstip is niet summierlijk gebleken. (rov. 3.13)

De omstandigheid dat het gerechtshof te Leeuwarden in 2009, bij de afwijzing van een verzoek van [de derde schuldeiser] tot faillietverklaring van [verzoekster], heeft geoordeeld dat niet summierlijk is gebleken van het bestaan van een vordering van [de derde schuldeiser] op [verzoekster], betekent niet dat het hof ditmaal niet tot een ander oordeel kan komen. (rov. 3.15)

Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat de vordering van [de derde schuldeiser] niet door verrekening teniet is gegaan. (rov. 3.16)

Aan het pluraliteitsvereiste is derhalve voldaan (rov. 3.17). Summierlijk is gebleken dat [verzoekster] in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen. (rov. 3.18)

3.3. De onderdelen I en II van het middel komen met een rechts- en motiveringsklacht op tegen het oordeel van het hof in rov. 3.12, dat art. 54 lid 2 Fw in verbinding met art. 313 Fw aan verrekening in de weg staat. Onderdeel I houdt in dat het hof heeft miskend dat art. 54 lid 2 Fw uitsluitend ziet op verrekening tijdens de looptijd van de wettelijke schuldsaneringsregeling. Na beëindiging van de schuldsaneringsregeling staat art. 54 lid 2 Fw niet meer in de weg aan verrekening op de voet van art. 6:127 e.v. BW. Art. 6:131 BW dient naar analogie te worden toegepast op de in art. 358 Fw bedoelde natuurlijke verbintenissen die resteren na toekenning van de schone lei. Onderdeel II houdt in dat de verwerping van het verrekeningsverweer onbegrijpelijk is, omdat het hof niet heeft vastgesteld op welke datum de verrekening heeft plaatsgevonden. In het bijzonder heeft het hof niet vastgesteld dat de verrekening heeft

plaatsgevonden op een tijdstip waarop de wettelijke schuldsanering op [de derde schuldeiser] van toepassing was.

3.4.1. Bij de behandeling van deze klachten wordt het volgende vooropgesteld.

3.4.2. Gedurende de periode dat de in art. 284 e.v. Fw geregelde schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is, kan ingevolge art. 307 Fw hij die zowel schuldenaar als schuldeiser is van de persoon ten aanzien van wie de schuldsaneringsregeling is uitgesproken, zijn schuld met zijn vordering ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling werkt, slechts verrekenen indien beide zijn ontstaan vóór de uitspraak tot de toepassing van de schuldsaneringsregeling. Uit art. 54 lid 2 Fw in verbinding met art. 313 lid 1 Fw volgt dat na de uitspraak tot de toepassing van de schuldsaneringsregeling overgenomen vorderingen of schulden niet verrekend kunnen worden.

3.4.3. Het hoofddoel van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen is dat wordt tegengegaan dat een natuurlijke persoon die in een problematische financiële situatie is terechtgekomen, tot in lengte van jaren met zijn schulden achtervolgd kan worden (zie Kamerstukken II 1992/93, 22969, nr. 3, p. 6). Om die reden is in art. 358 lid 1 Fw bepaald dat door de beëindiging van de toepassing van de schuldsaneringsregeling op grond van art. 356 lid 2 Fw (dat wil zeggen met toekenning van de “schone lei”), een vordering ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling werkt, voor zover deze onvoldaan is gebleven, niet langer afdwingbaar is. Dit brengt mee dat slechts een natuurlijke verbintenis in de zin van art. 6:3 BW overblijft.

3.4.4. Indien de schuldsaneringsregeling is beëindigd, gelden voor de mogelijkheid om te verrekenen de regels van art. 6:127 e.v. BW. Omdat de schuldenaar van degene aan wie de schone lei is toegekend niet bevoegd is als schuldeiser de nakoming af te dwingen van een vordering als bedoeld in art. 358 lid 1 Fw, is hij met betrekking tot die vordering ingevolge art. 6:127 lid 2 BW niet bevoegd om zich op verrekening te beroepen (zie Kamerstukken II 1992/93, 22969, nr. 6, p. 12).

