

te blijven van de ingrijpende maatregel die exhibitie niet zelden is. Die maatstaf biedt de rechter voorts voldoende ruimte om rekening te houden met de aard van het onderliggende geschil en de overige omstandigheden van het geval, waaronder de omvang van de gevorderde exhibitie en de mogelijkheid om het bestaan van de gestelde vordering met andere bewijsmiddelen te onderbouwen.

15. Een curator die inzage, afschrift of uittreksel van bewijsmateriaal verlangt om een door hem vermoede tekortkoming of onrechtmatige daad te kunnen aantonen, zal gemotiveerd zodanige feiten en omstandigheden dienen te stellen en met eventueel reeds voorhanden bewijsmateriaal moeten onderbouwen, dat voldoende aanneemelijk is dat die tekortkoming of onrechtmatige daad zich heeft voorgedaan of dreigt voor te doen.

mr. B.J. Tideman
advocaat bij Cees advocaten te Den Haag

74

Bevoegdheid tot verrekening na retrocessie van tegenvordering en liquiditeitscorrectie

Hoge Raad
11 december 2020, nr. 19/03430,
ECLI:NL:HR:2020:2005
(mr. Snijders, mr. Lock, mr. Ter Heide)
(Concl. A-G Assink)
Noot prof. mr. B.A. Schuijling

Verrekening. Liquiditeitscorrectie. Schuldenaar doet beroep op verrekening met een aan hem door derde gecedeerde tegenvordering. Nadat de rechtbank het verrekeningsverweer heeft gepasseerd met toepassing van art. 6:136 BW, vindt retrocessie van de tegenvordering plaats. Tijdstip van bevoegdheid tot verrekening. Feiten en omstandigheden ná verrekeningsverklaring niet relevant.

[BW art. 6:127, 6:136]

Bij de beoordeling van een beroep op verrekening als bedoeld in art. 6:127 BW, gaat het erom of de schuldenaar de bevoegdheid tot verrekening zo-

als bedoeld in art. 6:127 lid 2 BW heeft op het moment dat hij aan de schuldeiser verklaart dat hij zijn schuld met een vordering verrekent. Indien dat op dat moment het geval is, gaan op grond van art. 6:127 lid 1 BW beide verbintenissen tot hun gemeenschappelijk beloop teniet en werkt de verrekening op grond van art. 6:129 lid 1 BW terug tot het tijdstip waarop de bevoegdheid tot verrekening is ontstaan. Op grond van art. 6:136 BW kan de rechter een vordering ondanks een beroep van de schuldenaar op verrekening toewijzen, indien de gegrondheid van dit verweer niet op eenvoudige wijze is vast te stellen en de vordering overigens voor toewijzing vatbaar is. Indien in een procedure bij wijze van verweer een beroep wordt gedaan op verrekening en de rechter dat verweer verwerpt met toepassing van art. 6:136 BW, komt die rechter aan een verdere beoordeling van de bevoegdheid van de schuldenaar tot verrekening als bedoeld in art. 6:127 lid 2 BW niet toe. Indien de schuldenaar vervolgens in hoger beroep opkomt tegen de verwerping van zijn verrekeningsverweer op de voet van art. 6:136 BW, moet de rechter in hoger beroep, indien hij voor toepassing van art. 6:136 BW geen aanleiding ziet, alsnog beoordelen of de schuldenaar tot verrekening bevoegd was op het moment dat deze de verrekeningsverklaring uitbracht, overeenkomstig hetgeen hiervoor is overwogen.

Het hof heeft het beroep op verrekening door eiseres (tot cassatie) verworpen. Het heeft daarbij geen oordeel gegeven over de toepassing van art. 6:136 BW, maar uitsluitend beoordeeld of eiseres de bevoegdheid tot verrekening als bedoeld in art. 6:127 lid 2 BW heeft. Het hof heeft daartoe geoordeeld dat de vraag of eiseres beschikt over de bevoegdheid tot verrekening, moet worden beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden zoals die voorlagen op het moment dat het hof arrest wees. Vervolgens heeft het hof op grond van feiten en omstandigheden die dateren van ná het moment waarop eiseres in eerste aanleg heeft verklaard tot verrekening over te gaan – namelijk de akte van cessie van 15 augustus 2016 en het oordeel van de rechtbank over het beroep van eiseres – geoordeeld dat eiseres niet (langer) beschikt over de bevoegdheid tot verrekening. Daarbij heeft het hof geoordeeld dat de verwerping door de rechtbank van het door eiseres gedane beroep op verrekening, de werking aan de verrekeningsverklaring van eiseres heeft ontnomen. Gelet op hetgeen hiervoor is overwo-

gen, heeft het hof hiermee blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het heeft immers in het midden gelaten of de grieven slagen tegen het op de voet van art. 6:136 BW passeren van het verrekeningsverweer door de rechtbank, zodat de mogelijkheid is opengebleven dat de verrekeningsverklaring van eiseres haar werking heeft gehad, in welk geval de door het hof genoemde latere gebeurtenissen daaraan niet meer konden afdoen.

Van Noort Gassler & Co BV te Den Haag,
eiseres tot cassatie,
advocaat: mr. J. Streefkerk,
tegen
1. X BV,
2. Y BV,
verweerders in cassatie,
niet verschenen.

Conclusie Advocaat-Generaal (mr. Assink)

1. Feiten

De volgende feiten staan in cassatie vast en zijn ontleend aan rov. 2.1-2.10 van het op 23 april 2019 gewezen arrest¹ (hierna: het *arrest*) van het gerechtshof Amsterdam (hierna: het *hof*). Partijen, Van Noort Gassler & Co. B.V., [verweerster 1] B.V. en [verweerder 2] worden hierna respectievelijk *Van Noort Gassler*, [verweerster 1] en [verweerder 2] genoemd.

1.1. [verweerster 1] voerde tot 27 februari 2014 als handelsnaam Adsebu B.V. (hierna: *Adsebu oud*) en exploiteerde onder die naam een accountants- en administratiekantoor. Enig aandeelhouder en bestuurder van [verweerster 1] is [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]). [verweerder 2] is de zoon van [betrokkene 1].

1.2. Bij overeenkomst van 20 november 2013 heeft [verweerster 1] – voor zover hier van belang – haar cliëntenportefeuille, alsmede een bedrag aan overige omzet, verkocht aan Van Noort Gassler (hierna: de *overeenkomst*). De koopprijs bestaat uit de waarde van de cliëntenportefeuille (vastgesteld op 0,7 keer de genormaliseerde jaaronzet) en de waarde van de overige omzet (vast-

gesteld op een vast bedrag ter hoogte van € 20.000,=). Betaling van deze twee onderdelen van de koopprijs is geregeld in punt 2.2 respectievelijk 2.4 van de overeenkomst, die als volgt luiden:

“2.2. De betaling van de koopprijs vindt plaats in 60 maandtermijnen, te beginnen op 31 januari 2014. (...)”

2.4. De betaling van dit onderdeel van de koopprijs vindt plaats in 60 maandtermijnen, te beginnen op 31 januari 2014. (...)”

1.3. De overeenkomst bevat verder een methode waarmee de vaststelling van de waarde van de cliëntenportefeuille per 31 december 2014, 31 december 2015 en 31 december 2016 dient te worden geactualiseerd door het verwijderen van vertrokken cliënten van de cliëntenlijst en het toevoegen daaraan van nieuwe cliënten die vanaf 1 januari 2014 via acquisitie door [betrokkene 1] bij Van Noort Gassler zijn gekomen. Daarnaast bevat de overeenkomst afspraken over de voortzetting door [verweerster 1] van werkzaamheden voor klanten van Van Noort Gassler.

1.4. Ten behoeve van de exploitatie van de cliëntenportefeuille is een vennootschap opgericht, Adsebu B.V. (hierna: *Adsebu nieuw*). Enig aandeelhouder van Adsebu nieuw is Van Noort Gassler & Co. Holding B.V. Bestuurder van Adsebu nieuw is Van Noort Gassler & Co. Directie B.V.

1.5. In de periode van 2014 tot en met 2015 heeft [betrokkene 1], met gebruikmaking van betalingsbevoegdheden die hem als vestigingsmanager van Adsebu nieuw waren toegekend, verschillende betalingen vanaf de bankrekening van Adsebu nieuw verricht aan [verweerster 1] ter zake van diverse werkzaamheden die [betrokkene 1] stelt te hebben verricht voor Adsebu nieuw.

