



**Universiteit
Leiden**

The Netherlands

**Annotatie bij Hoge Raad 24 september 2021,
ECLI:NL:HR:2021:1359, Jurisprudentie Onderneming &
Recht 2021/307**

Oostrum, C.H.A. van

Citation

Oostrum, C. H. A. van. (2021). Annotatie bij Hoge Raad 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1359, Jurisprudentie Onderneming & Recht 2021/307. *Jurisprudentie Onderneming & Recht*, 2021(12), 3563-3566. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3275620>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3275620>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Toelichting bij de WHOA (r.o. 4.8). Omdat ADO pas in november 2021 bij gebreke van overeenstemming met een investeerder gebruik hoeft te maken van de kredietfaciliteit, blijkt niet dat het krediet momenteel noodzakelijk is om de onderneming tijdens de voorbereiding van het akkoord te kunnen blijven voortzetten (r.o. 4.10, 4.11 en 4.15). Bovendien kan de rechtbank niet beoordelen of in november 2021 zal worden voldaan aan de voorwaarden van art. 42a Fw (r.o. 4.12 en 4.15).

5. De rechtbank merkt in r.o. 4.13 op dat art. 42a Fw aansluit bij art. 17 en 18 van de Herstructureringsrichtlijn (Richtlijn (EU) 2019/1023; de rechtbank verwijst per abuis naar Richtlijn (EU) 2017/1132). Vgl. *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 27. Anders dan de wetgever haalt de rechtbank ook overweging 68 bij de Herstructureringsrichtlijn aan, waaruit zij afleidt dat alleen financiering mag worden beschermd die onmiddellijk (en redelijkerwijs) noodzakelijk is voor het verder functioneren of overleven van de onderneming van de schuldenaar (r.o. 4.13).

6. Art. 17 en 18 Herstructureringsrichtlijn bepalen voor de daar bedoelde transacties het vereiste beschermingsniveau. Het is echter de vraag of de artikelen vereisen dat de bescherming beperkt blijft tot transacties die redelijk en onmiddellijk noodzakelijk zijn. In zoverre leiden de verwijzingen naar de Herstructureringsrichtlijn in de parlementaire geschiedenis niet zonder meer tot de uitleg die de rechtbank aan art. 42a Fw geeft. Onduidelijk is overigens of de rechtbank r.o. 4.13 baseert op de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie. De beschikking dateert van na de implementatiedatum van de Herstructureringsrichtlijn van 17 juli 2021.

7. Momenteel is het "Wetsvoorstel Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie" in consultatie. In dit wetsvoorstel wordt aan art. 42a Fw de eis toegevoegd dat "redelijkerwijs valt aan te nemen dat het verrichten van de rechtshandeling noodzakelijk is". In het wetsvoorstel is het vereiste van *onmiddellijke* noodzakelijkheid niet in art. 42a Fw (anders dan in art. 384 lid 2 sub f Fw) terug te vinden. Op 15 oktober 2021 heeft de ministerraad overeenstemming over het wetsvoorstel bereikt.

mr. A.H. Kroezen
promovendus Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit

307

Geen verrekening van regres- en omslag-schulden vennootschappen met vordering op één van hen

Hoge Raad
24 september 2021, nr. 20/01415,
ECLI:NL:HR:2021:1359
(mr. De Groot, mr. Polak, mr. Ter Heide,
mr. Schaafsma, mr. Salomons)
(Concl. A-G Valk)
Noot mr. dr. C.H.A. van Oostrum

Geen verrekening van regres- en omslag-schulden van een aantal (gefaillieerde) vennootschappen op grond van een arbitraal vonnis met een vordering op één van hen.
Cassatie van Hof Arnhem-Leeuwarden
21 januari 2020, «JOR» 2020/238, m.nt.
Schuijling. Samenhang met HR 3 maart 2017,
«JOR» 2017/84, m.nt. Leijten.

[BW art. 6:15, 6:16, 6:127, 6:136, 6:248; Fw art. 53]

Het middel klaagt dat onbegrijpelijk is dat het hof, ervan uitgaande dat de zeven vennootschappen niet een gezamenlijk vorderingsrecht op eiseres hebben, heeft geoordeeld dat de omstandigheden dat (i) de wijze van berekening van de regres- en omslagvorderingen door de curator ("beperkte consolidatie op concernniveau") en (iii) betaling aan de curator in zijn hoedanigheid van curator van een van de zeven vennootschappen leidt tot bevrijding jegens de zes andere "niet opgaan." Het hof heeft in aanmerking genomen dat de curator in de arbitrageprocedure een regresvordering en een omslagvordering per vennootschap heeft berekend en dat het bedrag dat hij in de arbitrageprocedure in het petitum heeft gevorderd, een optelsom is van die bedragen, dat daaruit niet blijkt dat de curator heeft beoogd een gezamenlijk vorderingsrecht in te stellen en dat eiseres dat ook niet zo heeft begrepen of redelijkerwijs zo heeft mogen begrijpen. Daaraan heeft het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk de gevolgtrekking verbonden dat eiseres op grond van het arbitrale vonnis in hoger beroep weliswaar bevrijdend kon

betalen aan de curator, maar dat de curator in dat geval zou optreden als curator van elk van de zeven vennootschappen tezamen en niet van slechts één van die vennootschappen en dat aan omstandigheid (iii) derhalve niet de door eiseres voorgestane betekenis toekomt. Met de overweging dat de onder (i) bedoelde omstandigheid niet opgaat, heeft het hof kennelijk tot uitdrukking willen brengen dat de berekening van de regres- en omslagvorderingen als een optelsom van per vennootschap afzonderlijk berekende bedragen noch op zichzelf, noch in samenhang met de andere aangevoerde omstandigheden meebrengt dat eiseres deze integraal met haar vordering op F mag verrekenen. Daaraan doet naar het oordeel van het hof kennelijk niet af dat deze berekening is gekenschetst als een “beperkte consolidatie op concernniveau” in verband met de wijze van toerekening van de opbrengst van de activa. Hiervan uitgaande is deze overweging van het hof, in het licht van de vaststelling dat de curator onbestreden heeft gesteld dat de wijze van berekening van de regres- en omslagvorderingen op de destijds bestaande stand van de jurisprudentie was gebaseerd, niet onbegrijpelijk.

Het middel klaagt dat de kern van het betoog van eiseres was dat de curator door zijn processtrategie in de arbitrageprocedure en in de onderhavige procedure een behoorlijk verweer van eiseres heeft belet en dat eiseres in verband daarmee enige essentiële stellingen heeft betrokken waarop het hof ten onrechte niet heeft gerespondeerd. Voor zover het onderdeel erop berust dat het hof in het kader van het beroep van eiseres op de redelijkheid en billijkheid ten onrechte geen gewicht heeft gehecht aan de omstandigheid dat de curator niet inzichtelijk heeft gemaakt welk deel van het door het scheidsrecht toegewezen bedrag aan F toekomt en dat de curator zo een behoorlijk verweer door eiseres heeft belet, geldt het volgende. Het hof heeft in aanmerking genomen dat de curator in de arbitrageprocedure een regresvordering en een omslagvordering per vennootschap heeft berekend en dat het bedrag dat hij in de arbitrageprocedure in het petitum heeft gevorderd een optelsom is van die bedragen. Verder heeft het hof in aanmerking genomen dat eiseres heeft aangevoerd dat de wijze waarop de curator de regres- en omslagvorderingen heeft berekend, ondoorzichtig was, maar dat zij niet heeft bestreden dat deze wijze van berekening was gebaseerd op de volgens de curator destijds bestaande

stand van de jurisprudentie. Kennelijk was het hof van oordeel dat geen grond bestaat voor het verwijt dat de curator een processtrategie heeft gevolgd om een behoorlijk verweer van eiseres te beletten. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk en niet ontoereikend gemotiveerd.

X BV,

eiseres tot cassatie,

advocaten: mr. F.E. Vermeulen en mr. J.M. Hummelen, tegen

mr. M.J. Ubbens, in zijn hoedanigheid van curator in de faillissementen van A BV, B BV, C BV, D BV, E BV, F BV en G BV,

verweerder in cassatie,

advocaten: mr. J.W.H. van Wijk en mr. G.C. Nieuwland.

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Valk)

1. Inleiding en samenvatting

1.1. Deze zaak betreft een beroep op verrekening in faillissement (art. 53 Fw). Aan het wederkerigheidsvereiste is niet voldaan, maar eiseres in cassatie heeft zich op het standpunt gesteld dat op grond van redelijkheid en billijkheid toch verrekening behoort te kunnen plaatsvinden, eenvoudig gezegd omdat het door toedoen van de curator is dat aan de vereisten voor verrekening niet is voldaan. Ook meent zij in dit verband dat op de curator een verzwaarde motiveringsplicht rust. Verder beroept eiseres in cassatie zich erop dat haar vorderingen in ieder geval gedeeltelijk hadden moeten worden toegewezen.

1.2. Mijs inziens treffen diverse van de klachten van het cassatiemiddel doel en moet vernietiging volgen.

2. Feiten en procesverloop

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

(i) De curator is bij vonnis van 13 en/of 14 mei 2003 door de rechtbank Groningen benoemd tot curator in de op deze data uitgesproken faillissementen van:

a. [A] B.V.

1 Vergelijk het arrest van het hof van 21 januari 2020 onder 3.2 tot en met 3.22.

- b. [B] B.V.
- c. [C] B.V.
- d. [D] B.V.
- e. [E] B.V.
- f. [F] B.V.
- g. [G] B.V.

(ii) Tot (omstreeks) 29 december 1995 was [eiseres] groepshoofd van het toenmalige [concern]. [betrokkene 1] is sinds 29 december 1995 via Onsto B.V. directeur/bestuurder van [eiseres]. [betrokkene 2] is dat via Tamsto B.V.

(iii) Op of omstreeks 29 december 1995 heeft er (een zekere, formele) ontvlechting en verzelfstandiging plaatsgevonden van het toenmalige [concern], waarbij de aandelen door [eiseres] zijn overgedragen aan de nieuw opgerichte [H] B.V. De hiervoor genoemde zeven vennootschappen zijn (klein)dochters van deze nieuw opgerichte vennootschap. [H] B.V. is eveneens op 13 of 14 mei 2003 failliet verklaard door de rechtbank Groningen, waarbij mr. Ubbens ook als curator is aangesteld, maar is geen partij in de onderhavige procedure.

(iv) In het kader van de ontvlechting heeft [eiseres] aan [H] B.V. uit hoofde van lening bedragen ter beschikking gesteld.

(v) Op 24 juli 1997 heeft De Nationale Investeringsbank N.V. (hierna: NIB) aan [F] B.V. een schriftelijk aanbod met betrekking tot een kredietverlening gedaan (hierna: de kredietbrief). In de kredietbrief is vermeld dat het eerder aan [eiseres] verstrekte krediet door [H] B.V. zal worden overgenomen. Voorts is in de kredietbrief onder meer de volgende voorwaarde opgenomen:

“De achtergestelde vorderingen welke [eiseres] B.V. op uw vennootschap heeft of zal verkrijgen, zullen in rang achter het AA-krediet dienen te komen.”

(vi) Als bijlage bij de kredietbrief zijn overgelegd de van toepassing verklaarde “DEFINITIES, BEPALINGEN EN VOORWAARDEN”. Hierin is onder andere het volgende opgenomen:

“Achterstelling niet-vervallen hoofdsom

De vorderingen tot terugbetaling van de hoofdsom van het AA-krediet, geadmistreerd op de rekening AA, zullen behoudens het hierna bepaalde zijn achtergesteld bij de vorderingen van alle andere bestaande en toekomstige crediteuren, met inbegrip van de Nationale Investeringsbank in voorkomende gevallen, van kredietnemer. In geval van faillissement, (...) zal geen betaling plaatsvinden van hetgeen kredietnemer aan de

Nationale Investeringsbank in hoofdsom uit hoofde van het AA-krediet, geadmistreerd op de rekening van AA, verschuldigd zal zijn ten tijde van de uitspraak van het faillissement (...) zolang de vorderingen van de andere crediteuren, met inbegrip van de Nationale Investeringsbank in voorkomende gevallen, niet zijn voldaan.”

(vii) Het aanbod in de kredietbrief is op 6 augustus 1997 door ondertekening door [betrokkene 1] en [betrokkene 2] namens [F] B.V., [B] B.V. en [A] B.V. aanvaard. Op dezelfde datum zijn ook vooraf genoemde voorwaarden op dezelfde wijze voor akkoord ondertekend.

(viii) In de “akte van achterstelling” van 16 oktober 1997 waarin als partijen zijn aangeduid NIB, [eiseres] (crediteur) en [F] B.V. (kredietnemer) staat onder meer het volgende vermeld:

“overwegende:

Dat de Nationale Investeringsbank aan Kredietnemer kredietfaciliteiten ter beschikking heeft gesteld of zal stellen onder meer op voorwaarde dat Crediteur zijn vorderingen op Kredietnemer achterstelt.

(...)

Waar in deze akte wordt gesproken van ‘Vorderingen’ is daaronder te verstaan: alle vorderingen inclusief de daarover verschuldigde rente op Kredietnemer die Crediteur op de datum van deze akte toebehoren of op enig moment daarna zullen toebehoren en voortvloeien uit de overeenkomst welke Crediteur op 15 februari 1997 heeft gesloten met Kredietnemer ter zake van een geldlening ad f 9.000.000,00.

(...)

Crediteur verklaart de Vorderingen achter te stellen bij al hetgeen de Nationale Investeringsbank van Kredietnemer te vorderen heeft of te eniger tijd te vorderen zal hebben uit hoofde van verleend krediet, nog te verlenen krediet en/of uit welke anderen hoofde ook.

(...)”

(ix) Tussen ING Bank (hierna: ING) en een aantal [betrokkenen 1+2]-vennootschappen en (al dan niet verwante) andere vennootschappen is in februari 2000 een kredietarrangement overeengekomen in aansluiting op een offerte van ING van 9 februari 2000. Dit kredietarrangement vermeldt dat het is verstrekt onder de hoofdelijke aansprakelijkheid van negentien [betrokkenen 1+2] – en andere vennootschappen, waaronder [eiseres], jegens ING. Onder de kop “Voor akkoord (kre-

dietnemer” is deze kredietovereenkomst (mede) namens [eiseres] ondertekend.

(x) Op 20 april 2000 is tussen ING en onder andere [eiseres] (tezamen met andere vennootschappen, waaronder diverse van de onderhavige zeven vennootschappen) een “compte joint en medeaansprakelijkheidsovereenkomst” (CJMO) gesloten. In die overeenkomst hebben onder meer [eiseres] en de andere vennootschappen hoofdelijke aansprakelijkheid aanvaard voor “al hetgeen zij of één of meer hunner aan de bank schuldig zijn of zullen worden, uit welke hoofde dan ook (...)” De CJMO strekte tot zekerheid voor de verplichtingen van onder meer deze vennootschappen en [eiseres] uit hoofde van het onder (ix) vermelde kredietarrangement met ING, tot in totaal een bedrag van fl. 96.450.000,—.

(xi) Op 13/14 mei 2003, toen het faillissement van de onder (i) vermelde zeven vennootschappen is uitgesproken, bedroeg de totale schuld aan ING onder genoemde kredietovereenkomst, exclusief rente en kosten € 31.772.425,36. Zowel de failliete vennootschappen a. tot en met g. als [eiseres] waren op dat moment partij bij die overeenkomst. De schuld aan ING is vervolgens volledig afgelost door verrekening met de creditsaldi op de bankrekeningen en door onderhandse verkoop van onroerende zaken en bedrijfsuitrustingen van de onderhavige zeven vennootschappen. De creditsaldi op de bankrekeningen van [eiseres] en de aan deze vennootschap toebehorende activa zijn niet verrekend, respectievelijk uitgewonnen ten behoeve van de aflossing van de schuld aan ING. (xii) [eiseres] heeft nimmer “getrokken” van het Kredietarrangement.

(xiii) [eiseres] heeft een vordering op [F] B.V. uit geldlening – die is aangegaan in het kader van de ontvlechting en die wordt genoemd in de akte van achterstelling – ten bedrage van € 3.717.409,01 ingediend bij de curator. Deze vordering is door de curator erkend. De vordering is blijkens het proces-verbaal van de verificatievergadering van 29 mei 2008 in het faillissement van [F] B.V. voor dit bedrag overgebracht op de lijst van erkende concurrente schuldeisers van [F] B.V.