De hiervoor in 3.4.3 vermelde ratio van de toekenning van de schone lei aan het einde van de looptijd van de schuldsaneringsregeling staat in de weg aan analoge toepassing van art. 6:131 lid 1 BW op de in art. 358 lid 1 Fw bedoelde vordering. De in art. 6:131 lid 1 BW neergelegde regel dat de bevoegdheid tot verrekening niet eindigt door verjaring van de rechtsvordering, brengt dus

geen verandering in het hiervoor genoemde uitgangspunt dat na toekenning van de schone lei de schuldenaar van degene aan wie de schone lei is toegekend niet bevoegd is om zich op verrekening te beroepen.

3.5. Het hof heeft in rov. 3.12 overwogen dat [verzoekster] betoogt dat zij de vordering op [de derde schuldeiser] heeft overgenomen in 2012, derhalve nadat [de derde schuldeiser] in 2009 was toegelaten tot de schuldsaneringsregeling. Voorts heeft het hof geoordeeld dat art. 54 lid 2 Fw in verbinding met art. 313 Fw tijdens de schuldsaneringsregeling aan verrekening in de weg staat. Laatstgenoemd oordeel is juist (zie hiervoor in 3.4.2). Nu uit de door [verzoekster] in het geding gebrachte brief van de bewindvoerder in de schuldsanering van [de derde schuldeiser] blijkt dat de schuldsaneringsregeling begin april 2013 nog niet was geëindigd, is het oordeel van het hof dat erop neerkomt dat de cessie waarop [verzoekster] zich beroept, plaatsvond op een moment dat [de derde schuldeiser] nog in de schuldsanering zat, in het licht van de gedingstukken niet onbegrijpelijk.

De onderdelen I en II nemen kennelijk tot uitgangspunt dat de schuldsaneringsregeling van [de derde schuldeiser] ten tijde van het geding voor het hof was beëindigd onder toekenning van de schone lei en betogen dat [verzoekster] daarom alsnog tot verrekening kon overgaan. Dat betoog stuit af op hetgeen hiervoor in 3.4.4 is overwogen. Opmerking verdient dat een beroep op niet-verrekenbaarheid op de grond dat nakoming van de te verrekenen vordering niet afdwingbaar is, wegens de bijzondere omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn (vgl. HR 31 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0492, rov. 3.5). [verzoekster] heeft daarop echter geen beroep gedaan.

Het voorgaande brengt mee dat de hiervoor in 3.3 weergegeven klachten niet tot cassatie kunnen leiden.

3.6. De overige klachten van het middel kunnen evenmin 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.

4. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

NOOT

1. Tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen wordt de bevoegdheid van de schuldeiser om zich op verrekening te beroepen, beheerst door het bepaalde in art. 307 Fw. Dit artikel, dat afwijkt van art. 53 en art. 234 Fw, staat verrekening slechts toe, indien de te verrekenen vordering (waarvoor de schuldsaneringsregeling werkt) en de te verrekenen schuld beide vóór de uitspraak tot toepassing van de schuldsaneringsregeling zijn ontstaan, dat wil zeggen vóór de aanvang van de dag waarop de schuldsaneringsregeling ten aanzien van de schuldenaar van toepassing is verklaard. Ingevolge art. 313 lid 1 Fw zijn art. 54 en art. 55 Fw, die misbruik van de verrekeningsbevoegdheid beogen te voorkomen, tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling van overeenkomstige toepassing. Zo brengt art. 313 lid 1 jo. art. 54 lid 2 Fw met zich dat na de uitspraak tot toepassing van de schuldsaneringsregeling overgenomen vorderingen of schulden niet kunnen worden verrekend. Vgl. r.o. 3.4.2 van het arrest van de Hoge Raad. Na de beëindiging van de schuldsaneringsregeling (met of zonder schone lei) is art. 307 Fw niet meer van toepassing. Hetzelfde geldt voor art. 54 en art. 55 Fw. De bevoegdheid tot verrekening wordt dan weer beheerst door de algemene bepalingen uit het BW: art. 6:127 e.v. BW. Vgl. r.o. 3.4.4 van het arrest van de Hoge Raad.