1.6. Met ingang van januari 2015 is Van Noort Gassler gestopt met het betalen van de maandtermijnen.

1.7. Bij akte van cessie van 4 februari 2016 heeft Adsebu nieuw aan Van Noort Gassler een door haar gepretendeerde vordering op [verweerster 1] gecedeerd. De tekst van de akte van cessie luidt, voor zover hier van belang (inclusief verduidelijkingen van het hof):

“IN AANMERKING NEMENDE:
(...)”

b) [verweerster 1] [hof: [verweerster 1]] heeft van Adsebu [hof: Adsebu nieuw] ten laste van de bankrekening van Adsebu [hof: Adsebu nieuw]

1 Gerechtshof Amsterdam 23 april 2019, zaaknummer: 200.214.190/01, ECLI:NL:GHAMS:2019:1454.

€70.480 ohw [hof: onderhanden werk], € 188.664,40 openstaande debiteuren en € 27.500 voorschot gewerkte uren aan zichzelf overgemaakt waardoor Adsebu [hof: Adsebu nieuw] per heden van [verweerster 1] [hof: [verweerster 1]] te vorderen heeft een bedrag van tenminste € 100.000,=;

c) VNG [hof: Van Noort Gassler] een aanzienlijke vordering heeft op Adsebu [hof: Adsebu nieuw].

ZIJN OVEREENGEKOMEN ALS VOLGT:

1. Adsebu [hof: Adsebu nieuw] verkoopt, cedeert en draagt hierbij over aan VNG [hof: Van Noort Gassler] al haar in de considerans omschreven vordering(en) op [betrokkene 1] [hof: Van Noort Gassler] [bedoeld zal zijn: [verweerster 1], A-G], welke cessie en overdacht hierbij door VNG [hof: Van Noort Gassler] wordt aanvaard.

2. De koopsom voor de hierbij gecedeerde vordering(en) bedraagt € 100.000,=

1.8. Bij akte van cessie van 15 augustus 2016 heeft Van Noort Gassler deze vordering aan Adsebu nieuw (terug) gecedeerd. Deze retrocessie is op diezelfde dag aan [verweerster 1] meegedeeld. De akte van cessie luidt als volgt (inclusief verduidelijkingen van het hof):

“AKTE VAN (RETRO)CESSIE

(...)

IN AANMERKING NEMENDE:

a) VNG [hof: Van Noort Gassler] heeft de cliënten portefeuille van [verweerster 1] B. V. (hierna te noemen: [verweerster 1]) [hof: [verweerster 1]] overgenomen;

b) [verweerster 1] [hof: [verweerster 1]] heeft van Adsebu [hof: Adsebu nieuw] ten laste van de bankrekening van Adsebu [hof: Adsebu nieuw] € 70.480 ohw [hof: onderhanden werk], € 188.664,40 openstaande debiteuren en € 27.500 voorschot gewerkte uren aan zichzelf overgemaakt waardoor Adsebu [hof: Adsebu nieuw] per heden van [verweerster 1] [hof: [verweerster 1]] te vorderen heeft een bedrag van tenminste € 100.000;

c) VNG [hof: Van Noort Gassler] een aanzienlijke vordering heeft op Adsebu [hof: Adsebu nieuw];

d) Adsebu [hof: Adsebu nieuw] heeft haar voormelde vorderingen op [verweerster 1] [hof: [verweerster 1]] aan VNG [hof: Van Noort Gassler] overgedragen;

ZIJN OVEREENGEKOMEN ALS VOLGT:

1. VNG [hof: Van Noort Gassler] verkoopt, cedeert en draagt hierbij over aan Adsebu [hof: Adsebu nieuw] al haar in de considerans om-

schreven vordering(en) op [verweerster 1] [hof: [verweerster 1]] (welke eerder door Adsebu [hof: Adsebu nieuw] aan VNG [hof: Van Noort Gassler] is/zijn gecedeerd), welke cessie en overdacht hierbij door Adsebu [hof: Adsebu nieuw] wordt aanvaard.

2. De koopsom voor de hierbij gecedeerde vordering(en) bedraagt € 100.000.

(...)”

1.9. Bij akte van cessie van 16 augustus 2016 heeft [verweerster 1] aan [verweerder 2] gecedeerd de vordering die [verweerster 1] heeft op Van Noort Gassler uit hoofde van het bestreden vonnis van 10 augustus 2016.

1.10. Bij dagvaarding van 30 augustus 2016 heeft Adsebu nieuw gevorderd dat de rechtbank Amsterdam [verweerster 1] (dan wel [verweerder 2]) veroordeelt tot betaling van € 186.610,77 aan haar op grond van onrechtmatige daad dan wel onverschuldigde betaling. Adsebu nieuw stelt daarbij dat [verweerster 1], vertegenwoordigd door [betrokkene 1], zonder titel en zonder instemming van Adsebu nieuw diverse bedragen heeft overgemaakt van de bankrekeningen van Adsebu nieuw aan [verweerster 1].

2. Procesverloop

In eerste aanleg

2.1. Bij dagvaarding van 15 juli 2015 heeft [verweerster 1] een vordering tegen Van Noort Gassler ingesteld uit hoofde van onbetaald gebleven maandelijkse termijnen uit de tussen partijen gesloten overeenkomst tot overdracht d.d. 20 november 2013. Van Noort Gassler heeft verweer gevoerd, onder meer inhoudende dat de vordering van [verweerster 1] op Van Noort Gassler teniet is gegaan door verrekening met de door Adsebu nieuw aan Van Noort Gassler gecedeerde vordering op [verweerster 1]. De rechtbank heeft de vordering van [verweerster 1] toegewezen bij vonnis van 10 augustus 2016.² Aan het verrekeningsverweer van Van Noort Gassler is door de rechtbank, kort gezegd, met toepassing van art. 6:136 BW voorbijgegaan (rov. 4.2.1). Het opschortingsverweer van Van Noort Gassler is afgewezen, kort gezegd omdat de samenhang tus-

2 Rechtbank Amsterdam 10 augustus 2016, zaaknummer/rolnummer: C/13/590764/HA ZA 15-657 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl).

sen de opeisbare vordering van de opschortende partij en de door haar opgeschorte verbintenis ontbreekt; de opgeworpen vordering aan de zijde van Van Noort Gassler richtte zich tot [betrokke- ne 1], niet tot [verweerster 1] (rov. 4.3).

In hoger beroep

2.2. Van Noort Gassler is bij dagvaarding van 27 oktober 2016 in hoger beroep gekomen van de vonnissen van de rechtbank Amsterdam van 21 oktober 2015 (comparitievonnis) en 10 augustus 2016 (eindvonnis). Van Noort Gassler heeft een memorie van grieven (met producties) ingediend, [verweerster 1] heeft een memorie van antwoord (met producties) ingediend. Van Noort Gassler heeft geconcludeerd dat het hof de bestreden vonnissen zal vernietigen en – uitvoerbaar bij voorraad – alsnog [verweerster 1] niet-ontvankelijk zal verklaren in haar vorderingen althans die zal ontzeggen, met beslissing over de proceskosten. [verweerster 1] heeft in haar memorie van antwoord geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis, met – uitvoerbaar bij voorraad – veroordeling van Van Noort Gassler in de kosten van het geding in hoger beroep. Ter zitting heeft [verweerster 1] haar conclusie gewijzigd in die zin dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en, opnieuw rechtdoende, Van Noort Gassler uitvoerbaar bij voorraad zal veroordelen om aan [verweerster 1] € 217.642,47 te betalen, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 1 januari 2019 tot aan de dag der algehele voldoening, met veroordeling van Van Noort Gassler in de kosten van het hoger beroep, inclusief nakosten. Zoals het hof vaststelt in rov. 3.1, zijn de (negen) grieven van Van Noort Gassler enkel gericht tegen het eindvonnis. Het hof heeft, slechts grief 8 gedeeltelijk honorerend³ en de overige grieven verwerpend:

– rov. 5.1-5.2 van het eindvonnis vernietigd;
 – in zoverre opnieuw rechtdoende: Van Noort Gassler veroordeeld om aan [verweerster 1] te betalen de in rov. 3.16 vastgestelde maandtermijnen (te weten: € 4.108,66 voor 2015, € 3.925,00 voor 2016, € 3.675,00 voor 2017 en € 3.675,00

3 Zie rov. 3.19 en 3.21, waarin het hof o.a. opmerkt: “Grief 8 slaagt dus slechts gedeeltelijk, namelijk voor zover deze ziet op de overeengekomen betalingsdag en de daarmee samenhangende berekening van de verschuldigde rente”.

voor 2018) over de maanden januari 2015 tot en met december 2018, vermeerderd met wettelijke rente ex art. 6:119a BW over ieder van deze termijnen telkens vanaf de laatste dag van de betreffende kalendermaand tot aan de dag der algehele voldoening, indien de maandtermijn niet voordien is voldaan;

– het eindvonnis voor het overige bekrachtigd;
 – Van Noort Gassler veroordeeld in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van [verweerster 1] begroot op € 1.952,00 aan verschotten en € 3.918,00 voor salaris;
 – deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad verklaard;
 – het meer of anders gevorderde afgewezen.
 Bij de bespreking van de klachten kom ik terug op de relevante overwegingen van het hof.