(xiv) Daarnaast heeft [eiseres] een vordering op [H] B.V. ten bedrage van € 2.505.753,— in verband met subrogatie/pandrecht die zijn uitgewonnen en welke erkend is door de curator. Partijen verschilden van mening over de vraag of [eiseres] deze vordering ook geldend kan maken tegenover [F] B.V. en haar (klein)dochter-onder-

nemingen, waaronder de zes onderhavige vennootschappen (onder (i) achter a t/m e en g). Bij arrest van 17 februari 2015² heeft het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in de revocatieprocedure met betrekking tot dit geschil beslist dat [eiseres] deze vordering van € 2.505.753,— ook geldend kan maken tegenover [F] B.V. en de zes andere vennootschappen. Zij zijn naar het oordeel van het hof hoofdelijk aansprakelijk. Het door de curator tegen dit arrest ingestelde cassatieberoep is door de Hoge Raad verworpen.³

(xv) Tussen partijen is (ook) een geschil ontstaan over de vraag of, zoals de curator stelde, [eiseres] als mede-hoofdelijk verbonden schuldenaar onder het kredietarrangement en de CJMO draagplichtig is op de voet van het bepaalde in art. 6:10 tot en met 6:13 BW. Partijen (de curator in zijn hoedanigheid van curator in de faillissementen van de onderhavige zeven vennootschappen en anderzijds [eiseres]) hebben dit geschil voorgelegd aan arbiters van het Nederlands Arbitrage Instituut (hierna: het scheidsgerecht). De zaak heeft bij het scheidsgerecht in twee instanties gediend. In hoger beroep heeft het scheidsgerecht op 6 mei 2013 vonnis gewezen.⁴ Daarin is onder meer het volgende overwogen en beslist:

“7.2.16. Het Scheidsgerecht zal de mate van draagplicht van [eiseres] tegenover de failliete vennootschappen vaststellen met inachtneming van de bijzondere omstandigheden van het geval. Dit mede indachtig de hierboven geciteerde kernoverweging uit het meergenoemde arrest van de Hoge Raad inzake Janssen q.q./JVS Beheer. Tot die omstandigheden behoort onder meer het feit dat [eiseres] inmiddels in het kader van de relevante faillissementen een vordering uit geldlening heeft ingediend in de boedel van één van de Failliete Vennootschappen, namelijk [F] BV, en wel ten bedrage van € 3.717.409,01. Deze vordering is door de Curator ook erkend (...).

7.2.17. Daar tegenover vordert de Curator namens de Failliete Vennootschappen de bedragen die zij, ter aflossing van de Kredietovereenkomst, stellen meer te hebben betaald dan de mate waarin de Schuld hen aanging (regresvorderingen),

2 ECLI:NL:GHARL:2015:1145.

3 HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:363, JOR 2017/84 m.nt. A.F.J.A. Leijten.

4 NAI nr. 3860, overgelegd als productie 7 bij inleidende dagvaarding.

alsmede hetgeen zij van Verweerders te vorderen menen te hebben vanwege het feit dat enkele mede hoofdelijke aansprakelijke vennootschappen onder de Kredietovereenkomst en de CJMO niet of niet geheel aan hun draagplicht in deze hebben kunnen voldoen (omslagvorderingen). Dit alles ingevolge artikel 6:10 e.v. BW. Regresvorderingen en omslagvorderingen tezamen belopen per Verweerder totaal een bedrag van f 6.313.176,95 (...).

7.2.18. Verweerders hebben tegen deze vorderingen van de Curator onder meer het – subsidiaire – verweer gevoerd dat de berekening ervan niet klopt, althans niet (voldoende) controleerbaar is. Dit omdat uit de administratie en de processtukken van de Curator noch blijkt van de precieze omvang van de schuld van elk van de Failliete Vennootschappen aan de Bank per datum faillissement (debetsaldo), noch hetgeen zij elk precies hebben bijgedragen aan de aflossing van die schuld door verkoop van activa die hen toebehoorden, omdat die opbrengst niet per activum en per individuele Failliete Vennootschap is toegevoegd en verantwoord (...).

7.2.19. De Curator heeft deze bezwaren van Verweerders op zichzelf niet betwist, maar gesteld dat deze niet relevant zijn omdat, in zijn woorden, ‘de regres- en omslagproblematiek op concernniveau (dient) te worden bekeken’, waarbij zijns inziens past een gelijke draagplicht van alle aan de Kredietovereenkomst en CJMO verbonden vennootschappen. In zoverre erkent de Curator alle regresvorderingen ‘op één hoop te gooien’ (...).

7.2.20. Voorts heeft de Curator er in dit verband op gewezen dat de activa van de Failliete Vennootschappen destijds onderhands zijn verkocht bij wijze van gezamenlijke kavels, zonder dat de koopsom per zaak is uitgesplitst en die geïndividualiseerde opbrengst vervolgens in mindering werd gebracht op de schuld aan de Bank van elke rechthebbende vennootschap, omdat een bieding per zaak en daarbij passende toescheiding per vennootschap in zo’n geval ‘in strijd met de realiteit’ zou zijn geweest (...).

7.2.21. Het Scheidsgerecht concludeert hieruit dat, ofschoon de Curator heeft aangegeven dat de faillissementen niet geconsolideerd worden afgewikkeld (...) hij in elk geval bij de berekening van de regres- en omslagvorderingen van de Failliete Vennootschappen op Verweerders niettemin is uitgegaan van wat men kan aanduiden als een op

concernniveau bepaalde, ‘geconsolideerde’ methode.

7.2.22. Het Scheidsgerecht ziet in één en ander aanleiding de vorderingen van de Curator in dit hoger beroep zoals geformuleerd in het petitum van de MvE onder nrs. 2 en 3 toe te wijzen, zij het beperkt tot, want gelijk aan, het bedrag van de door [eiseres] in het faillissement van [F] BV ingediende en erkende vordering.

(...)

8. Beslissing

8.1. het Scheidsgerecht in hoger beroep, oordelend als goede mannen naar billijkheid,

(...)

1 veroordeelt [eiseres] B.V. om aan de gezamenlijke Failliete Vennootschappen, vertegenwoordigd door de Curator, te betalen een totaalbedrag van € 3.717.409,01;

(...)

(xvi) Bij brief aan de curator van 28 mei 2013⁵ hebben de advocaten van [eiseres] een verrekeningsverklaring afgelegd, in die zin dat [eiseres], kort gezegd, verklaart dat zij hetgeen zij uit hoofde van het arbitraal vonnis in hoger beroep aan de gezamenlijke vennootschappen dient te betalen, verrekent met haar vordering op [F] B.V., althans haar vorderingen op de failliete vennootschappen en zich meer subsidiair op opschorting van betaling beroept gelet op haar tegenvorderingen.

(xvii) Bij brief van 28 mei 2013 heeft de (advocaat van de) curator aan het scheidsgerecht verzocht om alsnog een beslissing te geven over de in die procedure door hem gevorderde rente. Namens het scheidsgerecht heeft de voorzitter bij e-mail van 30 mei 2013⁶ geantwoord. Daarbij heeft hij verwezen naar het slot van het hiervoor geciteerde gedeelte van het arbitrale vonnis:

“Het Scheidsgerecht heeft hiermee, zoals ook in het vonnis verwoord, de vorderingen van de Curator, dus inclusief de gevorderde wettelijke rente, nadrukkelijk beperkt tot het bedrag zoals uitgedrukt in het dictum. Daar steekt ook een gedachte achter.”

(xviii) Omdat partijen van mening verschilden over de uitleg van het in hoger beroep gewezen arbitraal vonnis, met name over de vraag of daar-

5 Deze brief is overgelegd als productie 12 bij de inleidende dagvaarding.

6 Deze e-mail is overgelegd als productie 9 bij de inleidende dagvaarding.

in besloten lag dat [eiseres] haar vordering op [F] B.V. zou kunnen verrekenen met het door het scheidsgerecht aan de failliete vennootschappen toegekende bedrag, heeft de advocaat van [eiseres] zich bij brieven van 6 en 10 juni 2013 tot het scheidsgerecht gewend en verzocht om aanvulling c.q. toelichting. Namens de curator is bij brieven van 6 juni en 19 juni 2013 aan het scheidsgerecht gereageerd op dit verzoek.

(xix) Bij brief van 2 juli 2013⁷ heeft de voorzitter van het scheidsgerecht daarop als volgt gereageerd:

“(…) Het verzoek is, mede blijkens de e-mail van de raadvrouw van verzoekers aan het ex-Scheidsgerecht van 6 juni 2013, gestoeld op de veronderstelling dat, gezien de omvang van het aan de curator toegewezen bedrag het de bedoeling van het Scheidsgerecht moet zijn geweest om [eiseres] B.V. in staat te stellen dit bedrag volledig te verrekenen met haar erkende vordering in de boedel van [F] B.V., zodat de kwestie met gesloten beurs kan worden afgehandeld. Deze veronderstelling is echter onjuist. Het Scheidsgerecht heeft gemeend, met inachtneming van alle omstandigheden van het geval en in het licht van de redelijkheid en billijkheid als toepasselijke toetsingsnorm, de vordering van de curator zoals geformuleerd in het petitum van diens memorie van eis, te moeten beperken tot de omvang van hetgeen [eiseres] van de curator te vorderen heeft. Dat is de gedachte die steekt achter het vonnis, niet meer maar ook niet minder. Het Scheidsgerecht is daarmee volledig infra petitum gebleven. Nog los van de vraag of Verzoekers' beroep op verrekening inderdaad kan worden aangemerkt als verweer tegen het gevorderde in dit geding, staat vast dat het daarvan geen onderdeel uitmaakte, ook niet in reconventie. Ik wijs erop, voorzover nodig, dat het bepaalde in artikel 1061 Rv. (en bijgevolg ook art. 53 NAI-Reglement) volgens de Hoge Raad moet worden uitgelegd als 'nalaten te beslissen omtrent een of meer delen van het gevorderde' (HR 14 februari 1997, NJ 1998,109) (...).”

(xx) Naar aanleiding van de voorgenomen executie van het arbitrale vonnis door de curator heeft [eiseres] een kortgedingprocedure aangespannen tegen de curator bij voorzieningenrechter van de

rechtbank Noord-Nederland. Bij vonnis van 4 juli 2014⁸ heeft de voorzieningenrechter van deze rechtbank, locatie Groningen, de curator geboden de executie te schorsen.

(xxi) De curator heeft tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. In deze procedure was ten tijde van het hoger beroep nog geen arrest gewezen.⁹

2.2. In eerste aanleg heeft [eiseres], na wijziging van eis, gevorderd:

1. primair:

– *voor recht te verklaren* dat [eiseres] de bedragen terzake regres- en omslagvorderingen van € 3.717.409,01 alsmede ter zake van kosten van rechtsbijstand van € 60.000,00 en kosten van arbitrage van € 95.281,33 (tot betaling waarvan [eiseres] is veroordeeld door het scheidsgerecht in het hoger beroep van de zogenaamde regresprocedure in het op 6 mei 2013 onder NAI nr. 3860 gewezen en onherroepelijk geworden arbitraal eindvonnis aan de “gezamenlijke Failliete Vennootschappen, vertegenwoordigd door de Curator”) heeft voldaan door middel van verrekening, welke heeft plaatsgevonden door de verrekeningsverklaring van 28 mei 2013;

– *alsmede voor recht te verklaren* dat daarbij

a) het hiervoor genoemde door [eiseres] verschuldigde bedrag terzake regres- en omslagvorderingen tot een bedrag groot € 3.717.409,01 is verrekend met de erkende vordering van € 3.717.409,01 die [eiseres] heeft op [F] B.V., ten gevolge waarvan deze vordering tot het gehele beloop teniet is gegaan is;

b) de hiervoor genoemde door [eiseres] verschuldigde bedragen ter zake van kosten van rechtsbijstand van € 60.000,— en kosten van arbitrage van € 95.281,33 (tezamen derhalve € 155.281,33) zijn verrekend met de vordering van € 2.505.753,— – die onderwerp van geschil is in de renvooi-procedure –, welke vordering [eiseres] mede heeft op de door de curator in deze procedure vertegenwoordigde vennootschappen [A] B.V., [B] B.V., [C] B.V., [D] B.V., [E] B.V., [F] B.V. en [G] B.V.; – *en voor recht te verklaren* dat [eiseres] door de aldus vastgestelde verrekeningen geheel en al be-

7 Deze brief is overgelegd als productie 15 bij de inleidende dagvaarding.

8 Dit vonnis is overgelegd als productie 19 bij de inleidende dagvaarding.

9 De gedingstukken in cassatie vermelden niet of inmiddels arrest is gewezen.

vrijd is van de verplichtingen die voor haar uit dat arbitrale eindvonnis voortvloeiden;

– *alsmede op te heffen het op verzoek van curatoren conservatoire beslag*, op 3 juli 2003 gelegd onder ING op alle gelden, goederen en/of geldswaarden die deze bank op die datum onder zich had en/of na 3 juli 2003 uit een reeds bestaande rechtsverhouding zou of mocht verkrijgen van [eiseres] zulks tot zekerheid van verhaal van de vordering die onderwerp was van de regreszaak;

2. subsidiair

– *voor recht te verklaren* dat [eiseres] de bedragen ter zake regres- en omslagvorderingen van € 3.717.409,01 alsmede ter zake van kosten van rechtsbijstand van € 60.000,00 en kosten van arbitrage van € 95.281,33 (tot betaling waarvan [eiseres] is veroordeeld door het scheidsgerecht in het hoger beroep van de zogenaamde regresprocedure in het op 6 mei 2013 onder NAI nr. 3860 gewezen en onherroepelijk geworden arbitraal eindvonnis aan de gezamenlijke Failliete Vennootschappen, vertegenwoordigd door de Curator) heeft voldaan door middel van verrekening, welke heeft plaatsgevonden door de verrekeningsverklaring van 28 mei 2013;

– *alsmede voor recht te verklaren* dat daarbij de hiervoor genoemde door [eiseres] verschuldigde bedragen ter zake regres- en omslagvorderingen, kosten van rechtsbijstand en kosten van arbitrage, tezamen derhalve een totaalbedrag van € 3.872.690,34 is/zijn verrekend met de vordering van € 2.505.753,— (die onderwerp van geschil is in de renvooiprocedure), die [eiseres] mede heeft op de door de curator in deze procedure vertegenwoordigde vennootschappen [A] B.V., [B] B.V., [C] B.V., [D] B.V., [E] B.V., [F] B.V. en [G] B.V.;

– *en voor recht te verklaren* dat [eiseres] door de aldus vastgestelde verrekeningen bevrijd is van (een deel van) de verplichtingen die voor haar uit dat arbitrale eindvonnis voortvloeiden en wel tot het beloop van € 2.505.753,—;

– *alsmede voor recht te verklaren* dat [eiseres] zich wat betreft het restant van (€ 3.872.690,34 minus € 2.505.753,—, zijnde) € 1.366.937,34 rechtsgeldig beroept op opschorting van de betaling daarvan nu [eiseres] regres- en/of omslagvorderingen heeft op alle overige failliete vennootschappen behorende tot het teloor gegane juniorenconcern, waaronder de in deze procedure door de curator vertegenwoordigde vennootschappen [A] B.V., [B] B.V., [C] B.V., [D] B.V., [E] B.V., [F] B.V. en [G] B.V.;

– *alsmede op te heffen het op verzoek van curatoren op 3 juli 2003 gelegde conservatoire derdenbeslag* onder ING op alle gelden, goederen en/of geldswaarden die deze bank op die datum onder zich had en/of na 3 juli 2003 uit een reeds bestaande rechtsverhouding zou of mocht verkrijgen van [eiseres], zulks tot zekerheid van verhaal van de vordering die onderwerp was van de regreszaak, voor zover dat derdenbeslag is gelegd voor een bedrag van meer dan € 1.366.937,34;

3. meer subsidiair

– *voor recht te verklaren* dat [eiseres] zich rechtsgeldig beroept op opschorting van de betaling van het door haar uit hoofde van het voornoemde, op 6 mei 2013 onder NAI nr. 3860 gewezen en onherroepelijk geworden arbitrale eindvonnis verschuldigde, nu [eiseres] niet alleen vorderingen (die onderwerp van geschil zijn in de renvooiprocedure) van € 2.505.753,— heeft op [A] B.V., [B] B.V., [C] B.V., [D] B.V., [E] B.V., [F] B.V. en [G] B.V. maar ook regres- en/of omslagvorderingen heeft op deze en alle overige failliete vennootschappen behorende tot het teloor gegane juniorenconcern vanwege de betaling terzake regres- en omslagvorderingen van het bedrag van € 3.717.409,01 (al dan niet middels verrekening) waartoe zij door het arbitraal scheidsgerecht in hoger beroep is veroordeeld; en

4. tevens voor recht te verklaren dat de door de curator voorgenomen executie van het voornoemde, op 6 mei 2013 onder NAI nr. 3860 gewezen en onherroepelijk geworden arbitrale eindvonnis “via het gelegde beslag” derhalve (primair en subsidiair) een tweede althans (meer subsidiair) premature voldoening aan dat vonnis zou betekenen en uitvoering van dat voornemen om die reden onrechtmatig jegens [eiseres] is; alsmede

5. de curator op diezelfde gronden en om diezelfde redenen te verbieden tot die voorgenomen executie over te gaan, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom groot € 3.872.690,34 voor elke (poging tot) overtreding van dat gebod, en daarbij te bepalen dat dit gebod ingaat en de dwangsom wordt verbeurd onmiddellijk na betekening van het te dezen te wijzen vonnis; en

6. voor recht te verklaren dat uit het eindvonnis van het Scheidsgerecht in hoger beroep dat op 6 mei 2013 is gewezen onder NAI nr. 3860 volgt dat het gedeelte van de schuld aan de ING, welke schuld is ontstaan uit hoofde van het door deze bank (na acceptatie van de offerte d.d. 9 februari

2000 in combinatie met de op 20 april 2000 gesloten Compté joint- en medeaansprakelijkheids-overeenkomst) verstrekte krediet, welke schuld op 13 mei 2003 (de datum van faillissement van de juniorenvennootschappen) een totaalbedrag van € 31.772.425,36 beliep dat [eiseres] aangaat in de onderlinge verhouding tot andere hoofdelijk verbonden kredietnemers (haar bijdrageplicht ex art. 6:10 BW) een bedrag van € 1.512.972,63 beloopt en het door [eiseres] uit hoofde van dat krediet aan alle andere hoofdelijk verbonden kredietnemers verschuldigde ter zake van omslagvorderingen (ex art 6:13 BW) een naar redelijkheid en billijkheid vastgesteld bedrag van € 2.204.436,38 beloopt;

7. één en ander met verwijzing van gedaagde in de kosten van dit geding, alsmede in de nakosten, wat betreft het salaris van de advocaat (voorwaardelijk) te begroten op € 131,— zonder betekening in conventie of reconventie, € 205,— zonder betekening in conventie of reconventie tezamen en verhoogd met € 68,— in geval van betekening, te voldoen binnen 14 dagen na dagtekening van het te dezen te wijzen vonnis en, voor het geval betaling daarvan niet binnen die termijn plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente over deze kosten en nakosten te rekenen vanaf die termijn voor voldoening.