2. De wetgever heeft met art. 307 Fw bewust gekozen voor een beperktere verrekeningsbevoegdheid dan voor faillissement en surseance van betaling uit art. 53 en art. 234 Fw voortvloeit. Voor verrekening op de voet van art. 307 Fw is het niet voldoende dat de te verrekenen vordering en schuld (rechtstreeks) voortvloeien uit een rechtsverhouding die bij de aanvang van de toepassing van de schuldsaneringsregeling reeds bestond. Een ruimere verrekeningsbevoegdheid zou zich volgens de wetgever niet verdragen met het uitgangspunt dat door de uitspraak tot toepassing van de schuldsaneringsregeling zoveel mogelijk een fixatie van rechten en verplichtingen wordt aangebracht, noch met de overige bepalingen van de schuldsaneringsregeling. Zie Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet, Wetswijzigingen* (1995), p. 755. Mij overtuigt de aan art. 307 Fw ten grond-

slag liggende redenering van de wetgever niet. Ik acht art. 307 Fw in verschillende opzichten ongelukkig. Zo verhoudt het artikel zich slecht met de positie van een pand- of hypotheekhouder tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling. De pand- of hypotheekhouder kan – evenals tijdens faillissement en surseance van betaling – verhaal nemen op het onderpand, niet alleen voor door het pand- of hypotheekrecht gecureerde vorderingen die bij de aanvang van de toepassing van de schuldsaneringsregeling reeds bestonden, maar ook voor vorderingen die eerst nadien zijn ontstaan doch voortvloeien uit een destijds reeds bestaande rechtsverhouding. Het is in overeenstemming met de zekerheidsfunctie van verrekening om de bevoegdheid tot verrekening daarbij te laten aansluiten. Ongelukkig is voorts dat art. 307 Fw de schuldeiser niet ten minste de bescherming biedt van het algemene art. 6:130 BW. Zo is de schuldeiser op grond van art. 6:130 lid 2 jo. art. 6:130 lid 1 BW ondanks een onder hem gelegd derdenbeslag bevoegd tot verrekening, (onder meer) indien de te verrekenen vordering een schuld uit dezelfde rechtsverhouding voortvloeien, en wel ongeacht of de vordering en schuld vóór dan wel na de beslaglegging zijn ontstaan. Art. 307 Fw onthoudt tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling een dergelijke bescherming aan de schuldeiser. Het artikel is daardoor in zijn uitwerking mijns inziens te strikt. Ook in een ander opzicht is art. 307 Fw ongelukkig. Zo dient verrekening tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling tevens te worden toegestaan in een geval als be-recht in HR 17 februari 1995, *NJ* 1996/471, m.nt. WMK (*Mulder q.q./CLBN*), ook indien de schuld aan de schuldenaar eerst na de uitspraak tot toepassing van de schuldsaneringsregeling is ontstaan, waardoor die schuld naar de letter buiten de toepassingsfeer van art. 307 Fw valt. Zie Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, nr. 405. Er bestaat mijns inziens geen grond de pandhouder die zich op verrekening wenst te beroepen, tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling slechter te behandelen dan tijdens faillissement.

3. Overigens verdient opmerking dat art. 307 Fw niet geheel juist is geredigeerd. Hoewel de tekst van art. 307 Fw anders doet vermoeden, beoogt het artikel mijns inziens niet een beroep op verrekening uit te sluiten ter zake van de in art. 299