In cassatie

2.3. Van Noort Gassler heeft bij op 1 augustus 2019 bij de Hoge Raad ingekomen procesinleiding (tijdig) cassatieberoep ingesteld en dit op 13 december 2019 schriftelijk toegelicht. [verweerster 1] en [verweerder 2] zijn in cassatie niet verschenen, tegen hen is verstek verleend.

3. Bespreking van het cassatiemiddel

3.1. Het cassatiemiddel bestaat uit *Middel I* (een inleiding en cassatieklachten I.A, I.B en I.C)⁴ inzake de verwerping door het hof van het verrekenningsberoep door Van Noort Gassler,⁵ en *Middel II* (een inleiding en cassatieklacht II)⁶ inzake de verwerping door het hof van het opschortingsberoep door Van Noort Gassler.⁷

3.2. Naar de kern genomen, ziet het cassatiemiddel op rov. 3.10-3.14 van het arrest. Daar overweegt het hof het volgende.

“3.10. De grieven 6 en 7 richten zich tegen de verwerping door de rechtbank van het door Van

4 Zie p. 4-10 van de procesinleiding, nrs. 3.1-3.17.

5 Oftewel grief 6, die zich richt tegen de verwerping door de rechtbank van het door Van Noort Gassler gevoerde verrekenningsverweer (zie rov. 3.10, eerste zin van het arrest). Zie ook de memorie van grieven, nrs. 3.24-3.54.

6 Zie p. 10-11 van de procesinleiding, nrs. 1.1-4.4.

7 Oftewel grief 7, die zich richt tegen de verwerping door de rechtbank van het door Van Noort Gassler gevoerde opschortingsverweer (zie rov. 3.10, eerste zin van het arrest). Zie ook de memorie van grieven, nrs. 3.55-3.57.

Noort Gassler gevoerde verrekeningsverweer en opschortingsverweer; ze zien in het bijzonder op de overweging van de rechtbank dat het op de weg van Van Noort Gassler had gelegen om inzichtelijk te maken waarom de door [betrokkene 1] verrichte betalingen aan [verweerster 1] volgens haar ten onrechte hebben plaatsgevonden. Van Noort Gassler is van mening dat zij dit gemotiveerd heeft toegelicht en geïllustreerd. Ook vindt zij dat de bewijslast aangaande de rechtmatigheid van de door [verweerster 1] aan zichzelf verrichte betalingen ten laste van Adsebu nieuw op [verweerster 1] rust. Door het beroep op verrekening in eerste aanleg is de vordering van [verweerster 1] volledig vereffend en de latere retrocessie van de vordering is niet meer van belang, aldus Van Noort Gassler. Daarnaast betoogt Van Noort Gassler dat onderhavige vordering van [verweerster 1] op Van Noort Gassler en de vordering op [verweerster 1] voortvloeien uit dezelfde koopovereenkomst en onderdeel uitmaken van dezelfde rechtsverhouding zodat Van Noort Gassler terecht een beroep heeft gedaan op opschorting van haar eigen betalingsverplichtingen jegens [verweerster 1].

3.11. [verweerster 1] voert onder meer aan dat de vermeende tegenvordering (terug) is gecedeerd aan Adsebu nieuw zodat het beroep op verrekening niet (meer) relevant is. Datzelfde geldt voor het beroep op opschorting van de betalingsverplichtingen van Van Noort Gassler. Ook wijst [verweerster 1] erop dat het niet consistent is dat Van Noort Gassler aan de ene kant stelt dat haar tegenvordering is verrekend met die van [verweerster 1] en dat aan de andere kant Adsebu nieuw een bodemprocedure is begonnen met betrekking tot die tegenvordering (zie 2.10.).

3.12. Artikel 6:127 BW luidt als volgt:

“1. Wanneer een schuldenaar die de bevoegdheid tot verrekening heeft, aan zijn schuldeiser verklaart dat hij zijn schuld met een vordering verrekent, gaan beide verbintenissen tot hun gemeenschappelijk beloop teniet.

2. Een schuldenaar heeft de bevoegdheid tot verrekening, wanneer hij een prestatie te vorderen heeft die beantwoordt aan zijn schuld jegens dezelfde wederpartij en hij bevoegd is zowel tot betaling van de schuld als tot het afdwingen van de betaling van de vordering.

3. De bevoegdheid tot verrekening bestaat niet ten aanzien van een vordering en een schuld die in van elkaar gescheiden vermogens vallen.”

3.13. Een noodzakelijke voorwaarde voor verrekening is, onder meer, het bestaan van de bevoegdheid tot verrekening (art. 6:127 BW). De vraag of Van Noort Gassler over deze bevoegdheid beschikt, moet worden beantwoord op grond van de feiten en omstandigheden zoals die thans voorliggen, en niet op grond van een beoordeling ex tunc, zoals Van Noort Gassler lijkt te stellen.

3.14. Uit de akte van cessie (van Adsebu nieuw aan Van Noort Gassler) van 4 februari 2016 en de akte van (retro)cessie (van Van Noort Gassler aan Adsebu nieuw) van 15 augustus 2016 blijkt dat beide cessies zien op exact dezelfde gestelde (tegen)vordering op [verweerster 1] namelijk een vordering inzake de betalingen die [verweerster 1] aan zichzelf heeft overgemaakt ten laste van de bankrekening van Adsebu nieuw ter zake van onderhanden werk, openstaande debiteuren en voorschotten gewerkte uren. Het bestaan en de omvang van die (tegen)vordering staan niet vast en zijn voorwerp van een andere, thans aanhangige procedure (zie 2.10.). Het desbetreffende vorderingsrecht behoort thans dus niet meer toe aan Van Noort Gassler. Van Noort Gassler heeft nog aangevoerd dat het rechtsgevolg van de door haar in eerste aanleg ingeroepen verrekening reeds is ingetreden op 22 februari 2016, toen zij, ter comparitie bij de kantonrechter, een verrekeningsverklaring heeft afgelegd en dat, in verband met die reeds ingetreden verrekening, de retrocessie slechts ziet op een deel van de (tegen)vordering. Dit betoog treft geen doel: de kantonrechter heeft in het bestreden eindvonnis het beroep op verrekening immers verworpen, waardoor de werking aan de verrekeningsverklaring van Van Noort Gassler is ontnomen. Bovendien blijkt uit de bewoordingen in de tweede akte (van 15 augustus 2016) dat ‘al de in de considerans omschreven vorderingen ‘zijn gecedeerd ‘welke eerder door Adsebu (hof: Adsebu nieuw) aan VNG (hof: Van Noort Gassler) is/zijn gecedeerd.’ Hieruit blijkt dat het de bedoeling van Van Noort Gassler is geweest om de gestelde tegenvordering op [verweerster 1] in zijn geheel te cederen. Van Noort Gassler heeft geen feiten of omstandigheden gesteld die tot een andere uitleg van de overeengekomen (retro)cessie zouden kunnen leiden. De conclusie is dat Van Noort Gassler niet beschikt over de bevoegdheid om de vorderingen van [verweerster 1] te verrekenen met de inmiddels aan Adsebu nieuw gecedeerde vordering op [verweerster 1]. De grieven 6 en 7 falen.”

3.3. Ik begin met de behandeling van Middel II (dus cassatieklacht II), mede gelet op de bij Middel I spelende eis van art. 6:136 BW dat “de vordering overigens voor toewijzing vatbaar is”, wat meebrengt dat eventuele andere verweren, zoals een opschortingsberoep, niet opgaan.

Middel II

3.4. Klacht II bevat in *nr. 4.1* (de inleiding) geen klacht, maar slechts verwijzingen naar het door Van Noort Gassler bij wege van verweer in eerste aanleg en hoger beroep gedane opschortingsberoep en naar overwegingen van het hof in rov. 3.10.

3.5. In *nr. 4.2* klaagt Van Noort Gassler in essentie dat met betrekking tot haar opschortingsberoep in het arrest geen concrete beslissing, in de vorm van overwegingen die betrekking hebben op dat verweer, te vinden zijn: in aansluiting op rov. 3.10-3.11 volgen in rov. 3.12-3.14 uitsluitend overwegingen die betrekking hebben op het verkeningsdebat, de term “opschorting” komt het in verdere arrest (vanaf rov. 3.12) niet voor, in wezen valt slechts uit het dictum af te leiden dat het hof het opschortingsberoep van Van Noort Gassler heeft verworpen. Aldus getuigt het oordeel van het hof van een onjuiste rechtsopvatting (*nr. 4.2*, tweede alinea) en/althans een tekortschietende motivering (*nr. 4.2*, derde alinea).

3.6. De klacht faalt, omdat deze uitgaat van een onjuiste lezing van rov. 3.10-3.14 van het arrest en derhalve feitelijke grondslag mist. Het hof verwerpt immers het opschortingsberoep van Van Noort Gassler,⁸ uitmondend in de conclusie in rov. 3.14, laatste zin dat grief 7 faalt, met de vaststelling in rov. 3.14, derde zin dat het desbetreffende vorderingsrecht (de “gestelde (tegen)vordering op [verweerster 1]”) thans niet meer toebehoort aan Van Noort Gassler⁹ (welke vaststelling mede is te verstaan in verbinding met rov.