2.3. De rechtbank Noord-Nederland, locatie Groningen heeft bij vonnis van 12 april 2017 de primaire vorderingen van [eiseres] toegewezen. Aan een behandeling van de subsidiaire en meer subsidiaire vorderingen is de rechtbank om die reden niet toegekomen. De vorderingen onder 4, 5 en 6 zijn afgewezen. De curator is in de proces- en nakosten veroordeeld.

2.4. De curator heeft tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden.

2.5. Bij arrest van 21 januari 2020¹⁰ heeft het hof het vonnis bekrachtigd voor zover daarbij – kort gezegd – een op verzoek van curator gelegd conservatoir beslag is opgeheven en de curator is veroordeeld in de proces- en nakosten. Voor het overige is het vonnis vernietigd en heeft het hof opnieuw recht doende:

– voor recht verklaard dat [eiseres] de bedragen ter zake regres- en omslagvorderingen van

€ 3.717.409,01 (tot betaling waarvan [eiseres] is veroordeeld door het scheidsrecht in het hoger beroep van de zogenaamde regresprocedure in het op 6 mei 2013 onder NAI nr. 3860 gewezen en onherroepelijk geworden arbitraal eindvonnis “aan de gezamenlijke Failliete Vennootschappen, vertegenwoordigd door de Curator”) heeft voldaan door middel van verrekening, welke heeft plaatsgevonden door de verrekeningsverklaring van 28 mei 2013, aldus dat de door [eiseres] verschuldigde bedragen ter zake regres- en omslagvorderingen tot een bedrag groot € 3.717.409,01 zijn verrekend met de vordering van € 2.505.753,— (die onderwerp waren in de revooiprocedure), die [eiseres] B.V. heeft op de door de curator in deze procedure vertegenwoordigde vennootschappen [A] B.V., [B] B.V., [C] B.V., [D] B.V., [E] B.V., [F] B.V. en [G] B.V.;

– voor recht verklaard dat [eiseres] door de aldus vastgestelde verrekening(en) bevrijd is van (een deel van) de verplichtingen die voor haar uit dat arbitrale eindvonnis voortvloeiden en wel tot beloop van € 2.505.753,—;

– de proceskosten in hoger beroep gecompenseerd, aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt;

– het meer of anders gevorderde afgewezen.

2.6. De dragende overwegingen van het arrest van het hof laten zich als volgt samenvatten:

a. Aan het arbitraal vonnis in hoger beroep komt geen gezag van gewijsde toe wat betreft het beroep op verrekening van [eiseres]. Het verweer dat de vorderingen van [eiseres] reeds op die grond moeten worden afgewezen, wordt verworpen. (onder 4.2 en 4.3)

b. De curator komt op tegen het oordeel van de rechtbank dat de primaire vordering van [eiseres] moet worden toegewezen, omdat [eiseres] haar vordering op [F] B.V.¹¹ uit hoofde van geldlening kan verrekenen met het bedrag dat zij op grond van het arbitraal vonnis in hoger beroep moet voldoen. (onder 4.4)

c. De bevoegdheid tot verrekening bestaat indien is voldaan aan de vereisten dat de door de schuldenaar te vorderen prestatie beantwoordt aan zijn schuld jegens dezelfde wederpartij en dat hij bevoegd is zowel tot betaling van de schuld als tot het afdwingen van de betaling van zijn vordering (art. 6:127 lid 2 BW). Deze bevoegdheid bestaat

10 ECLI:NL:GHARL:2020:511, JOR 2020/238 m.nt. B.A. Schuijling.

11 Het hof spreekt per abuis van [F] B.V.

niet ten aanzien van een vordering en een schuld die in van elkaar gescheiden vermogens vallen (art. 6:127 lid 3 BW). Hij ziet zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is, kan zijn schuld met zijn vordering op de gefailleerde verrekenen indien beide zijn ontstaan voor de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen, voor de faillietverklaring verricht (art. 53 Fw). De verrekeningsbevoegdheid in faillissement is ruimer, onder meer doordat het vereiste van afdwingbaarheid niet geldt. (onder 4.5)

d. Niet in geschil is dat [eiseres] uit hoofde van de onder (iv) en (xiii) bedoelde geldlening alleen een vordering heeft op [F] B.V. en niet op één van de andere vennootschappen die in dit geschil zijn betrokken. Verder staat vast dat zij het bedrag tot betaling waarvan zij is veroordeeld in de arbitrageprocedure in hoger beroep niet alleen verschuldigd is aan [F] B.V. (onder 4.6)

e. Volgens [eiseres] is aan de wettelijke vereisten voor verrekening voldaan, omdat sprake is van een “gezamenlijk vorderingsrecht” zoals bedoeld in art. 6:15 lid 1 BW van de zeven in deze procedure betrokken vennootschappen. De curator bestrijdt dit. (onder 4.7)

f. Volgens de hoofdregel van art. 6:15 BW geldt dat een aan meerdere schuldeisers verschuldigde prestatie deelbaar is en (aldus) in verschillende vermogens valt, “tenzij uit wet, gewoonte of rechtshandeling voortvloeit dat de prestatie hun voor ongelijke delen toekomt of dat zij gezamenlijk één vorderingsrecht hebben”. [eiseres] heeft voor het aannemen van een uitzondering op de hoofdregel onvoldoende gesteld. (onder 4.8)

g. Het hof volgt [eiseres] niet in haar stelling dat de wijze waarop de curator de vorderingen in de arbitrageprocedure heeft ingesteld en vorm heeft gegeven, leidt tot een rechtshandeling als bedoeld in art. 6:15 lid 1 BW. Hij heeft in de arbitrageprocedure een regresvordering en een omslagvordering per vennootschap berekend en het bedrag in het petitum is daarvan een optelsom. Dat de curator heeft beoogd een gezamenlijk vorderingsrecht in te stellen blijkt daaruit niet en zo heeft [eiseres] het in die procedure blijkens het door haar gevoerde verweer ook niet begrepen. Dat [eiseres] bezwaar heeft gemaakt tegen de wijze van berekening en dat de arbiters de vordering als een gezamenlijk bedrag, tot een lager bedrag dan gevorderd, hebben toegewezen, maakt ook niet dat sprake is van een gezamenlijk vorderingsrecht op grond van een rechtshandeling tussen partijen.

De wijze van berekening van de vorderingen brengt ook niet mee dat de “vordering en tegen-vordering” in dezelfde vermogens vallen. (onder 4.9)

h. [eiseres] heeft onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat op de door haar gestelde gronden is voldaan aan de wettelijke vereisten voor verrekening. (onder 4.10)

i. De rechtbank heeft geoordeeld dat [eiseres] haar vordering op [F] B.V. mag tegenwerpen aan de bij de geconsolideerde afwikkeling betrokken zeven vennootschappen en dat zij als gevolg van de gekozen geconsolideerde methode niet mag worden beperkt in haar recht op verrekening. Het frustreren daarvan zou in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid. Dat oordeel heeft de rechtbank gebaseerd op de volgende omstandigheden:

i. de wijze van berekening van de regres- en omslagvorderingen door de curator (“beperkte consolidatie op concernniveau”);

ii. [eiseres] is schuldenaar van een gezamenlijk vorderingsrecht;

iii. betaling aan de curator in zijn hoedanigheid van curator van een van de zeven vennootschappen leidt tot bevrijding jegens de zes andere;

iv. niet inzichtelijk is gemaakt door de curator welk deel van het aan de curator toegewezen bedrag aan [F] B.V. toekomt. (onder 4.11)

j. Het hof acht deze omstandigheden onvoldoende om tot het oordeel te komen dat de redelijkheid en billijkheid meebrengen dat een beroep op integrale verrekening moet worden gehonoreerd, hoewel niet aan de vereisten daarvoor is voldaan. In essentie gaat het om de bezwaren die [eiseres] in de arbitrageprocedure heeft gemaakt tegen de berekening, welke bezwaren zijn gehonoreerd in die zin dat de vorderingen van de curator in omvang beperkt zijn toegewezen. Dat brengt niet mee dat dit ook moet leiden tot een dergelijke vergaande bevoegdheid tot verrekening. Voor het honoreren van het terughoudend te beoordelen standpunt dat het in strijd met de redelijkheid en billijkheid of kennelijk onaanvaardbaar is dat zij niet zou mogen verrekenen, heeft [eiseres] onvoldoende gesteld. Van een gezamenlijk vorderingsrecht is geen sprake, waarmee de onder i) en iii) genoemde omstandigheden niet opgaan. Ook de wijze van berekening van de vordering als zodanig is daarvoor niet voldoende. Dat geldt ook voor de onder iv) genoemde omstandigheid, waarvan de juistheid door de curator is betwist.

Een integrale verrekeningsbevoegdheid zou meebrengen dat de boedels van de andere vennootschappen dan [F] B.V. benadeeld zouden worden, doordat zij hun vorderingen niet betaald krijgen. Niet bestreden is dat zij regres- en omslagvorderingen hebben. Ook de belangen van deze boedels moeten in het oog worden gehouden. De stelling dat de curator gezien zijn berekeningen in het kader van overleg na de arbitrage van koers zou zijn veranderd en een ander standpunt over deze vorderingen zou hebben, is door de curator betwist. Dat de curator zijn rechten heeft verwerkt of anderszins niet meer onverkort zou mogen vasthouden aan de veroordeling en dat en hoe daardoor een verrekeningsbevoegdheid is ontstaan, is onvoldoende onderbouwd. (onder 4.12)

k. De primaire vordering van [eiseres] dient alsnog te worden afgewezen. (onder 4.13)

l. Op grond van de devolutieve werking dienen de subsidiaire en (eventueel) meer subsidiaire vorderingen van [eiseres] te worden beoordeeld. (onder 4.14)

m. Geen inhoudelijk verweer is gevoerd tegen het beroep op verrekening van [eiseres] van haar schuld uit hoofde van het arbitraal vonnis ten bedrage van € 3.717.409,01 met haar vordering van € 2.505.753,— (zie hierboven onder (xiv)). Niet gegriefd is tegen het oordeel van de rechtbank dat door de curator is erkend dat indien moet worden uitgegaan van het arrest van 17 februari 2015 deze verrekening niet kan worden betwist. (onder 4.15)

n. De subsidiaire vorderingen achter het tweede en derde gedachtestreepje zijn daarom in zoverre toewijsbaar. (onder 4.16)

o. Dat geldt niet voor zover die vordering ook ziet op verrekening van de aan de curator toegewezen kosten van de arbitrale procedure, omdat art. 53 Fw aan verrekening in de weg staat. (onder 4.17)

p. Subsidiair en meer subsidiair heeft [eiseres] een beroep gedaan op verrekening van haar schuld aan de curator in verband met de proceskosten met haar vordering tot betaling van proceskosten. (onder 4.18)

q. [eiseres] verliest daarbij uit het oog dat de curator geen vordering tot betaling van de proceskosten heeft ingesteld waartegen zij een verrekeningsverweer heeft gevoerd, maar dat zij een aantal verklaringen voor recht heeft gevraagd. (onder 4.19)

r. De subsidiaire vordering achter het vierde gedachtestreepje betreft het na verrekening reste-

rende bedrag van de veroordeling op grond van het arbitraal vonnis. [eiseres] vordert te verklaren voor recht dat zij betaling daarvan mag opschorten omdat zij regres- en omslagvorderingen heeft op alle overige failliete vennootschappen. De bedoelde regres- en omslagvorderingen ontstaan echter pas op het moment dat zij aan de veroordeling voldoet. Dat staat aan opschorting in de weg. Ook overigens is niet voldoende onderbouwd waarom het resterende bedrag niet aan de curator zou hoeven te worden betaald in afwachting van een door de curator te verrichten prestatie. (onder 4.20)

s. Het voorgaande leidt ertoe dat het bestreden vonnis niet in stand kan blijven. (onder 4.21)

2.7. Bij procesinleiding van 21 april 2020 heeft [eiseres] – tijdig – beroep in cassatie ingesteld. De curator heeft geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk doen toelichten. Vervolgens heeft [eiseres] gerepliceerd.

3. Bespreking van het cassatiemiddel

3.1. Een schuldenaar is ingevolge art. 6:127 BW bevoegd tot verrekening van zijn schuld met een vordering als is voldaan aan de volgende vereisten:

- (1) partijen zijn over en weer elkaars schuldeiser en schuldenaar;
- (2) de prestatie die de schuldenaar te vorderen heeft beantwoordt aan zijn schuld;
- (3) de schuldenaar is bevoegd tot betaling van zijn schuld;
- (4) de schuldenaar is bevoegd tot het afdwingen van de betaling van zijn vordering;
- (5) de vordering en schuld vallen niet in van elkaar gescheiden vermogens.

Op grond van art. 53 Fw is in faillissement de bevoegdheid tot verrekening ruimer. Het vereiste van wederkerigheid geldt echter ook dan. De hiervoor genoemde vereisten zijn van regelend recht.¹² Partijen kunnen overeenkomen dat verrekening mogelijk is, ondanks dat aan het wederkerigheidsvereiste niet is voldaan. Een dergelijke afspraak behoudt ook in faillissement haar gelding.¹³

12 Asser/Sieburgh 6-II 2017/223; R.J.Q. Klomp, in: GS Verbintenissenrecht, art. 6:127 BW, aant. 1 en 11; B.A. Schuijling, Verrekening (Mon. BW nr. B40) 2019/5.

13 HR 15 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1789, NJ 2020/166 m.nt. F.M.J. Verstijlen, JOR 2020/22 m.nt.

Ook redelijkheid en billijkheid kunnen het wederkerigheidsvereiste opzij zetten.¹⁴

3.2. Ter onderbouwing van haar beroep op verrekening heeft [eiseres] in de eerste plaats betoogd dat de regres- en omslaganspraken van de zeven vennootschappen in de zin van art. 6:15 BW als één gezamenlijk vorderingsrecht van die vennootschappen moet worden aangemerkt. Daarom zou zijn voldaan aan de vereisten voor verrekening, waaronder het wederkerigheidsvereiste. Voor het geval daarover anders moet worden geoordeeld, heeft [eiseres] zich in de tweede plaats op het standpunt gesteld dat zij op grond van redelijkheid en billijkheid desalniettemin integraal mag verrekenen.