lid 1 aanhef en onder b t/m e Fw genoemde vorderingen op de schuldenaar waarvoor de schuldsaneringsregeling werkt, maar die eerst na de uitspraak tot toepassing van de schuldsaneringsregeling zijn ontstaan. Deze vorderingen moeten voor de toepassing van art. 307 Fw met ten tijde van de uitspraak tot toepassing van de schuldsaneringsregeling reeds bestaande vorderingen op één lijn worden gesteld en kunnen mijns inziens naar geldend recht op dezelfde voet worden verrekend. Vgl. Faber, *Verrekening*, diss. (2005), nr. 405. Ten aanzien van andere dan de hiervóór bedoelde vorderingen die eerst na de uitspraak tot toepassing van de schuldsaneringsregeling zijn ontstaan (en niet uit een reeds bestaande rechtsverhouding voortvloeien), werkt de schuldsaneringsregeling niet. Uitgaande van de door de wetgever gemaakte keuze, is verrekening van die vorderingen op de voet van art. 307 Fw niet toegestaan. De schuldenaar is echter wel gehouden die vorderingen te voldoen, en wel ten laste van niet tot de boedel behorende goederen. Voldoet de schuldenaar een dergelijke vordering niet en wordt hij ingevolge art. 312 jo. art. 6 lid 3 Fw in staat van faillissement verklaard, dan is de schuldeiser bevoegd die vordering op de voet van het ruimere art. 53 Fw te verrekenen. De schuldeiser kan in voorkomend geval zijn vordering waarvoor de schuldsaneringsregeling niet werkt, ook reeds tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling in verrekening brengen, maar dan op de voet van de art. 6:127 e.v. BW. Vanwege het karakter van de schuldsaneringsregeling kan laatstbedoelde verrekening echter alleen plaatsvinden met een niet tot de boedel behorende tegenvordering van de schuldenaar.

4. Door de beëindiging van de toepassing van de schuldsaneringsregeling op grond van art. 356 lid 2 Fw (de beëindiging met toekenning van een schone lei) is een vordering ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling werkt, voor zover deze onvoldaan is gebleven, niet langer afdwingbaar. Vgl. art. 358 lid 1 Fw. De rechtsvordering komt aan de verbintenis te ontvallen en er resteert slechts een natuurlijke verbintenis, zoals bedoeld in art. 6:3 BW. Vgl. r.o. 3.4.3 van het arrest van de Hoge Raad. De schuldeiser van een natuurlijke verbintenis kan zich ter zake van die verbintenis niet op verrekening beroepen. Dit volgt uit art. 6:4 jo. art. 6:127 lid 2 BW. Vgl. ook TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 85, 492 en 503,

en MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 86 en 494, alsmede Kortmann/Faber, *Wetswijzigingen* (1995), p. 674. In deze zin ook de eerste alinea van r.o. 3.4.4 van het arrest van de Hoge Raad. Dit vormt het wettelijke uitgangspunt.

5. Op de regel dat de schuldeiser van een natuurlijke verbintenis niet bevoegd is zijn vordering op de schuldenaar in verrekening te brengen, maakt art. 6:131 lid 1 BW een uitzondering. De schuldeiser van een civiele verbintenis, die de verbintenis als gevolg van verjaring van zijn rechtsvordering tot een natuurlijke verbintenis ziet verworden, verliest een ten tijde van de verjaring reeds bestaande bevoegdheid tot verrekening niet. De hier bedoelde uitzondering leent zich mijns inziens voor analoge toepassing op de natuurlijke verbintenis die overblijft na het in kracht van gewijsde gaan van de homologatiebeschikking ter zake van een door de schuldenaar aangeboden faillissements-, surseance- of schuldsaneringsakkoord. Vgl. Faber, *Verrekening*, diss. (2005), nrs. 83 en 442. Een bevoegdheid tot verrekening die bij het in kracht van gewijsde gaan van de homologatiebeschikking reeds bestond, dient eveneens in stand te blijven. Voorts zou ik menen dat de schuldeiser bevoegd is en blijft zijn vordering te verrekenen met een schuld die uit dezelfde rechtsverhouding voortvloeit. Vgl. Faber, *Verrekening*, diss. (2005), nrs. 83 en 442. De connexiteit tussen de vordering en de schuld, de zekerheidsfunctie van verrekening en de billijkheid rechtvaardigen dit. Het voorafgaande wordt mijns inziens niet anders, wanneer het gaat om een natuurlijke verbintenis die overblijft na de beëindiging van de schuldsaneringsregeling op grond van art. 356 lid 2 Fw. Ik zou menen dat in elk van de hiervoor bedoelde gevallen een beroep op verrekening in beginsel moet worden toegestaan, tenzij zulks wegens de bijzondere omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

6. De Hoge Raad kiest – in ieder geval met betrekking tot de in art. 358 lid 1 Fw bedoelde vordering – voor een andere benadering. Volgens de Hoge Raad staat de ratio van de toekenning van een schone lei aan het einde van de looptijd van de schuldsaneringsregeling in de weg aan analoge toepassing van art. 6:131 lid 1 BW. Het uitgangspunt blijft derhalve dat verrekening door de schuldeiser van de aldus resterende natuurlijke verbintenis niet is toegestaan.