2.2-2.3,¹⁰ rov. 3.10, laatste zin¹¹ en rov. 2.7-2.8 en 2.10¹² van het arrest, en de vooropstelling van het hof¹³ dat het de zaak dient te beoordelen op grond van de “thans” voorliggende feiten en omstandigheden).¹⁴De klaarlijkkelijke redenering van het hof is aldus dat, gelet op de retrocessie van het desbetreffende vorderingsrecht op 15 augustus 2016 (waarbij Van Noort Gassler als cedent optrad en die op dezelfde dag aan [verweerster 1] is meegedeeld), dat vorderingsrecht ten tijde van het arrest (“thans”) niet meer toebehoort aan Van Noort Gassler en het door haar gedane opschortingsberoep daarom niet (meer) aan haar toekomt

10 Daarin gaat het hof in op de overeenkomst tussen enerzijds [verweerster 1] en anderzijds Van Noort Gassler.

11 Daar geeft het hof het betoog weer dat Van Noort Gassler ten grondslag heeft gelegd aan haar opschortingsberoep: “Daarnaast betoogt Van Noort Gassler dat onderhavige vordering van [verweerster 1] op Van Noort Gassler en de vordering op [verweerster 1] voortvloeien uit dezelfde koopovereenkomst en onderdeel uitmaken van dezelfde rechtsverhouding zodat Van Noort Gassler terecht een beroep heeft gedaan op opschorting van haar eigen betalingsverplichtingen jegens [verweerster 1]”. Dit strookt met de memorie van grieven, *nrs. 3.55-3.57*. Van Noort Gassler richt ook geen klacht tegen die weergave, zoals onderstreept door *nrs. 3.1-3.3* en 4.1 van de procesinleiding. Zie ook rov. 3.3, laatste zin, waarin het hof opmerkt dat de grieven 5, 8 en 9 “betrekking hebben op andere aspecten van de rechtsverhouding tussen Van Noort Gassler en [verweerster 1]”.

12 Daarin het gaat hof in op, kort gezegd, de cessie van 4 februari 2016, de retrocessie van 15 augustus 2016 en de bij dagvaarding van 30 augustus 2016 door Adsebu nieuw aanhangig gemaakte procedure bij de rechtbank Amsterdam.

13 Zie rov. 3.13 en 3.18, waaruit volgt dat het hof die vooropstelling niet beperkt tot een verkeningsbevoegdheid in de zin van art. 6:127 BW, waarover rov. 3.13.

14 Dat strookt ook met het bekende uitgangspunt in het civiele procesrecht, dat het hoger beroep niet uitsluitend strekt tot een beoordeling van de juistheid van de in eerste aanleg gegeven beslissing, maar, binnen de grenzen van de rechtsstrijd in appel, tot een nieuwe behandeling en beslissing van de zaak, waarbij de appelrechter heeft te oordelen naar de toestand zoals die zich voordoet ten tijde van zijn beslissing.

8 Dat het hof noemt in rov. 3.10, eerste zin, rov. 3.10, laatste zin, rov. 3.11, en rov. 3.14, laatste zin (grief 7).

9 Het woord “dus” in rov. 3.14, derde zin houdt verband met rov. 3.14, eerste zin van het arrest. In rov. 3.14, derde zin maakt het hof evenwel de eigenstandige gevolgtrekking dat de desbetreffende vordering ten tijde van het arrest, want “thans”, “niet meer [toe]behoort aan Van Noort Gassler”.

jegens [verweerster 1].¹⁵ Gelet op het voorgaande valt niet in te zien dat het hof blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting of tekortschietende motivering als bedoeld in de klacht.

3.7. In nr. 4.3 klaagt Van Noort Gassler “subsidi-air”, namelijk indien en voor zover “in de zinsnede in rov. 3.14”¹⁶ een onderbouwing of motivering is gelegen voor de verwerping van haar opschortingsberoep, dat evenzeer moet worden geoordeeld dat ‘s hofs oordeel getuigt van een onjuiste rechtsopvatting omdat deze overwegingen de verwerping van het opschortingsverweer niet kunnen dragen, alsmede dat sprake is van een onbegrijpelijke en gebrekkige motivering. Daartoe voert de klacht het volgende aan (nr. 4.3, tweede alinea):

“Artikel 6:52 BW vereist een ‘voldoende samenhang’ tussen de tegenover elkaar staande verbintenissen. Dit vereiste brengt evenwel niet met zich

mee dat slechts sprake kan zijn van een voldoende samenhang wanneer de verbintenissen uit één en dezelfde overeenkomst voortspuiten. Uit het tweede lid van artikel 52 blijkt immers dat de samenhang ook kan voortvloeien uit zaken die partijen regelmatig met elkaar hebben gedaan. Ook een verwevenheid of verbondenheid van (rechts)personen kan ertoe leiden dat voldaan is aan het vereiste van een voldoende samenhang.¹⁷ Voorts is in casu voldaan aan het in artikel 52 neergelegde vereiste dat VNG¹⁸ als schuldenaar een *opeisbare* vordering heeft, nu zij (op grond van onrechtmatige daad) betaling vordert van hetgeen ten onrechte aan gelden is opgenomen c.q. geïncasseerd en voor de nakoming van die betalingsverplichting geen tijdsbepaling van toepassing is”.¹⁹ [cursiveringen in origineel, A-G]

Daarop laat de klacht volgen (nr. 4.3, derde alinea) dat in het kader van de wettelijke bepalingen met betrekking tot het opschortingsrecht “derhalve” niet volstaat wat het hof in rov. 3.14 van het arrest overweegt met betrekking tot de verrekening: ook in zoverre getuigt het oordeel van het hof van een onjuiste rechtsopvatting, althans is sprake van een gebrekkige motivering. De kern van de klacht is dus klaarblijkelijk te vinden in nr. 4.3, tweede alinea.

3.8. De klacht faalt, reeds omdat deze niet (kenbaar) bestrijdt hetgeen het hof ten grondslag legt aan de verwerping van het opschortingsberoep van Van Noort Gassler. Wat ik eruit kan opmaken, is dat volgens Van Noort Gassler de gestelde vordering van Van Noort Gassler (“zij [vordert] (op grond van onrechtmatige daad) betaling van hetgeen ten onrechte aan gelden is opgenomen c.q. geïncasseerd” ten laste van de bankrekening van Adsebu nieuw) wél een voldoende samenhang heeft met haar verbintenis jegens [verweerster 1]

15 Dit strookt met het door [verweerster 1] gevoerde verweer als weergegeven in rov. 3.11, tweede zin van het arrest, erop neerkomend dat de vermeende tegenvordering (terug) is gecedeerd aan Adsebu nieuw zodat het beroep op opschorting van de betalingsverplichtingen van Van Noort Gassler niet (meer) relevant is. Zie nrs. 21-22 van de memorie van antwoord.

16 Daarmee doelt de klacht op de “zinsnede” in rov. 3.14 “waar het hof is ingegaan op de akte van cessie d.d. 15 augustus 2016 inclusief het onderwerp van die cessie en waar het hof heeft geoordeeld dat het bestaan en de omvang van de tegenvordering niet vaststaan”. Met dit eerste (t/m “het onderwerp van die cessie”) wordt naar ik begrip gedaan op rov. 3.14, eerste zin, in het bijzonder waar het hof verwijst naar “een vordering inzake de betalingen die [verweerster 1] aan zichzelf heeft overgemaakt ten laste van de bankrekening van Adsebu nieuw ter zake van onderhanden werk, openstaande debiteuren en voorschotten gewerkte uren”. Daarop sluit ook aan de gestelde vordering als bedoeld in nr. 4.3, tweede alinea, slot (“(...) nu zij [Van Noort Gassler, A-G] (op grond van onrechtmatige daad) betaling vordert van hetgeen ten onrechte aan gelden is opgenomen c.q. geïncasseerd (...)”). Dat strookt ook met het feit dat rov. 3.14, zevende t/m negende zin evident zien op het daar genoemde (verrekenings)be-toog van Van Noort Gassler, dat met (een beroep op) opschorting geen verband houdt. Met dit tweede (het vervolg vanaf de tweede “waar”) wordt naar ik begrip gedaan op rov. 3.14, tweede zin, in het bijzonder waar het hof overweegt: “Het bestaan en de omvang van die (tegen)vordering staan niet vast (...)”.

17 Hierbij wordt in noot 24 bij nr. 4.3 opgemerkt: “Zie in deze zin HR 28 juni 1985, NJ 1985/840”.

18 Op p. 1 van de procesinleiding is “VNG” gedefinieerd als “Van Noort Gassler & Co. B.V.”, waarmee dus wordt bedoeld op dezelfde Van Noort Gassler als gedefini-eerd in de aanhef onder 1 hiervoor, eiseres in cassatie.