3.3. Het hof heeft geoordeeld dat van een gezamenlijk vorderingsrecht geen sprake is en dat niet aan de wettelijke vereisten voor integrale verrekening (het wederkerigheidsvereiste) is voldaan (onder 4.6-4.10). Dat oordeel wordt in cassatie niet bestreden. Ook het standpunt van [eiseres] dat integrale verrekening kan worden gebaseerd op redelijkheid en billijkheid heeft het hof verworpen (onder 4.11-4.12). Tegen dat oordeel komt onderdeel 1 met enkele rechts- en motiveringsklachten op. Met onderdeel 2 betoogt [eiseres] dat het hof voor recht had moeten verklaren dat in de verhouding tussen [eiseres] en [F] B.V. verrekening heeft plaatsgevonden. Onderdeel 3 bevat uitsluitend een veegklacht.

3.4. *Onderdeel 1* is opgebouwd uit drie subonderdelen, genummerd 1.1 tot en met 1.3, en betreft de rechtsoverwegingen 4.11 en 4.12 van het arrest van het hof. Ik citeer die overwegingen:

“4.11. De rechtbank heeft kort gezegd geoordeeld dat ondanks het feit dat niet is voldaan aan deze wettelijke vereisten, [eiseres] haar vordering op [F]¹⁵ [F] B.V. mag tegenwerpen aan de bij de geconsolideerde afwikkeling betrokken zeven vennootschappen en dat [eiseres] als gevolg van de door de curator gekozen geconsolideerde metho-

de niet mag worden beperkt in haar recht op verrekening (rechtsoverweging 4.7.5). Het frustreren van het beroep op verrekening zou volgens de rechtbank in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid, die de rechtsverhouding tussen partijen beheerst. De rechtbank heeft dat oordeel gebaseerd op de volgende omstandigheden:

i) de wijze van berekening van de regres- en omslagvorderingen door de curator (‘beperkte consolidatie op concernniveau’);

ii) [eiseres] is schuldenaar van een gezamenlijk vorderingsrecht;

iii) betaling aan de curator in zijn hoedanigheid van curator van een van de zeven vennootschappen leidt tot bevrijding jegens de zes andere;

iv) niet inzichtelijk is gemaakt door de curator welk deel van het aan de curator toegewezen bedrag aan [F] B.V. toekomt.

4.12. Anders dan de rechtbank acht het hof deze omstandigheden, ieder voor zich en in onderling verband en samenhang, niet voldoende om tot het oordeel te komen dat de redelijkheid en billijkheid meebrengen dat, hoewel niet aan de vereisten van artikel 53 Fw/artikel 6:127 BW is voldaan, toch een beroep op integrale verrekening, zoals primair gevorderd moet worden gehonoreerd. Die omstandigheden komen in essentie neer op dezelfde bezwaren die [eiseres] in de arbitrageprocedure heeft gemaakt tegen de berekening door de curator van de vorderingen. Die bezwaren zijn gehonoreerd in de beslissing van de arbiters in hoger beroep, aldus dat de vorderingen van de curator in omvang beperkt zijn toegewezen, maar dat brengt niet mee dat dit ook moet leiden tot een dergelijke vergaande bevoegdheid tot verrekening.

Voor het honoreren van het (terughoudend te beoordelen) standpunt van [eiseres] dat het in strijd met de redelijkheid en billijkheid of kennelijk onaanvaardbaar is dat zij niet zou mogen verrekenen, heeft zij onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld. Op haar rust de stelplicht en bewijslast ten aanzien van dergelijke feiten en omstandigheden. Zoals hiervoor in 4.9 is overwogen is van een gezamenlijk vorderingsrecht geen sprake, waarmee de onder i) tot en met iii) genoemde omstandigheden niet opgaan. Ook de wijze van berekening van de vorderingen als zodanig is daarvoor niet voldoende. Dat geldt ook voor de onder iv) genoemde omstandigheid, waarvan de juistheid door de curator is betwist. Een integrale verrekeningsbevoegdheid, zoals

N.E.D. Faber.

14 Zie HR 31 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0492, NJ 1992/686 m.nt. P. van Schilfgaarde en meer recent HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:377, NJ 2019/365 m.nt. A.J. Berends, TvI 2019/44 m.nt. B.A. Schuijling, JOR 2019/145 m.nt. N.E.D. Faber. Beide arresten betreffen de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid. Vergelijk echter hierna naar aanleiding van subonderdeel 1.1.

15 Bedoeld is kennelijk steeds: [F] B.V.

door [eiseres] bepleit, zou meebrengen dat de boedels van de andere vennootschappen dan [F] B.V. benadeeld zouden worden, doordat zij hun vorderingen niet betaald krijgen. Dat deze vennootschappen regres- en omslagvorderingen hebben, heeft [eiseres] niet bestreden. Ook de belangen van deze boedels moeten in het oog worden gehouden. De in pleidooi in hoger beroep ingenomen stelling, dat de curator gezien zijn berekeningen in het kader van overleg na de arbitrale procedure van koers zou zijn veranderd en een ander standpunt zou hebben over deze vorderingen op [eiseres], is door de curator betwist. Dat de curator zijn rechten heeft verwerkt of anderszins niet meer onverkort zou mogen vasthouden aan de veroordeling op grond van de arbitrageprocedure en dat en hoe daardoor een verrekeningsbevoegdheid is ontstaan is door [eiseres] onvoldoende onderbouwd.”

3.5. Met *subonderdeel 1.1* klaagt [eiseres] dat ‘s hofs oordeel ten onrechte is beperkt tot de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid. Zij voert aan dat door haar ook een beroep is gedaan op de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid¹⁶ en dat het oordeel van de rechtbank ook in die sleutel stond.¹⁷ In ieder geval had het hof zo nodig met toepassing van art. 25 Rv moeten onderzoeken en beoordelen of de aanvullende werking het ingeroepen rechtsgevolg van verrekening draagt.¹⁸ Ook de curator leest ‘s hofs arrest zo

dat daarin alleen is beoordeeld of de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid grond biedt voor verrekening hoewel niet aan de vereisten daarvoor is voldaan.¹⁹ Hij stelt tevens een alternatieve lezing voor waarin het hof duidelijk heeft willen maken dat ook de aanvullende werking geen grondslag voor verrekening biedt, maar noemt die lezing minder aannemelijk.²⁰ Anders dan partijen, houd ik het erop dat deze alternatieve lezing juist is. ‘s Hofs oordeel betreft ook de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid. De klacht van het subonderdeel mist om die reden feitelijke grondslag. Ik licht dit hierna toe.

3.6. Door [eiseres] is in algemene zin een beroep gedaan op de eisen of maatstaven van redelijkheid en billijkheid bedoeld in art. 6:2 BW.²¹ Aan de curator kan worden toegegeven dat als we de vindplaatsen waarnaar de klacht verwijst naslaan, daar steeds een uitwerking is te lezen die neerkomt op een beroep op de *beperkende* werking van redelijkheid en billijkheid.²² Dit doet er echter niet aan af dat het algemene beroep op art. 6:2 BW dat door [eiseres] is gedaan, ook ruimer kan worden gelezen. Niet onbegrijpelijk heeft de rechtbank de gedingstukken in eerste aanleg inderdaad in die ruimere zin uitgelegd. Ik meen althans dat rechtsoverweging 4.7.6 van het vonnis van de rechtbank zich bezwaarlijk anders dan als een toepassing van de *aanvullende* werking van redelijkheid en billijkheid laat lezen:

“De rechtbank overweegt verder dat een andersluidende conclusie met zich zou brengen dat de

16 [eiseres] verwijst in dit verband naar de memorie van antwoord onder 33 (“[eiseres] is daarnaast van mening dat die koerswijzigingen van 180 graden een rol dienen te spelen in het kader van de (beoordeling, gestoeld op de) maatstaven van redelijkheid en billijkheid”), onder 132 (“Tussen hen gelden de eisen/maatstaven van redelijkheid van artikel 6:2 BW”) en de pleitnota ten behoeve van de zitting van 4 juli 2019 onder 7 (“bij het beroep dat Beheer in deze procedure meermalen doet op de maatstaven van redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 BW”).

17 Zie het vonnis van 12 april 2017 onder 4.7.6.

18 In dit verband acht [eiseres] van belang dat het wederkerigheidsvereiste van art. 6:127 lid 2 en 3 BW en art. 53 Fw van regelend recht is en dat enerzijds uit HR 15 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:226, JOR 2019/150 m.nt. A.G. Castermans volgt dat de goede trouw ertoe kan leiden dat een beroep op verrekening wordt gehonoreerd ook als aan het wettelijke vereiste van een verrekenbare tegenvordering niet is voldaan en anderzijds in HR 15 november 2019,

ECLI:NL:HR:2019:1789, NJ 2020/166 m.nt. F.M.J. Verstijlen, JOR 2020/22 m.nt. N.E.D. Faber is geoordeeld dat een contractuele afwijking van het wederkerigheidsvereiste voor verrekening ook in faillissement geldt. Zie ook de conclusie van repliek onder 71.

19 Zie de schriftelijke toelichting van de curator onder 3.2.

20 Zie de schriftelijke toelichting van de curator onder 3.6.

21 Zie de hiervoor in voetnoot 16 genoemde vindplaatsen.

22 Zie de schriftelijke toelichting van de curator onder 3.5, waar wordt verwezen naar de inleidende dagvaarding onder 99, de conclusie van dupliek (bedoeld is kennelijk: repliek) onder 71 en 75 en de memorie van antwoord onder 109. Dat geldt ook voor de meeste andere vindplaatsen waarnaar [eiseres] in haar pleitnota ten behoeve van de zitting van 4 juli 2019 onder 7 zelf doorverwijst.

curator door de wijze waarop hij namens de vennootschappen verkiest te procederen, een beroep op verrekening, dat als zodanig niet door hem wordt betwist, (langdurig) zou kunnen frustreren. De redelijkheid en billijkheid die de relatie tussen partijen mede beheerst staat aan een dergelijke uitkomst in de weg.”

In de eerste plaats zegt de rechtbank dat “de” redelijkheid en billijkheid de relatie tussen partijen “mede beheerst”, welke formulering volmaakt bij de aanvullende werking past, en in de tweede plaats gebruikt de rechtbank niet de formulering “naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar”, hoewel iedere bekwaame civiele rechter weet dat uw Raad erop staat dat die (tot terughoudendheid nopende) maatstaf bij toepassing van de beperkende werking tot uitdrukking wordt gebracht.²³

3.7. De curator noemt dit redelijkheidsoordeel “niet helemaal duidelijk”, omdat het daaraan voorafgaande oordeel dat sprake is van één gezamenlijk vorderingsrecht van de vennootschappen al voldoende zou moeten zijn voor de conclusie dat integrale verrekening kan plaatsvinden.²⁴ Dat is mijns inziens niet juist. De overweging van de rechtbank houdt verband met het uitgangspunt dat aan de vereisten voor verrekening niet is voldaan als sprake is van een vordering die aan gezamenlijke schuldeisers als gezamenlijk vorderingsrecht toekomt en een schuld die één van deze schuldeisers aan de schuldenaar heeft.²⁵ Daarop wijst ook de slotzin van rechtsoverweging 4.7.5 van het vonnis in eerste aanleg.²⁶ Die situatie doet

zich in de door de rechtbank gekozen beoordelingslijn voor. Ook als sprake is van een gezamenlijk vorderingsrecht, zoals de rechtbank heeft geoordeeld, staat de omstandigheid dat alleen schuldeiser [F] B.V. een schuld aan [eiseres] heeft in beginsel aan verrekening in de weg. De rechtbank heeft in rechtsoverweging 4.7.4 gewezen op de mogelijkheid om toch te verrekenen als sprake is van een geconsolideerde afwikkeling van de faillissementen.²⁷ Een dergelijke consolidatie leidt ertoe dat het identiteitsverschil wat betreft de afwikkeling van de faillissementen wordt weggedacht en dat de activa en de passiva van de betrokken vennootschappen samen feitelijk één vermogen gaan vormen voor de afwikkeling van het faillissement.²⁸ De faillissementen van de verschillende vennootschappen worden hier echter niet geconsolideerd afgewikkeld. Wel heeft de curator *de vorderingen geconsolideerd berekend* en is het scheidsgerecht daarin meegegaan. In die omstandigheid heeft de rechtbank in rechtsoverweging 4.7.5 aanleiding gezien te oordelen dat [eiseres] haar tegenvordering op [F] B.V. aan de zeven failliete vennootschappen mag tegenwerpen. Uit rechtsoverweging 4.7.6 volgt dat dit oordeel berust op redelijkheid en billijkheid die de relatie tussen partijen mede beheersen. Daarbij heeft de rechtbank betekenis toegekend aan de omstandigheden die het hof in de hierboven geciteerde rechtsoverweging 4.11 en 4.12 nader bespreekt. Het oordeel van de rechtbank komt erop neer dat redelijkheid en billijkheid in verband met deze omstandigheden meebrengen dat het onderhavige geval in het kader van de verrekening gelijk moet worden gesteld aan het geval dat sprake is van een geconsolideerde afwikkeling. Dat laat zich opvatten als een *aanvulling* van de rechtsbetrekking op grond van redelijkheid en billijkheid.

3.8. Waar het hof vervolgens naar aanleiding van een van de grieven van de curator de beoordeling van de rechtbank overdoet, ligt daarin naar haar

23 HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2540, NJ 1998/363 m.nt. A.R. Bloembergen; HR 25 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4942, NJ 2000/471 m.nt. A.R. Bloembergen; HR 14 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4504, NJ 2002/59.

24 Zie voetnoot 24 bij de schriftelijke toelichting van de curator onder 3.3.

25 Vergelijk: TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 125 en 489; Asser/Sieburgh 6-I 2016/139; Asser/Sieburgh 6-II 2017/225; N.E.D. Faber, Verrekening (diss.), 2005/31; B.A. Schuijling, Verrekening (Mon. BW nr. B40) 2019/8.

26 “Er is onvoldoende aanleiding om [eiseres] B.V. als schuldenaar van het gezamenlijke vorderingsrecht van de zeven failliete vennootschappen met een tegenvordering op één van die vennootschappen als gevolg van de door de curator gekozen geconsolideerde methode te beperken in haar recht op verrekening.”

27 Onder verwijzing naar HR 25 september 1987 ECLI:NL:HR:1987:AC9980, NJ 1988/136 m.nt. W.C.L. van der Grinten, AA 1988/02 m.nt. P. van Schilfgaarde en Hof Den Haag 31 mei 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ7323, RI 2011/72.

28 Vergelijk M.L.H. Reumers, De geconsolideerde insolventie, TvI 2008/16; dezelfde, Samengevoegde afwikkeling van faillissementen, diss. Rotterdam, 2007, p. 297-305.

aard ook een beslissing over het beroep op de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid besloten. Uit de overweging (cursivering toegevoegd):

“Voor het honoreren van het (terughoudend te beoordelen) standpunt van [eiseres] dat het in strijd met de redelijkheid en billijkheid of kennelijk onaanvaardbaar is dat zij niet zou mogen verrekenen, heeft zij onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld”

maak ik op dat het hof heeft geoordeeld dat noch het beroep van [eiseres] op de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid, noch haar beroep op de beperkende werking slaagt.

3.9. Uit het voorgaande volgt dat de klacht moet falen.

3.10. Ten overvloede maak ik enkele opmerkingen naar aanleiding van het standpunt van de curator dat het beroep op de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid hoe dan ook niet zou kunnen slagen, omdat geen sprake zou zijn van een leemte in de relevante rechtsverhouding.²⁹ Die verhouding wordt beheerst door art. 53 Fw, inhoudende dat voor verrekening wederkerigheid is vereist. Alleen de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid zou volgens de curator in een dergelijk geval soelaas kunnen bieden.³⁰

3.11. Mijns inziens berust een en ander op een onjuiste opvatting van de verhouding tussen (aanvullende) wet en redelijkheid en billijkheid. De wetgever heeft de vraag hoe wet, gewoonte en redelijkheid en billijkheid zich in een gegeven geval verhouden, aan de rechter overgelaten.³¹ In overeenstemming daarmee heeft diezelfde wetgever in art. 6:248 lid 1 BW wet, gewoonte en redelijkheid en billijkheid op hetzelfde niveau gerangschikt. Of een regel van aanvullend recht³² de strekking heeft dat zij enkel door de (met terughoudend-

heid toe te passen) beperkende werking van redelijkheid en billijkheid opzij kan worden gezet, is een vraag van uitleg van de desbetreffende wetsbepaling.³³ Hoewel een zodanige strekking niet op voorhand ondenkbaar is, ligt zij veelal niet voor de hand, juist om de wettelijke regel niet meer kracht heeft dan die van aanvullend recht. De wetgever heeft dus onder ogen gezien dat de regel niet in alle gevallen passend recht oplevert en heeft daarom aan partijen toegestaan om daarvan af te wijken. Mijns inziens past daarbij veelal ook om aan te nemen dat ook uit de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid iets anders kan voortvloeien.