In navolging van HR 31 januari 1992, *NJ* 1992/686, m.nt. Van Schilfgaarde (*Van der Hoeven/Comtu*) oordeelt de Hoge Raad in r.o. 3.5, slot, evenwel dat een beroep op niet-verrekenbaarheid wegens de bijzondere omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. Dat zal met name het geval (kunnen) zijn, indien de te verrekenen vordering en schuld uit dezelfde rechtsverhouding voortvloeien.

7. De benadering van de Hoge Raad is mijns inziens te strikt. Er wordt te veel (en een niet geheel juiste) betekenis toegekend aan de ratio van de toekenning van een schone lei aan de schuldenaar. Bedacht moet worden dat een schuldeiser die tot verrekening bevoegd is, dikwijls niet tot het vorderen van nakoming zal overgaan en veelal met het uitbrengen van een verrekeningsverklaring zal wachten totdat hij door zijn wederpartij tot nakoming wordt aangesproken. Vgl. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 503. Vgl. ook MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 57. Een dergelijke houding van de schuldeiser is legitiem en wordt gerechtvaardigd door het bij hem aanwezige vertrouwen dat hij zich te zijner tijd op verrekening zal kunnen beroepen. Enerzijds kan de schuldeiser van zijn stilzitten geen verwijt worden gemaakt en anderzijds moet de schuldenaar niet kunnen profiteren van het feit dat hij (c.q. de bewindvoerder) zelf is blijven stilzitten en van de schuldeiser geen nakoming heeft gevorderd of bij hem op nakoming heeft aangedrongen. Wordt de schuldeiser in een geval als hier bedoeld, een beroep op verrekening onthouden, dan leidt dat tot een ongerechtvaardigd voordeel voor de schuldeisers ten aanzien van wier vorderingen de schuldsaneringsregeling niet werkte. Zij hebben als gevolg daarvan immers alsnog verhaal op een vermogensbestanddeel dat voorheen tot de boedel behoorde en dat (behoudens een beroep op verrekening door de desbetreffende schuldeiser) bestemd was voor verhaal door schuldeisers van vorderingen ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling wél werkte. Dit is in strijd met het wezen van de schuldsaneringsregeling, zoals uitgedrukt in onder meer art. 295, 306, 308 en 310 Fw. Anders dan de Hoge Raad in navolging van de A-G (vgl. Conclusie, onder 2.15) aanneemt, pleiten de wettelijke bepalingen van de schuldsaneringsregeling derhalve juist vóór het toestaan van verrekening door de

schuldeiser van de in art. 358 lid 1 Fw bedoelde vordering, indien zijn bevoegdheid tot verrekening ten tijde van de verkrijging van de schone lei door de schuldenaar reeds bestond. Om die reden ligt een analoge toepassing van art. 6:131 lid 1 BW bij uitstek voor de hand. Ik merk in dit verband nog op dat de karakterisering van art. 6:131 lid 1 BW als een "waarborg tegen verrassing" (vgl. *Wessels, Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen* (2017), nr. 9405, instemmend aangehaald in de Conclusie van de A-G, onder 2.15) geen recht doet aan de strekking van art. 6:131 lid 1 BW. Ook een schuldeiser die wilens en wetens met het uitbrengen van zijn verkeningsverklaring wacht totdat hij door de schuldenaar tot betaling wordt aangesproken, geniet de bescherming van het artikel.