19 Hierbij wordt in noot 25 bij nr. 4.3 opgemerkt: “Anders dan bij verrekening geldt voor het beroep op opschorting niet het vereiste dat de vordering op eenvoudige wijze vastgesteld moet kunnen worden; zie Asser/Stie-burgh 6-11 2017/244, alsmede mr. C.A. Streefkerk, *Opschortingsrechten* (Mon. BW nr. B32b) 2013/10, alsmede HR 21 september 2007, NJ 2009/50”.

uit hoofde van de overeenkomst als vereist door art. 6:52 BW (nr. 4.3, tweede alinea, eerste t/m vierde zin), dat voorts die gestelde vordering van Van Noort Gassler als schuldenaar wél opeisbaar is als vereist door art. 6:52 BW (nr. 4.3, tweede alinea, vijfde zin),²⁰ en dat indien en voor zover het hof met de in nr. 4.3 genoemde “zinsnede in rov. 3.14”²¹ het opschortingsberoep van Van Noort Gassler verwerpt wegens het ontbreken van die samenhang en/of opeisbaarheid, dit getuigt van een onjuiste rechtsopvatting en sprake is van een gebrekkige motivering.

Het gaat in nr. 4.3, tweede alinea, eerste t/m vierde zin om algemene stellingen over art. 6:52 BW. Dat de klacht ook hier uitgaat van een gestelde vordering van Van Noort Gassler strookt niet alleen met het vertrekpunt in nr. 4.1, waarin zij verwijst naar het in rov. 3.10, laatste zin onderkende “betooft van Van Noort Gassler dat de *vorderingen over en weer ‘voortvloeiën uit dezelfde koopovereenkomst en onderdeel uitmaken van dezelfde rechtsverhouding zodat VNG terecht een beroep heeft gedaan op opschorting van haar betalingsverplichtingen jegens [verweerster 1]*” [cursivering in origineel, onderstrepingen toegevoegd, A-G en weggehaald *red.*], en het vervolg van nr. 4.3, tweede alinea (vijfde zin), waarin zij mede betooft dat “[v]oorts” is voldaan aan het in art. 6:52 BW neergelegde vereiste “dat VNG als schuldenaar een *opeisbare vordering heeft*” [cursivering in origineel, A-G]. Dat strookt ook met de verwijzing in nr. 4.3 naar art. 6:52 BW (over “zaken die partijen regelmatig met elkaar hebben gedaan”) en de rechtspraak waarnaar de klacht verwijst in noot 24 bij nr. 4.3, welk arrest ziet op een opschortingsberoep door een partij (de gemeente Amsterdam) met zowel een vordering (op een zekere Luyer wegens energielevering aan het bedrijfspand van de v.o.f. waarvan hij toen beheerend vennoot was) als een verbintenis (tot energielevering aan Luyers privéadres), waarbij het hof had aangenomen (hetgeen de Hoge Raad in stand laat) dat die partij bevoegd was nakoming van haar verbintenis op te schorten nu tussen die

vordering en die verbintenis voldoende verband bestond om deze opschorting te rechtvaardigen (rov. 3.2-3.3). Dit laatste, alsmede het deel van de klacht (nr. 4.3, tweede alinea, vierde zin) waarbij dit laatste hoort, strookt ook met het betooft van Van Noort Gassler in de memorie van grieven, nrs. 3.55-3.57 als samengevat door het hof in rov. 3.10, laatste zin²² en beoordeeld door het hof in het kader van grief 7. Daarbij is door Van Noort Gassler wel uitgegaan van de in rov. 2.7 van het arrest bedoelde cessie (zie de memorie van grieven, nr. 3.57, eerste zin), en erop gewezen dat de hier “opgeworpen vordering” aan de zijde van Van Noort Gassler zich “niet (alleen)” richt tot [betrokkene 1] “maar (ook)” tot [verweerster 1] (zie de memorie van grieven, nr. 3.57, tweede t/m zesde zin, mede over vereenzelving van [verweerster 1] en [betrokkene 1]),²³ maar de in rov. 2.8 van het arrest bedoelde retrocessie buiten beschouwing gelaten. Aldus ook de memorie van antwoord, nrs. 21-22 (het verweer van [verweerster 1] tegen grief 7), waarop ik geen traceerbare reactie kan ontwaren in de pleitnota in hoger beroep zijdens Van Noort Gassler; daarin zie ik ook overigens geen stellingen die betrekking hebben op het opschortingsberoep van Van Noort Gassler, haar verrekeningsberoep staat daarin centraal. In de memorie van grieven is ook geen grief van Van Noort Gassler vindbaar (noch in grief 7, noch elders) tegen de in rov. 4.3 van het eindvonnis besloten liggende eis, dat voor een beroep op opschorting sprake moet zijn van een “opeisbare vordering *van de opschortende partij*” [cursivering, A-G] met voldoende samenhang tussen die opeisbare vordering van de opschortende partij en de door hem opgeschorte verbintenis. Dit strookt ook met de memorie van grieven, nrs. 3.55-3.57 (waaruit blijkt dat grief 7 zich richt tegen het oordeel van de rechtbank in rov. 4.3 van het eindvonnis over het ontbreken van die vereiste samenhang, waarop de rechtbank het

22 Zie hiervoor en ook noot 11 hiervoor.

23 Denkelijk ingegeven door rov. 4.3 van het eindvonnis, waar de rechtbank onder meer overweegt dat voor een beroep op opschorting sprake moet zijn van voldoende samenhang tussen de opeisbare vordering van de opschortende partij en de door hem opgeschorte verbintenis, welke samenhang hier ontbreekt, nu de opgeworpen vordering aan de zijde van Van Noort Gassler zich richt tot [betrokkene 1] en niet tot [verweerster 1].

20 Hier betreft Van Noort Gassler de stelling dat “zij (op grond van onrechtmatige daad) betaling vordert van hetgeen ten onrechte aan gelden is opgenomen c.q. geïncasseerd en voor de nakoming van die betalingsverplichting geen tijdsbepaling van toepassing is”.

21 Zie ook noot 16 hiervoor.

opschortingsberoep laat afstuiten) en rov. 3.10, laatste zin, waarover hiervoor. Zie overigens nog rov. 2.4 van het arrest, waaruit volgt dat Van Noort Gassler noch aandeelhouder noch bestuurder is van Adsebu nieuw: dat eerste is Van Noort Gassler & Co. *Holding B.V.*, dat tweede is Van Noort Gassler & Co. *Directie B.V.*

Dit een en ander ziet eraan voorbij dat het hof die verwerping niet erop baseert dat de gestelde vordering van Van Noort Gassler een onvoldoende samenhang heeft met haar verbintenis jegens [verweerster 1] voor doeleinden van art. 6:52 BW²⁴ en/of niet opeisbaar is als vereist door art. 6:52 BW,²⁵ maar op het feit dat, zoals nader uiteengezet onder 3.6 hiervoor (en strokend met het door [verweerster 1] gevoerde verweer als weergegeven in rov. 3.11, tweede zin), die gestelde vordering (het “desbetreffende vorderingsrecht”) ten tijde van het arrest (“thans”) niet meer toebehoort aan Van Noort Gassler en het door haar gedane opschortingsberoep dáárom al niet (meer) aan haar toekomt,²⁶ dus los van voornoemde kwesties van samenhang en opeisbaarheid.

Daarmee volgt het hof hier in zoverre een andere lijn dan de rechtbank, gelet op rov. 4.3 van het

eindvonnis waaruit dus blijkt dat de rechtbank het opschortingsverweer verwerpt omdat de vereiste “samenhang hier ontbreekt, nu de opgeworpen vordering aan de zijde van Van Noort Gassler zich richt tot [betrokkene 1] en niet tot [verweerster 1]”.²⁷ Dit laat zich verklaren doordat, anders dan ten tijde van het eindvonnis, ten tijde van het arrest de gestelde vordering als ten grondslag gelegd aan dat opschortingsberoep niet meer toebehoorde aan Van Noort Gassler (rov. 3.14, derde zin van het arrest), zodat dat beroep reeds daarop stuk liep. Ten aanzien van het bij wege van verweer gedane verrekeningsberoep van Van Noort Gassler volgt het hof wel een lijn die in het verlengde ligt van de door de rechtbank gevolge lijn, gelet op rov. 4.2.1 van het eindvonnis waarin de rechtbank aan dat beroep voorbijgaat met toepassing van art. 6:136 BW. Zie de behandeling van Middel I onder 3.11-3.20 hierna.

Hieruit volgt dat ook deze klacht uitgaat van een onjuiste lezing van rov. 3.14 van het arrest en derhalve feitelijke grondslag mist. Zou Van Noort Gassler meer of anders op het oog hebben gehad met deze deels cryptisch geformuleerde klacht,²⁸ dan stuit dat, gelet ook op het voorgaande en op het feit dat [verweerster 1] en [verweerder 2] in cassatie verstek hebben laten gaan, af op de eisen (van bepaaldheid en precisie) van art. 407 lid 2 Rv. Ik zie, tegen deze achtergrond, overigens ook geen basis voor een klachtbaar mistasten door het hof met betrekking tot het opschortingsberoep van Van Noort Gassler.