3.12. Anders dan de steller van het middel veronderstelt, brengt het gangbare vereiste van een leemte zoals dat bij toepassing van de aanvullende werking wordt gesteld, niet iets anders mee. Zoals een contractuele regeling van de rechtsverhouding een leemte kan vertonen, omdat omstandigheden zoals die zich hebben voorgedaan in die contractuele regeling niet zijn verdisconteerd, zo ook kan dit zich bij een *wettelijke* regeling van de rechtsverhouding voordoen.

3.13. Ook is niet doorslaggevend of de toepassing van redelijkheid en billijkheid ertoe leidt dat een wettelijke regel of wettelijk vereiste geen toepassing vindt.³⁴ Behalve de beperkende werking kan

29 Zie de schriftelijke toelichting van de curator onder 3.7 en 3.8.

30 De curator verwijst naar de in voetnoot 14 vermelde rechtspraak. Dat in die rechtspraak het wederkerigheidsvereiste door de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid opzij werd gezet, bewijst echter niet dat niet ook uit de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid kan voortvloeien dat het wederkerigheidsvereiste geen toepassing vindt.

31 Eindverslag I, Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 31.

32 Het is in deze zaak niet nodig om ook te spreken over de verhouding tussen dwingende rechtsregels en redelijkheid en billijkheid.

33 Een bekend voorbeeld van bepalingen van aanvullend recht waarvan in de rechtspraak is uitgemaakt dat zij ruimte laten voor toepassing van (naast de beperkende ook) de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid zijn die van de verzuimregeling van art. 6:81 e.v. BW. Zie: HR 4 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4358, NJ 2003/257 m.nt. J. Hijma ([...]/[...]); HR 11 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1581, NJ 2020/197 m.nt. J.L. Smeehuijzen ([...]/Alukon).

34 Als ik het goed zie in andere zin: H.N. Schelhaas, Redelijkheid en billijkheid (Mon. BW A5) 2017/24: “De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kan er niet toe leiden dat een rechtsverhouding op zodanige wijze wordt aangevuld dat strijdigheid ontstaat met een wettelijke bepaling”, met een beroep op HR 14 februari 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC3422, NJ 1975/252 m.nt. G.J. Scholten. Volgens Schelhaas is dit ook het systeem van art. 6:2 en 6:248 BW, naar ik begriep omdat alleen de beperkende werking kan resulteren in een uitkomst die anders is dan een wettelijke bepaling inhoudt. Het door Schelhaas genoemde arrest betreft het (dwingendrechtelijke) wettelijke sys-

ook de aanvullende werking hiertoe leiden.³⁵ Dit laat zich bijvoorbeeld illustreren met het arrest *Multi Vastgoed/Nethou*.³⁶ Volgens dat arrest is de schuldeiser niet geheel vrij in zijn keuze tussen nakoming en schadevergoeding, maar “daarbij gebonden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij mede de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij een rol spelen”. Zoals uit deze formulering ondubbelzinnig blijkt, betreft dit een toepassing van de *aanvullende* werking. In het geval dat de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat de schuldeiser voor schadevergoeding behoort te kiezen en niet voor nakoming, leidt dit intussen ertoe dat de regel van art. 3:296 BW *geen toepassing vindt*.³⁷

3.14. Met *subonderdeel 1.2* klaagt [eiseres] dat het hof ten onrechte betekenis heeft toegekend aan de door verrekening geschade belangen van de boedels van de andere vennootschappen dan [F] B.V. [eiseres] maakt een onderscheid tussen de situatie dat het hof met de belangen van de boedels zou doelen op (i) de belangen van derden, zoals schuldeisers, dan wel (ii) de eigen belangen van de vennootschappen. In het eerste geval zou het hof hebben miskend dat belangen van derden geen rol kunnen spelen bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid meebrengen in de rechtsverhouding tussen [eiseres] en de zeven vennootschappen. In het tweede geval zou het hof hebben miskend dat de curator in de arbitrageprocedure en in feitelijke instanties optrad voor de vennootschappen en door zijn procesgedrag de omstan-

digheden waarop het beroep op redelijkheid en billijkheid steunt, in het leven heeft geroepen.

3.15. Ook deze klacht wordt tevergeefs voorgesteld. De onder (i) bedoelde lezing ligt het meest voor de hand. Met de belangen van de boedels doelt het hof op het belang van de schuldeisers. [eiseres] gaat uit van een onjuiste rechtsopvatting waar zij aanvoert dat dit belang geen rol kan spelen bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid in de rechtsverhouding tussen haar en de zeven vennootschappen meebrengen. Ingevolge art. 3:12 BW moet bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen *en de maatschappelijke en persoonlijke belangen* die bij het gegeven geval zijn betrokken. In dit verband moeten ook de belangen van derden die niet bij de rechtsstrijd zijn betrokken door de rechter in aanmerking worden genomen.³⁸ De klacht berust dus op een onjuiste rechtsopvatting.

3.16. Het onderdeel bevat geen motiveringsklacht. Ten overvloede merk ik op dat door de curator³⁹ terecht wordt aangevoerd dat er alle aanleiding bestond om mede oog te hebben voor de belangen van de schuldeisers, omdat het gaat om een gestelde grond voor verrekening die is gebaseerd op feiten en omstandigheden van ná de faillietverklaring en te maken heeft met het handelen van de curator in de betrokken faillissementen, terwijl de verschillende boedels ten behoeve van deze schuldeisers worden afgewikkeld.

3.17. Lezing (ii) houd ik voor onjuist en behoeft om die reden geen bespreking.

3.18. Met *subonderdeel 1.3* komt [eiseres] op tegen het oordeel van het hof dat haar stellingen onvoldoende zijn om tot het oordeel te komen dat redelijkheid en billijkheid meebrengen dat, hoewel niet aan de vereisten daarvoor is voldaan, toch een beroep op integrale verrekening, zoals pri-

teem betreffende de beëindiging van een dienstbetrekking. Dat dit systeem en de daartoe behorende wettelijke bepalingen aldus behoren te worden uitgelegd dat alleen de *beperkende* werking van redelijkheid en billijkheid tot een andere uitkomst kan leiden dan die bepalingen inhouden, acht ik alleszins gepast. Veralgemenisering van dit (gedateerde) arrest miskent de pluriformiteit zoals die onder wettelijke bepalingen nu eenmaal bestaat, nog afgezien van de in de hoofdtekst direct hierna en in voetnoot 33 benoemde voorbeelden van (recentere) rechtspraak in andere zin.

35 Vergelijk Asser/Sieburgh 6-III 2018/407.

36 HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, NJ 2001/79 (Multi Vastgoed/Nethou).

37 Wat zich eventueel laat formuleren als een beperking van de bevoegdheid van de schuldeiser om schadevergoeding te vorderen. Sieburgh zegt t.a.p. terecht dat aanvulling en beperking kunnen samengaan. In die zin is het onderscheid tussen beide dus niet scherp.

38 Zie bijvoorbeeld HR 20 mei 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1366, NJ 1995/691 m.nt. C.J.H. Brunner (De negende van OMA) onder 3.3: “de overeenkomst behoort te worden uitgelegd met inachtneming van de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij ook met de belangen van derden rekening dient te worden gehouden (art. 3:12 BW).” Vergelijk P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval* (O&R nr. 77), diss. Nijmegen, 2013/6.3, alwaar meer voorbeelden uit de rechtspraak.

39 Schriftelijke toelichting van de curator onder 3.13.

mair gevorderd moet worden gehonoreerd. Het onderdeel richt zich in het bijzonder tegen de wijze waarop het hof de volgende in rechtsoverweging 4.11 weergegeven omstandigheden waardeert:

i) de wijze van berekening van de regres- en omslagvorderingen door de curator (“beperkte consolidatie op concernniveau”);

ii) [eiseres] is schuldenaar van een gezamenlijk vorderingsrecht;

iii) betaling aan de curator in zijn hoedanigheid van curator van een van de zeven vennootschappen leidt tot bevrijding jegens de zes andere;⁴⁰

iv) niet inzichtelijk is gemaakt door de curator welk deel van het aan de curator toegewezen bedrag aan [F] B.V. toekomt.

3.19. De aanhef van het subonderdeel introduceert een motiveringsklacht, die vervolgens onder 1.3.1 tot en met 1.3.4 nader wordt uitgewerkt. Die uitwerking bevat behalve motiveringsklachten ook rechtsklachten. Mijns inziens treffen deze klachten grotendeels doel. Ik werk dit hierna uit.

3.20. Voldoende gemotiveerd is het oordeel van het hof dat omstandigheid ii) niet opgaat en dat van een gezamenlijk vorderingsrecht geen sprake is. Niet goed navolgbaar is echter waarom dit meebrengt dat aan de omstandigheden i) en iii) geen betekenis toekomt. In het bijzonder kan ook in dat geval nog steeds gewicht toekomen aan de geconsolideerde wijze van berekening van de regres- en omslagvorderingen in de arbitrageprocedure. Met de overweging dat de wijze van berekening van de vorderingen *als zodanig* niet voldoende is voor een geslaagd beroep op redelijkheid en billijkheid, ziet het hof eraan voorbij dat deze omstandigheid niet op zichzelf staat. Ook met betrekking tot omstandigheid iv) heeft het hof overwogen dat die als zodanig niet voldoende is. Dat volstaat niet. In weerswil van de eerste zin van overweging 4.12 heeft het hof nagelaten de omstandigheden i), iii) en iv) *in onderling verband en samenhang te beoordelen* en met name of deze gezamenlijke omstandigheden, deels door de curator in het leven geroepen, hebben belet dat [eiseres] een behoorlijk verrekeningsverweer kon voeren, met een bevoordeling van de schuldeisers

van de zes andere gefailleerde vennootschappen dan [F] B.V. tot gevolg. (naar aanleiding van 1.3.1) 3.21. Dat geen sprake is van een gezamenlijk vorderingsrecht (omstandigheid ii)), sluit niet uit dat de geconsolideerde toewijzing door het scheids-gerecht voor het beroep op de aanvullende of beperkende werking van redelijkheid en billijkheid van belang kan zijn. Het hof heeft dit miskend. (naar aanleiding van 1.3.2)

3.22. Voor zover het hof mocht hebben geoordeeld dat de genoemde omstandigheden niet voor het beroep op redelijkheid en billijkheid van belang zijn, omdat het bezwaren betreft die door arbiters zijn gehonoreerd, in die zin dat de vorderingen in omvang beperkt zijn toegewezen (vergelijk de derde volzin van rechtsoverweging 4.12), is dat oordeel onbegrijpelijk.⁴¹ Die omstandigheid laat onverlet de mogelijkheid dat de door de curator gekozen processtrategie tot gevolg heeft of kan hebben dat redelijkheid en billijkheid het rechtsgevolg van volledige verrekening meebrengen. (naar aanleiding van 1.3.2)

3.23. Ten aanzien van omstandigheid iv), namelijk dat niet inzichtelijk is gemaakt door de curator welk deel van het toegewezen bedrag aan [F] B.V. toekomt, geldt dat [eiseres] zich op het standpunt heeft gesteld dat de curator dat inzicht ook in de onderhavige procedure niet heeft verschaft.⁴² Het hof heeft slechts overwogen dat dit door de curator is “betwist” en heeft de juistheid van die stelling in het midden gelaten. Waar het niet betreft een betwisting van buiten de procedure plaatsgevonden feiten, maar een waardering van hetgeen in het geding zelf heeft plaatsgevonden, mocht het hof zich er niet op deze wijze vanaf maken: het was aan het hof om onder ogen te zien of inderdaad de curator het bedoelde inzicht niet had verschaft en welke consequenties dit behoorde te hebben. Verder is het hof niet, althans onvoldoende, ingegaan op de volgende nadere stelling-

40 Dit was het standpunt van de curator in het hoger beroep bij het NAI. Zie zijn memorie van eis in hoger beroep onder 153, overgelegd als productie 33 bij de conclusie van repliek.

41 Het hof sluit hier aan bij het verweer van de curator in bijvoorbeeld de conclusie van antwoord onder 48 en 124-127 en de memorie van grieven onder 90-95. Anders de rechtbank in rechtsoverweging 4.7.6: “Dat het scheidsgerecht met een beroep op de redelijkheid en billijkheid de vordering heeft beperkt staat er niet aan in de weg dat de rechtbank in het kader van de verrekening ook een beroep op de redelijkheid en billijkheid honoreert.”

42 [eiseres] verwijst naar de memorie van antwoord onder 32, 33 en 126, voetnoot 168.

gen van [eiseres], die rechtstreeks verband houden met de hiervoor bedoelde omstandigheden:

a. De curator heeft de vraag welk deel van de schuld aan ING ieder van de zeven vennootschappen aangaan en welk deel door ieder van hen is voldaan buiten het bestek van de arbitrageprocedure geplaatst. Als gevolg van deze processtrategie is door het scheidsgerecht één bedrag toegewezen, zonder daarbij een onderscheid te maken tussen de individuele vennootschappen.⁴³

b. De curator heeft de bevoegdheid tot verrekening erkend voor zover de schuld ziet op [F] B.V., maar heeft geen inzicht gegeven in welk deel van de schuld [F] B.V. toekomt.⁴⁴ De curator brengt [eiseres] in een onmogelijke positie, door aan te voeren dat de oorspronkelijke berekeningen niet langer houdbaar zijn en met een nieuwe berekeningsmethode voor de berekening van regres- en draagplicht te komen.⁴⁵

(naar aanleiding van 1.3.3)

3.24. Ik zei zojuist dat het hof de juistheid van de stelling dat niet inzichtelijk is gemaakt door de curator welk deel van het toegewezen bedrag aan [F] B.V. toekomt, in het midden heeft gelaten. De curator ziet dat anders. Hij meent dat het hof heeft geoordeeld dat hij dat voldoende gemotiveerd heeft betwist.⁴⁶ Dit laatste zou volgen uit wat is overwogen onder 4.12 gelezen in samenhang met de volgende overweging onder 4.9:

43 Zie de conclusie van repliek onder 68 en 71, de memorie van antwoord onder 80-83 en 94 en de producties 36 en 37, het arbitraal vonnis onder 7.2.18-7.2.21, en het vonnis van de rechtbank onder 4.7.3, waarnaar [eiseres] in dit verband verwijst.

44 Zie de conclusie van antwoord onder 52, de conclusie van dupliek onder 65, de memorie van grieven onder 65, de memorie van antwoord onder 76 en 126, de pleitnota van de curator onder 74 en het vonnis van de rechtbank onder 4.7.6, waarnaar [eiseres] in dit verband verwijst.

45 Zie de memorie van antwoord onder 65 en 120-126 en de pleitnota van [eiseres] onder 26, waarnaar zij in dit verband verwijst.

46 Zie de schriftelijke toelichting van mrs. J.W.H. van Wijk en G.C. Nieuwland onder 3.25. Onder 3.21 verwijzen zij in voetnoot 29 naar de conclusie van antwoord (bedoeld zal zijn: dupliek) onder 76, de memorie van grieven onder 58 en 61 en de pleitaantekeningen ten behoeve van de zitting van 4 juli 2019 onder 32-74.

“In de woorden van de curator: de curator heeft zeven niet hoofdelijke vorderingen van zeven afzonderlijke boedels bij elkaar opgeteld en als totaalbedrag gevorderd. Dat dit het geval is blijkt ook uit de producties 4 en 5 bij conclusie van dupliek in eerste aanleg.”