8. In het voorliggende geval vloeien de te verrekenen vordering en schuld niet uit dezelfde rechtsverhouding voort en heeft de schuldeiser (verzoekster tot cassatie) de te verrekenen tegenvordering tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling van een derde overgenomen, zoals bedoeld in art. 313 jo. art. 54 lid 2 Fw. Ook in de door mij voorgestane benadering zou een beroep op verrekening moeten worden verworpen. Een analoge toepassing van art. 6:131 lid 1 BW zou in het voorliggende geval immers alleen bescherming bieden, indien de schuldeiser ten tijde van de verkrijging van de schone lei door de schuldenaar reeds een bevoegdheid tot verrekening had. Daarvan is wegens het genoemde verrekeningsverbod geen sprake. Dat dit verbod na de beëindiging van de schuldsaneringsregeling niet meer geldt, doet hieraan niets af.

9. Hiervóór onder 3 gaf ik aan dat art. 307 Fw ten onrechte een beperking aanbrengt op de algemene bescherming die art. 6:130 lid 2 BW biedt voor het geval tussen de te verrekenen vordering en schuld de in dat artikel bedoelde connexiteit bestaat. Vloeien de te verrekenen vordering en schuld uit dezelfde rechtsverhouding voort, dan dienen zij mijns inziens steeds met elkaar te kunnen worden verrekend, ook na de toekenning van een schone lei aan de schuldenaar. Vgl. *Faber, Verrekening*, diss. (2005), nrs. 83 en 442. Vgl. ook Hof 's-Gravenhage 27 november 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ0889. Een uitzondering hierop geldt slechts, indien verrekening wegens de bijzondere omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijk-

heid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dat laatste zal mijns inziens slechts zelden het geval zijn. De Hoge Raad gaat uit van de omgekeerde benadering en oordeelt dat de schuldeiser van een natuurlijke verbintenis die na de toekenning van de schone lei resteert, niet tot verrekening bevoegd is, tenzij een beroep op niet-verrekenbaarheid wegens de bijzondere omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dat laatste zal – gelet op HR 31 januari 1992, *NJ* 1992/686, m.nt. Van Schilfgaarde (*Van der Hoeven/Comtu*) – reeds snel kunnen worden aangenomen, indien de te verrekenen vordering en schuld uit dezelfde rechtsverhouding voortvloeien. Daardoor behoeven de beide hiervoor genoemde benaderingen qua uitkomst niet wezenlijk van elkaar te verschillen. Wel dient de schuldeiser, uitgaande van de benadering van de Hoge Raad, steeds een gemotiveerd beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid te doen.

N.E.D. Faber

146

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp
Leeuwarden
26 maart 2019, zaaknr. 200.223.244/01,
ECLI:NL:GHARL:2019:2672
(mr. Tubben, mr. Kuiper, mr. Smit)
Noot mr. dr. A.J. Tekstra

Renvooiprocedure. Schuldsanering natuurlijke personen. Parate executie door pand- en hypotheekhouder. Toepassing contractuele imputatieregeling op verhaal op opbrengst. Saniet is rente verschuldigd gebleven tot uitwinning van zekerheden. Verwijzing naar HR 28 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2120; HR 13 maart 2009, «JOR» 2009/152 (Van Wijk/ING); HR 15 maart 2013, «JOR» 2014/270, m.nt. NEDF en Vermunt onder «JOR» 2014/271 (Staatssecretaris van Financiën/X) en HR 10 juni 2016, «JOR» 2016/288, m.nt. Bartels.

[Fw art. 57, 128, 299 lid 3, 303 lid 1, 328 lid 2;
BW art. 3:244, 3:248 lid 1, 3:263, 3:268 lid 1,
3:297]