3.9. In *nr. 4.4* is een voortbouwklacht opgenomen, aldus dat gegrondbevinding van “de klacht II” het dictum van het arrest aantast, zodat het arrest niet in stand blijven. Deze klacht deelt in het lot van *nrs. 4.1-4.3*.

3.10. Daarmee kom ik toe aan Middel I.

Middel I

3.11. In *nrs. 3.1-3.3* lees ik geen klacht, slechts verwijzingen naar de door Van Noort Gassler bij wege van verweer in eerste aanleg en hoger beroep gedane verrekenings- en opschortingsberoep

24 Bijvoorbeeld omdat die gestelde vordering ziet op een vordering inzake de betalingen die [verweerster 1] aan zichzelf heeft overgemaakt ten laste van de bankrekening van Adsebu nieuw ter zake van onderhanden werk, openstaande debiteuren en voorschotten gewerkte uren (“zij [vordert] op grond van onrechtmatige daad) betaling van hetgeen ten onrechte aan gelden is opgenomen c.q. geïncasseerd” ten laste van de bankrekening van Adsebu nieuw), terwijl de vordering van [verweerster 1] op Van Noort Gassler gebaseerd is op de overeenkomst.

25 Bijvoorbeeld omdat het bestaan en de omvang ervan niet vaststaan.

26 Zie voor literatuur ter zake o.a. R.M. Wibier, *Overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen* (Mon. BW, B44), Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 26; Asser/C.H. Sieburgh, *De verbintenis in het algemeen* (6-II), Deventer: Wolters Kluwer 2017, nrs. 264 e.v.; C.A. Streefkerk, *Opschortingsrechten*. (Mon. BW, B32b), Deventer: Kluwer 2013, nr. 9.5; Asser/A.S. Hartkamp & C.A. Sieburgh, *De verbintenis in het algemeen* (6-II*), Deventer: Kluwer 2013, nr. 267. Dit is echter, gelet op het hier behandelde, verder niet relevant voor de afdoening van de klacht (die daarnaar trouwens ook nergens verwijst, ook niet in noot 25 bij nr. 4.3).

27 Zie noot 23 hiervoor.

28 Ik wijs er ten overvloede op dat de schriftelijke toelichting van Van Noort Gassler hierover niets anders bevat (zie nr. 5.1) dan een verwijzing naar *nrs. 4.2-4.3* van de procesinleiding.

pen en naar overwegingen van het hof in rov. 3.10-3.12.

3.12. In *nrs. 3.4-3.6* wordt klacht I.A uiteengezet. In *nrs. 3.7-3.11* wordt klacht I.B uiteengezet. In *nrs. 3.12-3.17* wordt klacht I.C uiteengezet. Alvo-rens hierop in te gaan, zet ik uiteen op welke wijze het hof het door Van Noort Gassler bij wege van verweer gedane verrekeningsberoep beoordeelt in rov. 3.12-3.14, volgend op rov. 3.10-3.11.²⁹ 3.13. In rov. 3.12 citeert het hof art. 6:127 BW, gevolgd door rov. 3.13, eerste zin waaruit blijkt dat het hof de noodzakelijke voorwaarde van het bestaan van de bevoegdheid tot verrekening uitlicht. In rov. 3.13, tweede zin voegt het hof daaraan toe dat de vraag of Van Noort Gassler beschikt over de bevoegdheid tot verrekening, moet worden beantwoord op grond van de feiten en omstandigheden zoals die thans voorliggen (dus ten tijde van het arrest),³⁰ en niet “op grond van een beoor-deling ex tunc, zoals Van Noort Gassler lijkt te stellen”. Zie daarover ook onder 3.6 hiervoor.

Ik begrijp rov. 3.14 aldus, dat het hof daarin dat door Van Noort Gassler bij wege van verweer ge-dane verrekeningsberoep in het kader van de be-handeling van grief 6 (en grief 7) in rov. 3.10-3.14 verwerpt met als basis: in ieder geval en zelfstan-dig dragend, dat het bestaan en de omvang van de door Van Noort Gassler gestelde vordering (van haar) op [verweerster 1] als door haar ten grond-

slag gelegd aan dat verrekeningsberoep³¹ niet vaststaan, en dat het bestaan en de omvang van die gestelde (tegen)vordering voorwerp zijn van een andere, thans aanhangige procedure (rov. 3.14, tweede en eerste zin); niet, en hoe dan ook dus niet alleen, dat, gelet op de retrocessie van 15 augustus 2016, ten tijde van het arrest “de ge-stelde (tegen)vordering op [verweerster 1]” niet meer toebehoort aan Van Noort Gassler (rov. 3.14, eerste en derde zin).³²

Uit rov. 3.14, tweede en eerste zin, mede in ver-binding met rov. 1, rov. 3.10, eerste t/m derde zin en de verwerping van grief 6 (rov. 3.14, voorlaat-ste en laatste zin), blijkt m.i. dat het hof (in lijn met de rechtbank in rov. 4.2.1 van het eindvon-

29 Zoals blijkt uit rov. 3.3, gaat het hof uit van “het beroep op verrekening van Van Noort Gassler” dat is “aange-voerd als verweer tegen de vorderingen van [verweer-ster 1]”. Daar overweegt het hof ook (volgend op rov. 3.2) dat de enkele stelling van [verweerster 1] dat Van Noort Gassler vergeefs “een dergelijk beroep doet”, niet met zich brengt dat Van Noort Gassler geen be-lang heeft “bij de beoordeling van dat verweer en de desbetreffende grieven”, en dat of dat verrekeningsbe-roep kan slagen bij de behandeling van de desbetref-fende grieven aan de orde zal komen (waarop rov. 3.10-3.14 zien). Zie ook rov. 3.10, eerste zin van het arrest over “het door Van Noort Gassler gevoerde ver-rekeningsverweer” en rov. 3.14, vierde t/m zesde zin over “de door haar in eerste aanleg ingeroepen ver-rekening” en “het beroep op verrekening” dat in het eindvonnis is verworpen.

30 Zie dus ook rov. 3.20, tweede zin: “(...) zoals hiervoor reeds is opgemerkt, [dient] het hof de zaak te beoorde-len op grond van de thans voorliggende feiten en om-standigheden”.

31 Zie ook weer rov. 3.3, waarin het hof onderkent dat sommige grieven (de grieven 6 en 7) zien “op de te-genvordering die Van Noort Gassler stelt te hebben op [verweerster 1]” (“Op die gestelde tegenvordering is het beroep op verrekening van Van Noort Gassler immers gebaseerd”), welke gestelde vordering Van Noort Gassler toebehoorde ten tijde van dat eerder gedane verrekeningsberoep gelet op rov. 2.7-2.8 van het arrest (en op dat moment dus ook een gestelde “tegenvordering” was). Dit strookt ook met de verwij-zing door het hof in rov. 3.14, eerste en tweede zin naar “(tegen)vordering” [onderstreping, A-G]. Zie ook noot 29 hiervoor en nr. 4.3 van de procesinleiding over ‘s hofs oordeel “dat het bestaan en de omvang van *de tegenvordering* niet vaststaan” [onderstreping, A-G; geursiveerd *red.*].

32 Dit strookt ook met rov. 3.3, waaruit volgt dat het hof uitgaat van een beoordeling van het in noot 29 hier-voor bedoelde verrekeningsverweer van Van Noort Gassler en haar desbetreffende grieven (waarmee het hof doelt op grieven 6 en 7, zie ook rov. 3.3, eerste zin), en niet meegaat met het in rov. 3.2 weergegeven stand-punt zijdens [verweerster 1] dat gebaseerd is op de retrocessie van 15 augustus 2016 (hetzelfde geldt voor het in rov. 3.11, eerste zin weergegeven verweer van [verweerster 1]). Het overwogene in rov. 3.14, derde zin legt het hof dus wél ten grondslag aan de verwer-ping van het *opschortings*beroep van Van Noort Gassler. Zie onder 3.4-3.9 hiervoor.

nis,³³ waartegen grief 6 ook is gericht)³⁴ van oordeel is, dat die door Van Noort Gassler gestelde vordering op [verweerster 1] als door haar ten grondslag gelegd aan dat bij wege van verweer gedane verrekeningsberoep zich op basis van het aangevoerde in dit verband niet (eenvoudig) laat vaststellen, en mede gelet daarop aan dat beroep voorbijgegaan wordt.³⁵ Daarbij betreft het hof ook dat, volgend op de retrocessie van 15 augustus 2016, het bestaan en de omvang van die gestelde (tegen)vordering voorwerp zijn van een andere, thans aanhangige procedure: de door Adsebu nieuw als eiseres bij dagvaarding van 30 augustus 2016 begonnen bodemprocedure, als door het hof met uitzetting van de betreffende vordering van Adsebu nieuw weergegeven in rov. 2.10 (rov. 2.7-2.8 in verbinding met rov. 3.14, tweede en eerste zin).