Dat lees ik daarin niet. Zou het hof wél hebben geoordeeld dat de curator omstandigheid iv) voldoende gemotiveerd heeft weersproken, dan is dat oordeel, zonder nadere toelichting, die ontbreekt, onbegrijpelijk. De producties waarnaar wordt verwezen, zijn ook in de arbitrale procedure overgelegd. Juist omdat zij onvoldoende inzichtelijk waren, heeft het scheidsgerecht de vordering van de curator in omvang beperkt toegewezen. Daarbij komt dat de curator in feitelijke aanleg zelf heeft aangevoerd dat niet langer duidelijk is welk deel van de vorderingen aan de afzonderlijke vennootschappen toekomt en dat de eerdere berekening niet meer houdbaar is.⁴⁷ Zou de curator omstandigheid iv) inderdaad voldoende gemotiveerd hebben weersproken, dan zouden er voldoende aanknopingspunten voorhanden moeten zijn om vast te stellen welk deel van het toegewezen bedrag aan [F] B.V. toekomt. De curator heeft erkend dat de vordering op en schuld aan [F] B.V. in beginsel kunnen worden verrekend.⁴⁸ In dat geval had het voor de hand gelegen dat het hof in ieder geval dit mindere, vast te stellen aan de hand van de verondersteld voldoende gemotiveerde stellingen van de curator, had toegewezen.⁴⁹

3.25. Met het oog op dit laatste – waarop ook onderdeel 2 betrekking heeft – kan nog het volgende worden opgemerkt. De rechtbank heeft in rechtsoverweging 4.7.4 van het vonnis in eerste aanleg het volgende overwogen:

“Voorts neemt de rechtbank in aanmerking dat de curator heeft aangevoerd dat het beroep op verrekening door [eiseres] B.V. wel gedeeltelijk kan slagen, namelijk voor dat deel dat toekomt aan [F] B.V. De curator heeft daarbij echter, evenals in de arbitrage procedure, nog steeds niet inzichtelijk

47 Zie de memorie van grieven onder 65.

48 Zie de conclusie van antwoord onder 52, de conclusie van dupliek onder 65, de memorie van grieven onder 65, voetnoot 22, de pleitaantekeningen van de curator ten behoeve van de zitting van 4 juli 2019 onder 74 en het vonnis van de rechtbank onder 4.7.6.

49 Zie met het oog daarop ook het hierna nader te bespreken onderdeel 2, dat m.i. eveneens terecht wordt voorgesteld.

gemaakt welk bedrag aan [F] B.V. zou moeten toekomen. Dat er een bedrag verrekend kan worden wordt derhalve door de curator erkend, tot welk bedrag wordt andermaal niet onderbouwd. De enkele algemene verwijzing naar producties die bij de inleidende dagvaarding in de regreszaak zijn ingebracht alsmede een verwijzing naar de pleitaantekeningen voor de mondelinge behandeling in die regreszaak, is daartoe in deze procedure onvoldoende.”

Naar aanleiding van deze overweging heeft de curator in hoger beroep aangevoerd dat de rechtbank op dit punt de bewijslast en het bewijsrisico ten onrechte op hem heeft gelegd.⁵⁰ Het hof heeft in de in cassatie bestreden overwegingen op zichzelf met juistheid vooropgesteld dat de stelplicht en bewijslast ten aanzien van feiten en omstandigheden die het beroep op redelijkheid en billijkheid kunnen dragen op [eiseres] rust.⁵¹ Met betrekking tot omstandigheid iv) voert [eiseres] mijns inziens echter terecht aan dat op de curator een verzwaarde motiveringsplicht rust. De curator heeft gekozen voor een beperkte consolidatie op concernniveau en als gevolg van zijn processtrategie is de vordering zonder nadere specificatie toegewezen. Die toewijzing was weliswaar beperkt in omvang, maar zonder behoorlijk inzicht in de vraag welk bedrag aan [F] B.V. toekomt, is niet te zeggen of dit meebrengt dat [eiseres] niet tekort wordt gedaan. Uitsluitend de curator beschikt over de gegevens die voor dat behoorlijk inzicht nodig zijn, of in ieder geval lijkt hij (aanzienlijk) beter in staat deze gegevens te verschaffen dan [eiseres]. (naar aanleiding van 1.3.4)

3.26. Met *onderdeel 2* richt [eiseres] zich tegen de navolgende overwegingen van het hof:

“4.6. (...) Tussen partijen is ook niet in geschil dat [eiseres] uit hoofde van de in 3.5 en 3.14 bedoelde geldlening alleen een vordering heeft op [F] B.V. en niet op één van de andere vennootschappen die in dit geschil zijn betrokken. Verder staat vast dat zij het bedrag tot betaling waarvan zij is ver-

oordeeld in de arbitrageprocedure in hoger beroep niet alleen verschuldigd is aan [F] B.V.

4.7. Het hof begrijpt de stellingen van [eiseres] aldus dat aan de wettelijke vereisten voor verrekening is voldaan, omdat sprake is van een ‘gezaamenlijk vorderingsrecht’ zoals bedoeld in artikel 6:15 lid 1 BW van de zeven in deze procedure betrokken vennootschappen (a. tot en met g. in de kop van dit arrest). De curator bestrijdt dat van een dergelijk gezaamenlijk vorderingsrecht sprake is. Het hof overweegt over dat (aldus beperkte) verweer het volgende.

(...)

4.10. [eiseres] heeft daarom onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat op deze door haar gestelde gronden voldaan is aan de wettelijk[e] vereisten voor verrekening.

(...)

4.13. Het voorgaande brengt mee dat grief II van de curator slaagt en dat de primaire vordering van [eiseres] alsnog dient te worden afgewezen. (...)”

3.27. [eiseres] klaagt dat het hof heeft nagelaten te onderzoeken en beslissen of de primaire vordering gedeeltelijk toewijsbaar is. Niet in geschil is dat (1) [eiseres] een vordering heeft op [F] B.V. en (2) dat [eiseres] onder de schuld een bedrag is verschuldigd aan [F] B.V. Het hof zou hebben miskend dat in ieder geval de schuld voor het gedeelte dat ziet op [F] B.V. in hetzelfde vermogen valt als de vordering, zodat in zoverre wel degelijk aan het wederkerigheidsvereiste is voldaan. De curator heeft ook erkend dat deze tegenover elkaar staande (individuele) vorderingsrechten in beginsel kunnen worden verrekend.⁵² [eiseres] meent dat in het petitum ook de vordering besloten ligt te verklaren voor recht dat, zo geen sprake is van volledige verrekening, gedeeltelijke verrekening heeft plaatsgevonden.

3.28. Ook deze klacht slaagt. De leer dat het mindere in het meerdere besloten ligt, is niet beperkt tot vorderingen tot schadevergoeding, maar geldt ook voor andere vorderingen, zoals een vordering

50 Zie de memorie van grieven onder 62.

51 Vergelijk: Asser Procesrecht/Asser 3 2017/306 e.v.; G. de Groot, in: GS Burgerlijke Rechtsvordering, art. 150 Rv, aant. 2.2; R.J.B. Boonekamp, in: Stelplicht & Bewijslast, inleiding onder 6; R.P.J.L. Tjittes, Een mededelingsplicht voor een procespartij als tegemoetkoming aan onredelijk bewijsrisico voor diens wederpartij, NJB 1988, p. 1128 e.v.; B.M. Pajmans, De verzwaarde stelplicht revisited, NTBR 2016/2.

52 [eiseres] verwijst naar de conclusie van antwoord onder 52, de conclusie van dupliek onder 65, de memorie van grieven onder 65, voetnoot 22, de pleitaantekeningen van de curator ten behoeve van de zitting van 4 juli 2019 onder 74 en het vonnis van de rechtbank onder 4.7.6.

tot verklaring voor recht.⁵³ De gevorderde verklaring voor recht met de strekking dat de schulden uit hoofde van het arbitraal vonnis (waaronder een schuld aan [F] B.V.) zijn verrekend met de vordering die [eiseres] op [F] B.V. heeft, omvat mede de vordering voor recht te verklaren dat verrekening heeft plaatsgevonden tot het beloop van de schuld aan [F] B.V. De aan de verderstrekkende vordering ten grondslag gestelde feiten kunnen deze mindere vordering dragen. Uit niets blijkt dat [eiseres] uitsluitend de gevraagde, meest verstrekkende vordering beoordeeld wenste te verkrijgen. De curator moet redelijkerwijs ook hebben begrepen dat dit mindere in het meerdere besloten lag. De opmerking van de curator in feitelijke aanleg dat verrekening afgezien van (hooguit) het deel van de betaling dat toekomt aan [F] B.V. niet mogelijk is en dat argumenten tegen verrekening met ook het deel dat aan [F] B.V. toekomt, nog aan de orde zullen komen,⁵⁴ wijst erop dat de curator dit ook heeft begrepen. Daarmee is voldaan aan de voorwaarden voor toewijzing van het mindere, in het geval het meerdere niet toewijsbaar is.⁵⁵ Dit heeft het hof klaarblijkelijk miskend.

3.29. *Onderdeel 3*, dat de veegklacht bevat dat als een of meer van de voorgaande klachten slagen ook 's hofs oordelen en beslissingen onder 4.14-4.20 en het dictum niet in stand kunnen blijven, slaagt eveneens.

4. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging en verwijzing.

53 HR 5 november 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4468, NJ 1984/125 m.nt. C.J.H. Brunner. Zie voor een ander voorbeeld van een andersoortige vordering ook HR 29 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1116, NJ 1994/107.

54 Zie opnieuw de conclusie van antwoord onder 52, voetnoot 21, de conclusie van dupliek onder 65, de memorie van grieven onder 65, voetnoot 22, de pleitaantekeningen van de curator ten behoeve van de zitting van 4 juli 2019 onder 74 en het vonnis van de rechtbank onder 4.7.6.

55 Vergelijk A-G Wesseling-van Gent (ECLI:NL:PHR:2005:AT8246) in haar conclusie vóór HR 21 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8246, JOL 2005/603, die onder meer verwijst naar de NJ-annotatie van C.J.H. Brunner onder HR 5 november 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4468, NJ 1984/125.

Hoge Raad

(...; red.)

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) De Curator is in mei 2003 door de rechtbank Groningen benoemd tot curator in de toen uitgesproken faillissementen van de vennootschappen, genoemd in de kop van dit arrest onder a. tot en met g. (hierna: de zeven vennootschappen).

(ii) [eiseres] was groepshoofd van het [concern]. Eind 1995 heeft (een zekere, formele) ontvlechting en verzelfstandiging van het [concern] plaatsgevonden, waarbij [eiseres] de aandelen heeft overgedragen aan de nieuw opgerichte [H] B.V. (hierna: [H]). De zeven vennootschappen zijn (klein)dochters van [H]. [H] is eveneens in mei 2003 failliet verklaard, waarbij verweerder in cassatie (de Curator) ook tot curator is benoemd. (iii) In het kader van de ontvlechting heeft [eiseres] aan [H] uit hoofde van lening bedragen ter beschikking gesteld.

(iv) ING Bank (hierna: ING) is met een aantal [H]-vennootschappen en (al dan niet verwante) andere vennootschappen in februari 2000 een kredietarrangement overeengekomen (hierna: het kredietarrangement). Het kredietarrangement vermeldt dat het is verstrekt onder de hoofdelijke aansprakelijkheid van negentien [H]- en andere vennootschappen, waaronder [eiseres], jegens ING. Het kredietarrangement is (mede) namens [eiseres] ondertekend.

(v) In april 2000 is tussen ING en onder andere [eiseres] (tezamen met andere vennootschappen, waaronder diverse van de zeven vennootschappen) een "compte joint en medeaansprakelijkheidsovereenkomst" (hierna: de CJMO) gesloten. In die overeenkomst hebben onder meer [eiseres] en de andere vennootschappen hoofdelijke aansprakelijkheid aanvaard voor "al hetgeen zij of één of meer hunner aan de bank schuldig zijn of zullen worden, uit welke hoofde dan ook (...)." De CJMO strekte tot zekerheid voor de verplichtingen van onder meer deze vennootschappen en [eiseres] uit hoofde van het kredietarrangement, tot een bedrag van fl. 96.450.000.--.

(vi) Toen in mei 2003 het faillissement van de zeven vennootschappen werd uitgesproken, bedroeg de totale schuld aan ING onder het kredietarrangement, exclusief rente en kosten,

€ 31.772.425,36. Zowel [eiseres] als de zeven vennootschappen waren op dat moment partij bij het kredietarrangement. De schuld aan ING is vervolgens volledig afgelost door verrekening met de creditsaldi op de bankrekeningen en door onderhandse verkoop van onroerende zaken en bedrijfsuitrustingen van de zeven vennootschappen. De creditsaldi op de bankrekeningen van [eiseres] en de aan deze vennootschap toebehorende activa zijn niet verrekend, respectievelijk uitgewonnen ten behoeve van de aflossing van de schuld aan ING.

(vii) [eiseres] heeft nimmer “getrokken” van het kredietarrangement.

(viii) [eiseres] heeft een vordering uit geldlening op [F] B.V. (hierna: [F]), een van de zeven vennootschappen (genoemd in de kop van dit arrest onder f.) ten bedrage van € 3.717.409,01 ingediend bij de Curator. De vordering is geplaatst op de lijst van erkende concurrente schuldeisers van [F].

(ix) Daarnaast heeft [eiseres] een vordering op [H] ten bedrage van € 2.505.753,--. Tussen partijen is inmiddels onherroepelijk komen vast te staan dat de zeven vennootschappen voor deze vordering hoofdelijk aansprakelijk zijn jegens [eiseres].¹

(x) Tussen partijen is (ook) een geschil ontstaan over de vraag of, zoals de Curator stelde, [eiseres] als hoofdelijk verbonden schuldenaar onder het kredietarrangement en de CJMO draagplichtig is op de voet van de art. 6:10-6:13 BW. Partijen hebben dit geschil voorgelegd aan arbiters van het Nederlands Arbitrage Instituut (hierna: het scheidsgerecht).

(xi) In hoger beroep heeft het scheidsgerecht op 6 mei 2013 vonnis gewezen. Daarin heeft het scheidsgerecht overwogen aanleiding te zien de vorderingen van de Curator toe te wijzen, zij het beperkt tot het bedrag van de door [eiseres] in het faillissement van [F] ingediende en erkende vordering en heeft het [eiseres] veroordeeld om aan de gezamenlijke failliete vennootschappen, vertegenwoordigd door de Curator, een totaalbedrag van € 3.717.409,01 te betalen.

(xii) Bij brief aan de Curator van 28 mei 2013 heeft [eiseres] een verrekeningsverklaring afgelegd, waarin zij verklaart, kort gezegd, dat zij het-

geen zij uit hoofde van het arbitraal vonnis in hoger beroep aan de gezamenlijke vennootschappen dient te betalen, verrekend met haar vordering op [F], althans haar vorderingen op de failliete vennootschappen en zich meer subsidiair op opschorting van betaling beroept gelet op haar tegenvorderingen.

(xiii) Omdat partijen van mening verschilden over de uitleg van het in hoger beroep gewezen arbitraal vonnis, met name over de vraag of daarin besloten lag dat [eiseres] haar vordering op [F] zou kunnen verrekenen met het door het scheidsgerecht aan de failliete vennootschappen toegekende bedrag, heeft [eiseres] zich tot het scheidsgerecht gewend en verzocht om aanvulling c.q. toelichting.

(xiv) Bij brief van 2 juli 2013 heeft de voorzitter van het scheidsgerecht als volgt gereageerd:

“(…) Het verzoek is (...) gestoeld op de veronderstelling dat, gezien de omvang van het aan de curator toegewezen bedrag het de bedoeling van het Scheidsgerecht moet zijn geweest om [eiseres] (...) in staat te stellen dit bedrag volledig te verrekenen met haar erkende vordering in de boedel van [[F]], zodat de kwestie met gesloten beurs kan worden afgehandeld. Deze veronderstelling is echter onjuist. Het Scheidsgerecht heeft gemeend, met inachtneming van alle omstandigheden van het geval en in het licht van de redelijkheid en billijkheid als toepasselijke toetsingsnorm, de vordering van de curator zoals geformuleerd in het petitum van diens memorie van eis, te moeten beperken tot de omvang van hetgeen [eiseres] van de curator te vorderen heeft. Dat is de gedachte die steekt achter het vonnis, niet meer maar ook niet minder. (...) Nog los van de vraag of Verzoekers' beroep op verrekening inderdaad kan worden aangemerkt als verweer tegen het gevorderde in dit geding, staat vast dat het daarvan geen onderdeel uitmaakte, ook niet in reconventie. (...)”