Tussen de schuldenaar (thans: saniet) en de bank is een overeenkomst van geldlening gesloten, die door pand en hypotheek wordt gedekt. Pand- en hypotheekhouders blijven op grond van art. 299 lid 3 Fw jo. art. 57 lid 1 Fw in de schuldsaneringsregeling hun separatistenpositie behouden. Het wettelijke uitgangspunt is dan ook dat de schuldsaneringsregeling niet werkt ten aanzien van vorderingen die door pand en hypotheek zijn gedekt. De bank kon daarom haar rechten uitoefenen alsof er geen wettelijke schuldsaneringsregeling op saniet van toepassing was. De wettelijke en contractuele rechten, verplichtingen en bevoegdheden worden in beginsel niet geraakt door deze regeling. De rechtbank heeft ten onrechte toepassing gegeven aan het bepaalde in art. 328 lid 2 Fw/128 Fw. Die artikelen zijn niet van toepassing, omdat de bank haar rechten als separatist heeft benut nu de zogenoemde "oneigenlijke lossing" als een door de pand- of hypotheekhouder verrichte executie, waarbij de curator in eigen naam ten behoeve van de pand- of hypotheekhouder handelt, kan worden beschouwd (zie HR 15 maart 2013, «JOR» 2014/270, m.nt. NEDF en Vermunt onder «JOR» 2014/271 (Staatssecretaris van Financiën/X)). Volgens de afspraken tussen de bank en saniet strekken genoemde zekerheidsrechten niet alleen tot waarborg

voor de terugbetaling van de hoofdsom, maar ook voor de verschuldigde rente en kosten. Volgens de contractuele imputatieregeling wordt de (verkoop)opbrengst van de verbonden goederen eerst toegerekend aan de verschuldigde rente en dan aan de verschuldigde hoofdsom. Het uitspreken van de schuldsaneringsregeling brengt daarin in beginsel geen wijziging. De bewindvoerder heeft gesteld dat bij executie er geen sprake zou zijn van betaling, zodat de imputatieregeling geen toepassing vindt. Dit standpunt is echter onjuist, omdat uit art. 3:297 BW voortvloeit dat aan de tenuitvoerlegging van een executorial titel dezelfde rechtsgevolgen worden verbonden als aan een vrijwillige nakoming van de uit die titel blijkende verplichting tot die prestatie. Dit artikel kent een ruim toepassingsgebied, in die zin dat in beginsel vrijwillige en afgedwongen prestaties gelijkwaardig zijn aan elkaar (zie HR 28 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2120). Art. 303 lid 1 Fw bepaalt dat de schuldenaar vanaf de dag van de uitspraak tot toepassing van de schuldsaneringsregeling geen wettelijke of bedongen rente verschuldigd is. De schuldsaneringsregeling werkt echter niet ten aanzien van vorderingen die door pand en hypotheek zijn gedekt, behalve voor zover die vorderingen niet op de verbonden goederen verhaald kunnen worden (zie HR 13 maart 2009, «JOR» 2009/152 (Van Wijk/ING) en HR 10 juni 2016, «JOR» 2016/288, m.nt. Bartels (X/Y)). Dit houdt in dat de schuldenaar tijdens de schuldsaneringsregeling, zolang de woning nog niet is verkocht, de hypotheekrente verschuldigd blijft (art. 57 Fw jo. art. 3:248 lid 1 en 3:268 lid 1 jo. art. 3:244 en 3:263 BW). De schuldsaneringsregeling werkt immers niet ten aanzien van die vordering. Als na de verkoop van het verhypothekerde goed (uitwinning van de zekerheden), nog een ongedekte restantvordering resteert, valt die wel onder de werking van de schuldsaneringsregeling. In dat geval is er immers geen sprake meer van een door pand en hypotheek gedekte vordering. Over die vordering is overeenkomstig art. 303 lid 1 Fw geen rente meer verschuldigd, maar zoals hiervoor omschreven, wel pas vanaf het moment dat de pand- en hypotheekrechten zijn uitgewonnen. Dit leidt tot de volgende conclusie. De bank heeft gebruikgemaakt van haar recht van parate executie en heeft haar zekerheden uitgewonnen. Na uitwinning van haar hypotheek- en pandrechten heeft de bank in totaal € 100.003,35 en € 18.385,73 ontvangen. Saniet is tot het moment van uitwinning door de bank rente verschuldigd gebleven, welke schuld eveneens door hypotheek en pandrechten is verzekerd. De hoogte van de verschenen (en niet door saniet betaalde) rente tot aan het