Daarmee gaat het hof (eveneens in lijn met de rechtbank in rov. 4.2.1 van het eindvonnis, waartegen grief 6 ook is gericht) in ieder geval en zelfstandig dragend aan dat verrekeningsberoep van Van Noort Gassler voorbij met toepassing van de in art. 6:136 BW vervatte rechterlijke liquiditeits-

correctie,³⁶ waaruit volgt dat de rechter een vordering ondanks een beroep van de verweerder op verrekening kan toewijzen, indien de gegrondheid van dit verweer niet op eenvoudige wijze is vast te stellen en de vordering overigens voor toewijzing vatbaar is.³⁷ Daarbij wijs ik erop dat, naar breed wordt aangenomen, de bevoegdheid die art. 6:136 BW aan de rechter geeft een ruime strekking heeft: de rechter kan een bij wege van verweer gedaan beroep op verrekening passeren, indien – om welke reden dan ook – de gegrondheid van dat beroep op verrekening niet op eenvoudige wijze is vast te stellen, te beoordelen naar het moment waarop de rechter voor zijn beslissing omtrent dat beroep op verrekening staat³⁸ en gelet op de voorliggende feiten en omstandigheden van het geval.³⁹

Zie over art. 6:136 BW bijvoorbeeld A-G Timmerman in een conclusie van vorig jaar voor een arrest van de Hoge Raad waarin het cassatiemiddel met toepassing van art. 81 RO is verworpen:⁴⁰ “Het artikel [art. 6:136 BW, A-G] geeft de rechter de bevoegdheid om een beroep op verrekening door gedaagde te passeren, indien de gegrondheid daarvan niet op eenvoudige wijze is vast te stellen en de vordering van eiser overigens voor toewijzing vatbaar is. Omdat voor verrekening niet (meer) de eis geldt van liquiditeit, heeft de wetgever de rechter hiermee een zgn. ‘rechterlijke liquiditeitscorrectie’ toegekend. Die komt er op neer dat daar waar de rechter dit redelijk acht, hij

33 Daaruit volgt dat volgens de rechtbank zonder nadere toelichting en bewijslevering niet kan worden geoordeeld dat er een vordering is waarmee Van Noort Gassler kan verrekenen, nu het onder de gegeven omstandigheden op de weg lag van Van Noort Gassler om inzichtelijk te maken waarom de betalingen ter zake van het onderhanden werk en de debiteuren, alsmede de voorschotbetaling van € 27.500,00, volgens haar ten onrechte hebben plaatsgevonden, hetgeen zij onvoldoende heeft gedaan.

34 Zie o.a. de memorie van grieven, nr. 3.24. In rov. 3.10, eerste t/m derde zin wijst het hof erop: dat grieven 6 en 7 zich richten tegen de verwerping door de rechtbank van het door Van Noort Gassler gevoerde verrekeningsverweer en opschortingsverweer; dat ze in het bijzonder zien op de overweging van de rechtbank dat het op de weg van Van Noort Gassler had gelegen om inzichtelijk te maken waarom de door [betrokkene 1] verrichte betalingen aan [verweerster 1] volgens haar ten onrechte hebben plaatsgevonden (zie hiervoor); dat Van Noort Gassler van mening is dat zij dit gemotiveerd heeft toegelicht en geïllustreerd; en dat zij ook vindt dat op [verweerster 1] de bewijslast rust aangaande de rechtmatigheid van de door [verweerster 1] aan zichzelf verrichte betalingen ten laste van Adsebu nieuw.

35 Zie ook onder 3.20 hierna.

36 In lijn daarmee in rov. 3.23 en 4 van het arrest op dat punt het eindvonnis bekrachtigend.

37 Dat het hof art. 6:136 BW niet noemt, doet daaraan niet af. Op het opschortingsberoep van Van Noort Gassler kan rov. 3.14, tweede zin geen betrekking hebben, nu art. 6:136 BW (of een daarmee vergelijkbare bepaling) daarop niet van toepassing is. Zie o.a. Asser/Sieburgh (2017), nr. 244 en Streefkerk (2013), nr. 10.1, waarover ook noot 25 van de procesinleiding. Het opschortingsberoep van Van Noort Gassler verwerpt het hof dus ook in rov. 3.14 (derde zin), zie de behandeling van Middel I onder 3.4-3.9 hiervoor en noot 32 hiervoor.

38 Zie ook noot 14 hiervoor en noten 39-40 en 42-44 hierna.

39 Zie o.a. HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7535, NJ 2003/539, rov. 3.4.

40 A-G Timmerman in nr. 3.8 van zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2019:261) voor HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:508, RvdW 2019/466 (art. 81 RO).

de mogelijkheid heeft om de eis van liquiditeit toch te stellen, bijvoorbeeld wanneer een verweer hem chicanes voorkomt. De rechter beschikt over een discretionaire bevoegdheid. Of de gegrondheid van een verrekeningsbevoegdheid op eenvoudige wijze kan worden vastgesteld is een oordeel van feitelijke aard dat niet in cassatie op juistheid toetsbaar is. Een dergelijk oordeel hoeft niet uitgebreid te worden gemotiveerd. De rechter is eveneens vrij om, indien hij van oordeel is dat de gegrondheid van het beroep op verrekening niet eenvoudig is vast te stellen, het beroep op verrekening (toch) *niet* af te wijzen⁴¹. Hij verwijst daarbij naar wetsgeschiedenis,⁴² rechtspraak⁴³ en literatuur.⁴⁴

41 Zonder voetnoten in het origineel.

42 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 509; MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 510.

43 HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7535, NJ 2003/539, rov. 3.4.

44 R.J.Q. Klomp, *GS Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 2019 (thans actueel t/m 27 september 2019), art. 6:136 BW, aant. 1, 4; Asser/Sieburgh (2017), nr. 243; N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss.), Deventer: Kluwer 2005, p. 96. Zie verder o.a. B. Schuijling, *Verrekening* (Mon. BW, B40), Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 15, mede opmerkend over deze bevoegdheid voor de rechter om een beroep van de gedaagde op verrekening met een illiquide tegenvordering te passeren: “De gegrondheid van een beroep op verrekening kan om allerlei redenen niet eenvoudig zijn vast te stellen door de rechter. Zij is te beoordelen naar het tijdstip waarop de rechter staat voor zijn beslissing omtrent het beroep op verrekening (TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 509). (...) Art. 6:136 BW biedt de rechter een discretionaire bevoegdheid om het beroep op verrekening te passeren. Bij de beoordeling om gebruik te maken van die bevoegdheid komt het aan op alle omstandigheden van het geval” (daarbij mogelijk relevante factoren benoemend); Klomp (2019), art. 6:136 BW, aant. 5-6, 11, waarover ook noten 57-58 hierna; Asser/Sieburgh (2017), nr. 244; Streefkerk (2013), nr. 10.1; Faber (2005), p. 96-101, mede opmerkend over deze bevoegdheid: “Indien de vraag of in concreto aan de vereisten voor verrekening wordt voldaan, zich niet gemakkelijk laat beantwoorden, en het volgens de rechter uit oogpunt van processuele efficiëntie niet aangaat de voldoening van de schuld op de vereffening van de vordering te laten wachten, kan hij aan het beroep op verrekening (geheel of gedeeltelijk) voorbijgaan. (...) Art. 6:136 BW heeft een ruime strekking. De rechter kan het beroep op verrekening passeren, in-

In rov. 3.14, vierde t/m zesde zin gaat het hof vervolgens nog in op het betoog van Van Noort Gassler (“Van Noort Gassler heeft nog aangevoerd”)⁴⁵ dat het rechtsgevolg van de door haar in eerste aanleg ingeroepen verrekening al is ingetreden op 22 februari 2016, toen zij ter comparitie bij de rechtbank een verrekeningsverklaring heeft afgelegd, en dat, in verband met die reeds ingetreden verrekening, de retrocessie slechts ziet op “een deel van de (tegen)vordering”. Dat betoog treft geen doel, aldus het hof, reeds omdat door de toepassing door de rechtbank van art. 6:136 BW de werking aan die verklaring is ontnomen.⁴⁶ “Bovendien”, zo vervolgt het hof in rov. 3.14, zevende t/m negende zin, was het blijkens de retrocessie-akte van 15 augustus 2016 de bedoeling van Van Noort Gassler “de gestelde tegenvordering op [verweerster 1] in zijn geheel te cederen” en heeft Van Noort Gassler geen feiten of omstandigheden gesteld die tot een andere uitleg van de overeengekomen (retro)cessie zouden kunnen leiden.⁴⁷

dien – om welke reden dan ook – de gegrondheid van gedaagde’s beroep op verrekening niet op eenvoudige wijze is vast te stellen, te beoordelen naar het moment waarop de rechter voor zijn beslissing omtrent het beroep op verrekening staat”. Zie ook noot 25 van de procesinleiding, waarin Van Noort Gassler onderkent dat “(...) bij verrekening (...) het vereiste [geldt] dat de vordering op eenvoudige wijze vastgesteld moet kunnen worden (...)”.