2.2. In dit geding vordert [eiseres], voor zover in cassatie nog van belang:

“1. primair

– voor recht te verklaren dat [eiseres] de bedragen terzake regres- en omslagvorderingen van € 3.717.409,01 alsmede ter zake van kosten van rechtsbijstand van € 60.000,00 en kosten van arbitrage van € 95.281,33 (tot betaling waarvan [eiseres] is veroordeeld door het scheidsgerecht (...) in het op 6 mei 2013 (...) gewezen (...) arbitraal eindvonnis aan de ‘gezamenlijke Failliete Vennootschappen, vertegenwoordigd door de Cura-

1 HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:363 («JOR» 2017/84, m.nt. Leijten; red.).

tor') heeft voldaan door middel van verrekening, welke heeft plaatsgevonden door de verrekeningsverklaring van 28 mei 2013;

– *alsmede voor recht te verklaren dat daarbij*

a) het hiervoor genoemde door [eiseres] verschuldigde bedrag terzake regres- en omslagvorderingen tot een bedrag groot € 3.717.409,01 is verrekend met de erkende vordering van € 3.717.409,01 die [eiseres] heeft op [[F]], ten gevolge waarvan deze vordering tot het gehele beloop teniet gegaan is;

b) de hiervoor genoemde door [eiseres] verschuldigde bedragen ter zake van kosten van rechtsbijstand van € 60.000,- en kosten van arbitrage van € 95.281,33 (tezamen derhalve € 155.281,33) zijn verrekend met de vordering van € 2.505.753,- (...), welke vordering [eiseres] mede heeft op de door de curator in deze procedure vertegenwoordigde vennootschappen (...);

– *en voor recht te verklaren dat [eiseres] door de aldus vastgestelde verrekeningen geheel en al bevrijd is van de verplichtingen die voor haar uit dat arbitrale eindvonnis voortvloeiden;*

(...);

2. subsidiair

– *voor recht te verklaren dat [eiseres] de bedragen ter zake regres- en omslagvorderingen van € 3.717.409,01 alsmede ter zake van kosten van rechtsbijstand van € 60.000,00 en kosten van arbitrage van € 95.281,33 (tot betaling waarvan [eiseres] is veroordeeld door het scheidsgerecht in het (...) arbitraal eindvonnis aan de gezamenlijke Failliete Vennootschappen, vertegenwoordigd door de Curator) heeft voldaan door middel van verrekening, welke heeft plaatsgevonden door de verrekeningsverklaring van 28 mei 2013;*

– *alsmede voor recht te verklaren dat daarbij de hiervoor genoemde door [eiseres] verschuldigde bedragen ter zake regres- en omslagvorderingen, kosten van rechtsbijstand en kosten van arbitrage, tezamen derhalve een totaalbedrag van € 3.872.690,34 is/zijn verrekend met de vordering van € 2.505.753,- (...), die [eiseres] mede heeft op de door de curator in deze procedure vertegenwoordigde vennootschappen (...);*

– *en voor recht te verklaren dat [eiseres] door de aldus vastgestelde verrekeningen bevrijd is van (een deel van) de verplichtingen die voor haar uit dat arbitrale eindvonnis voortvloeiden en wel tot het beloop van € 2.505.753,-;*

– *alsmede voor recht te verklaren dat [eiseres] zich wat betreft het restant van (€ 3.872.690,34 minus*

€ 2.505.753,-, zijnde) € 1.366.937,34 rechtsgeldig beroept op opschorting van de betaling daarvan (...);

3. meer subsidiair

(...)."

2.3. De rechtbank heeft de primaire vorderingen van [eiseres] toegewezen.

2.4. Het hof² heeft de primaire vorderingen van [eiseres] afgewezen en de subsidiaire vorderingen achter het tweede en derde gedachtestreepje gedeeltelijk toegewezen door voor recht te verklaren:

(i) dat [eiseres] de bedragen ter zake regres- en omslagvorderingen van € 3.717.409,01 (tot betaling waarvan [eiseres] is veroordeeld in het arbitraal eindvonnis "aan de gezamenlijke Failliete Vennootschappen, vertegenwoordigd door de Curator") heeft voldaan door middel van verrekening, welke heeft plaatsgevonden door de verrekeningsverklaring van 28 mei 2013, aldus dat de door [eiseres] verschuldigde bedragen ter zake regres- en omslagvorderingen tot een bedrag groot € 3.717.409,01 zijn verrekend met de vordering van € 2.505.753,- (die onderwerp waren in de renvooiprocedure), die [eiseres] heeft op de door de Curator in deze procedure vertegenwoordigde vennootschappen;

(ii) dat [eiseres] door de aldus vastgestelde verrekening(en) bevrijd is van (een deel van) de verplichtingen die voor haar uit dat arbitrale eindvonnis voortvloeiden en wel tot het beloop van € 2.505.753,-.

2.5. Het hof heeft (in rov. 4.6) overwogen dat tussen partijen niet in geschil is dat [eiseres] uit hoofde van de hiervoor in 2.1 onder (viii) bedoelde geldlening alleen een vordering heeft op [F] en niet op één van de andere in dit geschil betrokken vennootschappen en dat vaststaat dat zij het bedrag tot betaling waarvan zij is veroordeeld in de arbitrageprocedure in hoger beroep niet alleen verschuldigd is aan [F].

2.6. Vervolgens heeft het hof (in rov. 4.8-4.10) samengevat als volgt overwogen. [eiseres] heeft onvoldoende gesteld om te kunnen aannemen dat, in afwijking van de hoofdregel van art. 6:15 BW, sprake is van een gezamenlijk vorderingsrecht van de zeven vennootschappen. De wijze waarop

2 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:511 («JOR» 2020/238, m.nt. Schuijling; red.).

de Curator de vorderingen in de arbitrageprocedure heeft ingesteld en vormgegeven, leidt niet tot een rechtshandeling als bedoeld in art. 6:15 lid 1 BW en brengt niet mee dat de vordering en tegenvordering in dezelfde vermogens vallen. [eiseres] heeft daarom onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld om te kunnen aannemen dat voldaan is aan de wettelijke vereisten voor verrekening.

2.7. In vervolg daarop heeft het hof als volgt overwogen:

“4.11. De rechtbank heeft kort gezegd geoordeeld dat ondanks het feit dat niet is voldaan aan deze wettelijke vereisten, [eiseres] haar vordering op [[F]] mag tegenwerpen aan de bij de geconsolideerde afwikkeling betrokken zeven vennootschappen en dat [eiseres] als gevolg van de door de curator gekozen geconsolideerde methode niet mag worden beperkt in haar recht op verrekening (rechtsoverweging 4.7.5). Het frustreren van het beroep op verrekening zou volgens de rechtbank in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid, die de rechtsverhouding tussen partijen beheerst. De rechtbank heeft dat oordeel gebaseerd op de volgende omstandigheden:

i) de wijze van berekening van de regres- en omslagvorderingen door de curator (‘beperkte consolidatie op concernniveau’);

ii) [eiseres] is schuldenaar van een gezamenlijk vorderingsrecht;

iii) betaling aan de curator in zijn hoedanigheid van curator van een van de zeven vennootschappen leidt tot bevrijding jegens de zes andere;

iv) niet inzichtelijk is gemaakt door de curator welk deel van het aan de curator toegewezen bedrag aan [[F]] toekomt.

4.12. Anders dan de rechtbank acht het hof deze omstandigheden, ieder voor zich en in onderling verband en samenhang, niet voldoende om tot het oordeel te komen dat de redelijkheid en billijkheid meebrengen dat, hoewel niet aan de vereisten van artikel 53 Fw/artikel 6:127 BW is voldaan, toch een beroep op integrale verrekening, zoals primair gevorderd moet worden gehonoreerd. Die omstandigheden komen in essentie neer op dezelfde bezwaren die [eiseres] in de arbitrageprocedure heeft gemaakt tegen de berekening door de curator van de vorderingen. Die bezwaren zijn gehonoreerd in de beslissing van de arbiters in hoger beroep, aldus dat de vorderingen van de curator in omvang beperkt zijn toegewezen, maar dat brengt niet mee dat dit ook moet

leiden tot een dergelijke vergaande bevoegdheid tot verrekening.

Voor het honoreren van het (terughoudend te beoordelen) standpunt van [eiseres] dat het in strijd met de redelijkheid en billijkheid of kennelijk onaanvaardbaar is dat zij niet zou mogen verrekenen, heeft zij onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld. Op haar rust de stelplicht en bewijslast ten aanzien van dergelijke feiten en omstandigheden. Zoals hiervoor in 4.9 is overwogen is van een gezamenlijk vorderingsrecht geen sprake, waarmee de onder i) tot en met iii) genoemde omstandigheden niet opgaan. Ook de wijze van berekening van de vorderingen als zodanig is daarvoor niet voldoende. Dat geldt ook voor de onder iv) genoemde omstandigheid, waarvan de juistheid door de curator is betwist. Een integrale verrekeningsbevoegdheid, zoals door [eiseres] bepleit, zou meebrengen dat de boedels van de andere vennootschappen dan [[F]] benadeeld zouden worden, doordat zij hun vorderingen niet betaald krijgen. Dat deze vennootschappen regres- en omslagvorderingen hebben, heeft [eiseres] niet bestreden. Ook de belangen van deze boedels moeten in het oog worden gehouden. De in pleidooi in hoger beroep ingenomen stelling, dat de curator gezien zijn berekeningen in het kader van overleg na de arbitrale procedure van koers zou zijn veranderd en een ander standpunt zou hebben over deze vorderingen op [eiseres], is door de curator betwist. Dat de curator zijn rechten heeft verwerkt of anderszins niet meer onverkort zou mogen vasthouden aan de veroordeling op grond van de arbitrageprocedure en dat en hoe daardoor een verrekeningsbevoegdheid is ontstaan is door [eiseres] onvoldoende onderbouwd.

4.13. Het voorgaande brengt mee dat grief II van de curator slaagt en dat de primaire vordering van [eiseres] alsnog dient te worden afgewezen. (...)”

3. Beoordeling van het middel

3.1.1. Onderdeel 1.3.1 van het middel klaagt dat onbegrijpelijk is dat het hof, ervan uitgaande dat de zeven vennootschappen niet een gezamenlijk vorderingsrecht op [eiseres] hebben, heeft geoordeeld (in rov. 4.12) dat ook de in rov. 4.11 achter (i) en (iii) weergegeven omstandigheden “niet opgaan”. Het onderdeel voert daartoe aan dat ook als geen sprake is van een gezamenlijk vorderingsrecht, nog steeds gewicht kan toekomen aan de wijze van berekening van de regres- en omslag-

vorderingen door de Curator in de arbitrageprocedure. Onderdeel 1.3.2 klaagt dat het hof (in rov. 4.9, 4.11 en 4.12) heeft miskend dat de geconsolideerde toewijzing in het arbitrale hoger beroep van gewicht is of kan zijn voor het beroep van [eiseres] op een verrekeningsbevoegdheid op grond van de redelijkheid en billijkheid. Het hof heeft in het bijzonder miskend dat het gegeven dat het scheidsgerecht in hoger beroep bezwaren heeft gehonoreerd, onverlet laat dat de processtrategie van de Curator in de arbitrageprocedure tot gevolg heeft op kan hebben dat de redelijkheid en billijkheid het rechtsgevolg van volledige verrekening meebrengen, aldus de klacht.

3.1.2. Deze klachten lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

3.1.3. Uit de verwijzing in de door de onderdelen bestreden rov. 4.12 naar rov. 4.9 blijkt dat het hof in aanmerking heeft genomen dat de Curator in de arbitrageprocedure een regresvordering en een omslagvordering per vennootschap heeft berekend en dat het bedrag dat hij in de arbitrageprocedure in het petitum heeft gevorderd, een optelsom is van die bedragen, dat daaruit niet blijkt dat de Curator heeft beoogd een gezamenlijk vorderingsrecht in te stellen en dat [eiseres] dat ook niet zo heeft begrepen of redelijkerwijs zo heeft mogen begrijpen. Daaraan heeft het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk de gevolgtrekking verbonden dat [eiseres] op grond van het arbitrale vonnis in hoger beroep weliswaar bevrijdend kon betalen aan de Curator, maar dat de Curator in dat geval zou optreden als curator van elk van de zeven vennootschappen tezamen en niet van slechts één van die vennootschappen en dat aan omstandigheid (iii) derhalve niet de door [eiseres] voorgestane betekenis toekomt.

3.1.4. Met de overweging dat de onder (i) bedoelde omstandigheid niet opgaat, heeft het hof kennelijk tot uitdrukking willen brengen dat de berekening van de regres- en omslagvorderingen als een optelsom van per vennootschap afzonderlijk berekende bedragen noch op zichzelf, noch in samenhang met de andere aangevoerde omstandigheden meebrengt dat [eiseres] deze integraal met haar vordering op [F] mag verrekenen. Daaraan doet naar het oordeel van het hof kennelijk niet af dat deze berekening is gekenschetst als een “beperkte consolidatie op concernniveau” in verband met de wijze van toerekening van de opbrengst van de activa – waaronder overigens geen activa van [F] (zie hierna in 3.2.4). Hiervan uit-

gaande is deze overweging van het hof, in het licht van de vaststelling (in rov. 4.9) dat de Curator onbestreden heeft gesteld dat de wijze van berekening van de regres- en omslagvorderingen op de destijds bestaande stand van de jurisprudentie was gebaseerd, niet onbegrijpelijk. De hiervoor in 3.1.1 weergegeven klachten falen derhalve.

3.2.1. Onderdeel 1.3.3 klaagt dat onbegrijpelijk dan wel ontoereikend gemotiveerd is het oordeel (in rov. 4.12) dat de omstandigheid dat de Curator niet inzichtelijk heeft gemaakt welk deel van het aan de Curator toegewezen bedrag aan [F] toekomt, al in de arbitrageprocedure aan de orde is geweest. Het onderdeel betoogt dat de bedoelde omstandigheid ook ziet op de fase na de arbitrageprocedure. Het onderdeel klaagt verder dat de kern van het betoog van [eiseres] was dat de Curator door zijn processtrategie in de arbitrageprocedure en in de onderhavige procedure een behoorlijk verweer van [eiseres] heeft belet en dat [eiseres] in verband daarmee enige essentiële stellingen heeft betrokken waarop het hof ten onrechte niet heeft gerespondeerd.

3.2.2. Voor zover het onderdeel ervan uitgaat dat het hof heeft miskend dat [eiseres] zich mede erop heeft beroepen dat de Curator niet slechts in de arbitrale procedure maar ook daarna onvoldoende inzicht heeft verschaft in de hoogte van de vordering van [F], faalt het wegens gebrek aan feitelijke grondslag. Uit rov. 4.12, laatste twee volzinnen, blijkt immers dat het hof onder ogen heeft gezien dat [eiseres] in hoger beroep heeft aangevoerd dat de Curator *na* de arbitrale procedure van koers is veranderd en een ander standpunt had over de vorderingen op [eiseres].

3.2.3. Voor zover het onderdeel erop berust dat het hof in het kader van het beroep van [eiseres] op de redelijkheid en billijkheid ten onrechte geen gewicht heeft gehecht aan de omstandigheid dat de Curator niet inzichtelijk heeft gemaakt welk deel van het door het scheidsgerecht toegewezen bedrag aan [F] toekomt en dat de Curator zo een behoorlijk verweer door [eiseres] heeft belet, geldt het volgende. Zoals hiervoor in 3.1.3 aan de orde kwam, heeft het hof in rov. 4.9 in aanmerking genomen dat de Curator in de arbitrageprocedure een regresvordering en een omslagvordering per vennootschap heeft berekend en dat het bedrag dat hij in de arbitrageprocedure in het petitum heeft gevorderd een optelsom is van die bedragen. Verder heeft het hof in rov. 4.9 in aanmerking genomen dat [eiseres] heeft aangevoerd

dat de wijze waarop de Curator de regres- en omslagvorderingen heeft berekend ondoorzichtig was, maar dat zij niet heeft bestreden dat deze wijze van berekening was gebaseerd op de volgens de Curator destijds bestaande stand van de jurisprudentie. Kennelijk was het hof van oordeel dat geen grond bestaat voor het verwijt dat de Curator een processtrategie heeft gevolgd om een behoorlijk verweer van [eiseres] te beletten. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk en niet ontoereikend gemotiveerd.

3.2.4. Overigens laten de gedingstukken geen andere conclusie toe dan dat [eiseres] in de arbitrale procedure wel degelijk concreet en cijfermatig verweer heeft gevoerd tegen de door de Curator berekende hoogte van de regres- en omslagvorderingen van [F]. Daarbij achtte (ook) zij de opbrengst van de activa voor de hoogte van de vorderingen van [F] niet van belang, aangezien er geen activa van [F] waren te gelde gemaakt. Subsidiair heeft [eiseres] betoogd dat de omslagvordering pas kan worden berekend als alle faillissementen zijn afgewikkeld, welk laatste standpunt zij ook in de onderhavige procedure heeft ingenomen. Met dit een en ander valt bezwaarlijk te rijmen dat [eiseres] door de Curator zou zijn belet om behoorlijk verweer te voeren.

3.3.1. Onderdeel 2 betoogt, onder meer, dat het hof in strijd met art. 23 Rv heeft nagelaten te onderzoeken en te beslissen of de primaire vordering van [eiseres] gedeeltelijk toewijsbaar is. Het onderdeel betoogt dat, nu niet in geschil is dat [eiseres] een vordering heeft op [F], het beroep op verrekening in ieder geval toewijsbaar was voor zover het door het scheidsgerecht toegewezen bedrag door [eiseres] verschuldigd is aan [F].

3.3.2. Gezien de weergave van de primaire vorderingen van [eiseres] door het hof (hiervoor in 2.2 aangehaald), in het bijzonder de daarin voorkomende woorden “tot het gehele beloop” en “geheel en al”, heeft het hof deze vorderingen kennelijk aldus opgevat dat het [eiseres] uitsluitend te doen was om een verklaring voor recht dat zij het gehele door het scheidsgerecht toegewezen bedrag heeft mogen verrekenen met haar vordering op [F] en zij aldus geheel en al is bevrijd van haar schuld jegens de Curator. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk, mede gelet op de omstandigheid dat [eiseres] zich in de onderhavige procedure (anders dan in de arbitrageprocedure) niet concreet en cijfermatig heeft uitgelaten over de hoogte van de regres- en omslagvordering van [F] en de om-

standigheid dat er aldus ook voor de Curator geen aanleiding was om nader op die vorderingen in te gaan. Hierop stuit het onderdeel af.

3.4. De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- verwerpt het beroep;
- veroordeelt [eiseres] in de kosten van het geding in cassatie (...; red.).

NOOT

1. Deze uitspraak van de Hoge Raad betreft het cassatieberoep ingesteld tegen Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2020, «JOR» 2020/238, m.nt Schuijling. Een Beheermaatschappij is aangesproken uit regres en omslag door zeven gefailleerde concernvennootschappen die samen met Beheermaatschappij hoofdelijk aansprakelijk waren voor het concernkrediet. Eén van deze zeven concernvennootschappen is Handelsonderneming. Handelsonderneming heeft tegen de achtergrond van een herstructurering een lening ontvangen van Beheermaatschappij. De vordering uit hoofde van deze lening wordt door de curator (die ook curator is van de zes andere concernvennootschappen) erkend in het faillissement van Handelsonderneming. Beheermaatschappij wil haar regres- en omslagschulden verrekenen met deze vordering.

2. In hoger beroep is geoordeeld dat niet is voldaan aan de wettelijke eisen voor verrekening omdat het wederkerigheidsvereiste ontbreekt (art. 53 Fw/6:127 lid 2 BW). Het hof ziet in de redelijkheid en billijkheid evenmin een grond om een beroep op verrekening te honoreren. In cassatie klaagt Beheermaatschappij over dit laatste oordeel van het hof. Ook klaagt Beheermaatschappij dat het hof heeft nagelaten te onderzoeken en te beslissen of het beroep op verrekening mogelijk gedeeltelijk toewijsbaar is.

3. Beheermaatschappij en de curator van de gefailleerde vennootschappen hebben in een eerdere fase van het geschil aan arbiters de vraag

voorgelegd of Beheermaatschappij draagplichtig is in de zin van art. 6:10 BW. Het scheidsgerecht heeft (in hoger beroep) beslist dat Beheermaatschappij draagplichtig is, zij het beperkt tot het bedrag van haar erkende vorderingen in het faillissement van Handelsonderneming (NAI nr. 3860).

4. Het scheidsgerecht beperkte de omvang van de draagplicht van Beheermaatschappij mede in het licht van de omstandigheid dat de curator de omvang van het regres geconsolideerd heeft berekend en niet per individuele groepsmaatschappij. Dit zou vanwege bewijstechnische en praktische bezwaren vermoedelijk een te complexe en onzekere exercitie zijn geworden. HR 13 juli 2012, «JOR» 2012/306, m.nt. Bergervoet (*Janssen q.q./JVS Beheer*) geeft ook onvoldoende uitsluitel over welke criteria bij draagplichtbepaling van toepassing zijn (vgl. S.M. Bartman, A.F.M. Dorrestein en M. Olaerts, *Van het Concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 244). De curator gaat derhalve uit van een draagplicht voor gelijke delen (over draagplicht zie C.H.A. van Oostrum, *Regres bij concernfinanciering* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2019). Beheermaatschappij stelt echter dat zij de berekening van de curator niet (voldoende) kan controleren. Zij betoogt dat het geconsolideerd berekenen een processtrategie is van de curator waardoor haar een behoorlijk verweer wordt ontnomen (r.o. 3.2.1).

5. Na het arbitraal vonnis in hoger beroep brengt Beheermaatschappij een verrekeningsverklaring uit. Beheermaatschappij verklaart het bedrag te verrekenen dat zij op grond van het arbitraal vonnis aan de gezamenlijke vennootschappen moet betalen met haar vordering op Handelsonderneming, althans haar vorderingen op de failliete vennootschappen. De tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis is vervolgens in kort geding geschorst.

6. Beheermaatschappij vordert in de bodemzaak een verklaring voor recht dat zij door verrekening “geheel en al bevrijd is van de verplichtingen die voor haar uit dat arbitrale eindvonnis voortvloeiden” (r.o. 2.2). Beheermaatschappij vordert daarbij dat het verschuldigde bedrag ter zake van de regres- en omslagvorderingen is verrekend met de erkende vordering die zij heeft op Handelsonderneming “ten gevolge waarvan deze vordering tot het gehele beloop teniet gegaan is” (r.o. 2.2).

7. Om bij integrale verrekening aan de wettelijke vereisten voor wederkerigheid te voldoen, moe-

ten in de onderhavige zaak eerst de regres- en omslagvorderingen worden gekwalificeerd als een gezamenlijk vorderingsrecht in de zin van art. 6:15 BW. De rechtbank oordeelt dat hier sprake van is. Verder moet Beheermaatschappij een vordering hebben op alle zeven vennootschappen. Dit laatste is evident niet het geval. Beheermaatschappij heeft alleen een vordering op Handelsonderneming. Aan de wettelijke vereisten voor verrekening is derhalve niet voldaan.

8. De rechtbank oordeelt vervolgens dat Beheermaatschappij niettemin ingevolge de redelijkheid en billijkheid haar vordering op Handelsonderneming mag verrekenen met de gezamenlijke regres- en omslagvordering van de betrokken zeven vennootschappen. De omstandigheden waarop de rechtbank haar oordeel baseert zijn: “i) de wijze van berekening van de regres- en omslagvorderingen door de curator (‘beperkte consolidatie op concernniveau’); ii) Beheermaatschappij is schuldenaar van een gezamenlijk vorderingsrecht; iii) betaling aan de curator in zijn hoedanigheid van curator van een van de zeven vennootschappen leidt tot bevrijding jegens de zes andere; iv) niet inzichtelijk is gemaakt door de curator welk deel van het aan de curator toegewezen bedrag aan Beheermaatschappij toekomt” (r.o. 2.7). De rechtbank laat aldus feitelijk de invloed van het concernverband het zwaarst wegen, hoewel van een geconsolideerd faillissement officieel geen sprake is (M.L.H. Reumers, *Samengevoegde afwikkeling van faillissementen* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2007).

9. Het hof oordeelt in hoger beroep dat van een gezamenlijk vorderingsrecht van de zeven groepsmaatschappijen echter niet kan worden gesproken. Dit oordeel leidt ertoe dat de door de rechtbank onder i) tot en met iii) genoemde omstandigheden niet opgaan. Ook oordeelt het hof dat de wijze van berekening van de vorderingen als zodanig niet voldoende is om op basis van de redelijkheid en billijkheid een beroep op integrale verrekening te kunnen honoreren (Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2020, «JOR» 2020/238, m.nt. Schuiling, r.o. 4.12). Het hof overweegt dat het integraal verrekenen van de draagplichtschulden van Beheermaatschappij met de schuld van Handelsonderneming de boedels van de zeven groepsmaatschappijen zou benadelen omdat zij hun vorderingen niet voldaan zouden zien. Voor Beheermaatschappij leidt dit tot de situatie dat zij haar draagplichtschuld moet vol-

doen aan de onderscheidenlijke regreszoekende vennootschappen, terwijl het onaannemelijk is dat haar vordering op Handelsonderneming wordt voldaan.

10. De Hoge Raad laat het arrest van het hof in stand. Hij overweegt dat in hoger beroep door Beheermaatschappij geen bezwaar is gemaakt tegen de (geconsolideerde) wijze waarop de curator de regres- en omslagvorderingen heeft berekend. Beheermaatschappij heeft geen concreet en cijfermatig verweer gevoerd tegen de hoogte van de regres- en omslagvorderingen. Dit in tegenstelling tot haar verweer in de arbitrageprocedure. De Hoge Raad leidt hieruit af dat Beheermaatschappij wel degelijk behoorlijk verweer heeft kunnen voeren en hierin niet is belet door de curator.

11. Saillant is dat de A-G concludeert dat de klachten van Beheermaatschappij in cassatie wel slagen. De A-G vindt het geconsolideerd berekenen van de regres- en omslagschulden door de curator, alsmede de geconsolideerde toewijzing ervan door het scheidsrecht, relevant voor het beroep op de redelijkheid en billijkheid (Conclusie A-G, nr. 3.21). Ook de door de curator gekozen processtrategie (het geconsolideerd berekenen van de regres- en omslagvorderingen) kan volgens de A-G meebrengen dat in het onderhavige geval uit de redelijkheid en billijkheid integrale verrekening voortvloeit.

12. Met betrekking tot de klacht over deelverrekening overweegt de Hoge Raad dat de formulering van de vorderingen van Beheermaatschappij er kennelijk voor hebben gezorgd dat het hof ervan uitging dat Beheermaatschappij alleen een verklaring voor recht zocht waarin zij het gehele door het scheidsrecht toegewezen bedrag mocht verrekenen met haar vordering op Handelsonderneming. De Hoge Raad kent met name gewicht toe aan de zinsneden “geheel en al bevrijd” en “tot het gehele beloop” uit de primaire eis van Beheermaatschappij (zie nr. 6). Kennelijk vindt de Hoge Raad hierin steun voor de gedachte dat Beheermaatschappij een alles-of-niets-benadering hanteerde. Dit wordt volgens de Hoge Raad ondersteund door het gegeven dat Beheermaatschappij geen concreet en cijfermatig verweer heeft gevoerd over de omvang van de regres- en omslagvordering van Handelsonderneming. Het oordeel van het hof is, gelezen het voorgaande, niet onbegrijpelijk aldus de Hoge Raad (r.o. 3.3.2).

13. De A-G concludeert ook op dit punt anders en vindt ook deze klacht van Beheermaatschappij slagen. De A-G schrijft dat “de leer dat het mindere in het meerdere besloten ligt [...]” ook geldt voor een verklaring voor recht (Conclusie A-G, nr. 3.28). Deze gedachte van de A-G is mijns inziens overtuigender dan hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen. Niettemin zou na verwijzing het partijdebat gaan over de omvang van de individuele regres- en omslagvordering van Handelsonderneming, terwijl draagplichtberekeningen per individuele vennootschap kennelijk moeilijk realiseerbaar zijn. Wellicht dat de Hoge Raad de discussie daaromtrent de pas wilde afsnijden.

14. In deze zaak is het faillissement van de regreszoekende concernvennootschappen enkelvoudig ingestoken. Niettemin berekent de curator de regres- en omslagvorderingen van de gefailleerde concernvennootschappen geconsolideerd. Hiermee maakt de curator het concernverband tot een afwegingsonderdeel. Dit dwingt de rechter tot waarderingen over hoe het recht de invloed van het concernverband moet kwalificeren. Dit noopt tot geconsolideerd denken waarbij het concern niet alleen als een economische, maar ook als een juridische eenheid wordt beschouwd. Dit denken sluit weliswaar aan bij de economische werkelijkheid, maar schuurt niettemin met de juridische werkelijkheid waarin alleen Handelsonderneming de schuldenaar is van Beheermaatschappij. De vraag is of, en zo ja hoe, een dergelijk geconsolideerd perspectief moet worden verdisconteerd bij beantwoording van de vraag of een beroep op integrale verrekening moet worden toegewezen op grond van de redelijkheid en billijkheid.

15. Dit is een lastige kwestie. Dat blijkt wel uit de voorliggende zaak waarin onderscheidenlijke rechterlijke instanties tot andersluidende waardeeringen komen. Het oordeel van het hof en de Hoge Raad is niettemin goed te begrijpen indachtig de vereiste terughoudendheid bij het tekenen van uitzonderingen op de wettelijke verrekeningsregels. Het was voor Beheermaatschappij beter geweest als ook voor het verstrekken van de lening aan Handelsonderneming hoofdelijke zekerheid was bedongen van alle concernvennootschappen. In dat geval zouden de zeven concernvennootschappen schuldenaren zijn geworden van Beheermaatschappij, met als gevolg dat aan het wederkerigheidsvereiste wel zou zijn voldaan. Bovendien zou een dergelijke hoofdelijke

aansprakelijkheid er eveneens toe hebben geleid dat de economische en juridische werkelijkheid gemakkelijker met elkaar waren te verenigen.

mr. dr. C.H.A. van Oostrum
universitair docent ondernemingsrecht aan de
Universiteit Leiden

Varia

308

Geen uitzondering op meldingsregeling bodemrecht voor lessor

Rechtbank Den Haag
4 juni 2021, zaaknr. SGR 20/1533,
ECLI:NL:RBDHA:2021:8458
(mr. Kouwenhoven, mr. Ebbeling, mr. Kiers)
Noot mr. dr. A.J. Tekstra

Meldingsplicht bodemrecht ex art. 22bis lid 2 lw 1990. Leaseovereenkomst. Terughoudend beleid ontvanger ten aanzien van reële eigendom lessor. Geen uitzondering op meldingsplicht van lessor, nu niet werd voldaan aan voorwaarden van Leaseregeling en reële eigendom van machines niet bij lessor lag. Bewijslast. Verwijzing naar Hof Amsterdam 30 september 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AT1562.

[lw 1990 art. 22bis lid 2; Leidraad Invordering 2008 art. 22.8.10]

Uit de tekst van art. 22bis lw 1990 volgt dat in alle gevallen waarin bodemzaken worden weggehaald, een meldingsplicht geldt. Volgens par. 22.8.10 Leidraad Invordering 2008 geldt een terughoudend beleid bij reële eigendom. Onder reële eigendom van de derde wordt verstaan de situatie waarin de zaken zowel juridisch eigendom zijn van de derde, als in economisch opzicht in overwegende mate aan hem toebehoren. Dit terughoudend beleid geldt dus niet als de economische verhouding tussen de belastingschuldige en de zaken aanleiding geeft deze als zijn zaken aan

te merken. Verhaal op zaken van een derde is dan gerechtvaardigd. In de Leaseregeling (besluit van 15 november 1999, nummer AFZ 99/3262M, Stcrt. 225) is aangegeven onder welke voorwaarden een lessor fiscaal als eigenaar van het leaseobject wordt aangemerkt en er dus sprake is van reële eigendom. Daarnaast zijn er zes situaties waarin geen sprake is van een terughoudend beleid, hoewel sprake kan zijn van reële eigendom van de derde in bovenbedoelde zin.

Eiseres (lessor) beroept zich op de uitzondering op de meldingsplicht, waardoor zij ook de bewijslast van de uitzondering heeft. Dit betekent dat de bewijslast van haar stelling dat aan de criteria van de Leaseregeling is voldaan ook op eiseres rust. Eén van de voorwaarden uit de Leaseregeling is dat eiseres het positieve en/of negatieve restwaarderisico ten aanzien van de machines liep. Nu de overeenkomsten geen koopoptie of verleningsoptie bevatten, is dit volgens de Leaseregeling het geval indien op het moment dat het contract werd afgesloten de reële verwachting bestond dat het leaseobject na afloop van de vaste leaseperiode nog een substantiële waarde heeft (minimaal 7,5% van de fiscale kostprijs). Met wat eiseres heeft aangevoerd, heeft zij niet aanneemelijk gemaakt dat zij het restwaarderisico van de machines liep. Het beroep op de Leaseregeling slaagt reeds daarom niet.

Eiseres stelt dat de reële eigendom van de machines bij haar lag omdat zij de machines in juridische eigendom had en de machines in economisch opzicht in overwegende mate aan haar toebehoorden. Voor de beantwoording van de vraag of de machines in economisch opzicht in overwegende mate aan eiseres toebehoorden, dient niet alleen acht te worden geslagen op de inhoud van de leaseovereenkomst, maar ook op de omstandigheden waaronder en de wijze waarop partijen daaraan uitvoering hebben gegeven (Hof Amsterdam 30 september 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AT1562). De bewijslast voor de vraag of sprake is van reële eigendom, rust op eiseres. Met betrekking tot de vóór 18 januari 2015 bestaande leaseovereenkomsten wordt als volgt overwogen. Uit art. 10 van de leaseovereenkomst volgt dat het risico van beschadiging door of aan de machines of tenietgaan daarvan voor rekening van de lessee komt tot het tijdstip waarop de machines weer in de feitelijke macht van eiseres komen. Ook volgt uit die bepa-