45 Zie ook rov. 3.10, vierde zin van het arrest.

46 Dit strookt met o.a. Asser/Sieburgh (2017), nrs. 234-244, mede erop wijzend dat bij toepassing door de rechter van art. 6:136 BW (dus: het passeren van een bij wege van verweer gedaan verrekeningsberoep, omdat de gegrondheid daarvan niet op eenvoudige wijze is vast te stellen) “de bevoegdheid tot verrekening ontbreekt”. Het hof verwoordt dit aldus in rov. 3.14, zesde zin dat door de verwerping door de rechtbank van het verrekeningsberoep van Van Noort Gassler, wat de rechtbank in rov. 4.2.1 van het eindvonnis dus doet met toepassing van art. 6:136 BW, “de werking aan de verrekeningsverklaring van Van Noort Gassler is ontnomen”.

47 Zie in dit verband ook rov. 3.11, waarin het hof memoreert dat [verweerster 1] in hoger beroep erop heeft gewezen “dat het niet consistent is dat Van Noort Gassler aan de ene kant stelt dat haar tegenvordering is verrekend met die van [verweerster 1] en dat aan de andere kant Adsebu nieuw een bodemprocedure is begonnen met betrekking tot die tegenvordering (zie 2.10)”.

In rov. 3.14, voorlaatste zin concludeert het hof dat Van Noort Gassler niet beschikt over de bevoegdheid om de vorderingen van [verweerster 1] te verrekenen met de inmiddels aan Adsebu nieuw gecedeerde vordering op [verweerster 1] (waarmee het hof weer aansluit bij rov. 3.12-3.13), gevolgd door de vaststelling in rov. 3.14, laatste zin dat grief 6 (evenals grief 7) faalt.

3.14. Mede bezien tegen de achtergrond als uiteengezet onder 3.13 hiervoor, dienen ook de klachten I.A, I.B en I.C – en daarmee Middel I – te falen. Ik wijs daartoe op het volgende.

3.15. Klacht I.A komt erop neer – zie *nr. 3.4* – dat het hof blijk zou hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting in rov. 3.13, door te oordelen dat de vraag of Van Noort Gassler beschikt over de bevoegdheid tot verrekening, beantwoord moet worden “op grond van de feiten en omstandigheden ten tijde van ’s hofs arrest”. Aldus zou het hof hebben miskend, kort gezegd, dat die bevoegdheid beoordeeld dient te worden naar (uiterlijk) het moment waarop het beroep op verrekening is gedaan.

Een en ander zou volgens *nr. 3.5* ook gelden voor rov. 3.14, vierde t/m zesde zin van het arrest, waarbij Van Noort Gassler aantekent dat het daar aan de orde zijnde oordeel van de rechtbank niet in kracht van gewijsde is gegaan en (dus) niet onherroepelijk is, zodat het enkele oordeel van de rechtbank onverlet laat dat het verrekeningsberoep van Van Noort Gassler “wel degelijk in overeenstemming is met de wettelijke bepalingen en derhalve terecht is gedaan”. Als de rechter in hoger beroep het vonnis in eerste aanleg vernietigt, wat het hof volgens Van Noort Gassler had moeten doen, komt aan dat vonnis geen rechtskracht (meer) toe en is ook daarom door dat vonnis aan de verrekeningsverklaring niet de werking ontnomen.

Gegrondbevinding van deze klacht tast de overige onderdelen van rov. 3.10-3.14 en het dictum van het arrest aan, zodat dit arrest niet in stand kan blijven, aldus *nr. 3.6*.⁴⁸

3.16. Het hof overweegt in rov. 3.13, tweede zin dat de vraag of Van Noort Gassler beschikt over de bevoegdheid tot verrekening, beantwoord moet worden “op grond van de feiten en omstandigheden zoals die thans voorliggen”. Zoals nader

uiteengezet onder 3.13 hiervoor, verwerpt het hof in rov. 3.14 dat door Van Noort Gassler bij wege van verweer gedane verrekeningsberoep in ieder geval en zelfstandig dragend met toepassing van art. 6:136 BW; niet, en hoe dan ook dus niet alleen, omdat ten tijde van het arrest door Van Noort Gassler niet (langer) aan de vereisten van art. 6:127 lid 2 BW wordt voldaan (nu op dat moment “de gestelde (tegen)vordering op [verweerster 1]” niet meer aan haar toebehoort). Daarbij miskent het hof niet, mede gelet op rov. 3.13, tweede zin, dat de rechter in het kader van art. 6:136 BW heeft te oordelen naar het moment waarop hij voor zijn beslissing omtrent het beroep op verrekening staat, en gelet op de voorliggende feiten en omstandigheden van het geval. Zie onder 3.13 hiervoor.⁴⁹ Daarop loopt de klacht in *nr. 3.4*, die daaraan voorbijgaat, vast. Voor zover de klacht in *nr. 3.5* voortbouwt op *nr. 3.4*, loopt dit om dezelfde reden vast. Hetgeen de klacht overigens aanvoert in *nr. 3.5* strandt op het feit dat ’s hofs bestreden oordeel in rov. 3.14, zesde zin geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de werking van art. 6:136 BW (zie wederom onder 3.13 hiervoor), en dat ook dit deel van de klacht klaarblijkelijk eraan voorbijziet dat het hof dat bij wege van verweer gedane verrekeningsberoep van Van Noort Gassler in rov. 3.14 verwerpt in ieder geval en zelfstandig dragend met toepassing van art. 6:136 BW. Ik kan niet inzien hoe het in *nr. 3.5* opgemerkte de conclusie kan rechtvaardigen dat het hof in rov. 3.14, vierde t/m zesde zin blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Hetgeen de klacht nog aanvoert in *nr. 3.6* bouwt voort op, en deelt daarmee in het lot van, *nrs. 3.4-3.5*.

3.17. Klacht I.B begint in *nr. 3.7* met een inleiding, die wordt uitgewerkt in *nrs. 3.8-3.11*.

De klacht ziet blijkens *nr. 3.7* op de overwegingen van het hof in rov. 3.14, eerste zin dat met de retrocessie van 15 augustus 2016 “exact dezelfde gestelde (tegen)vordering op [verweerster 1]” is overgedragen en in rov. 3.14, zevende t/m negende zin (onder verwijzing naar die akte van cessie) dat het de bedoeling van Van Noort Gassler is geweest om de gestelde tegenvordering op [verweerster 1] in zijn geheel te cederen, en dat Van Noort Gassler geen feiten of omstandigheden

48 De schriftelijke toelichting van Van Noort Gassler is in wezen een herhaling van zetten: zie *nrs. 2.1 t/m 2.7*.

49 Dit wordt in klacht I.C zonder succes bestreden, zie onder 3.20 hierna.

heeft gesteld die tot een andere uitleg van de overeengekomen (retro)cessie zouden kunnen leiden. Dit oordeel zou getuigen van een onjuiste rechtsopvatting en bovendien onbegrijpelijk althans onvoldoende gemotiveerd zijn.

In *nr. 3.8* wordt kort gezegd aangevoerd dat Van Noort Gassler, door haar ter comparitie op 22 februari 2016 gedane verrekeningsberoep, ten tijde van de retrocessie op 15 augustus 2016 over niets anders beschikte – en om juridische redenen over niets anders kon beschikken – dan “de eventuele *restantvordering*” op [verweester 1], bestaande uit “het eventuele meerdere boven het ‘gemeenschappelijk beloop’ van de beide verbintenissen”. Gegeven deze verrekening is de opvatting van het hof, inhoudend “dat exact dezelfde tegenvordering bij retrocessie is overgedragen aan Adsebu-nieuw en dat daarom aan VNG geen (enkel) vorderingsrecht meer zou toekomen”, in ieder geval rechtens onjuist, aldus *nr. 3.8*.

Nr. 3.9 voegt daaraan toe dat, tegen de achtergrond “van het bovenstaande”, de uitleg die het hof in *rov. 3.14* geeft aan de cessieakte van 15 augustus 2016 evenzeer getuigt van een onjuiste rechtsopvatting althans onbegrijpelijk en/of onvoldoende gemotiveerd is. *Nr. 3.9* poneert vervolgens ter uitwerking daarvan de stelling dat, voor zover “in dit oordeel” van het hof besloten ligt dat het – ondanks de terugwerkende kracht van de verrekening tot aan het moment van ontstaan van de bevoegdheid tot verrekening – mogelijk is om niettemin de oorspronkelijk vordering (lees: voor het oorspronkelijke bedrag) op een later tijdstip na die verrekening over te dragen, dit oordeel getuigt van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de in art. 6:127 e.v. BW geregelde verrekening en in het bijzonder de terugwerkende kracht daarvan (art. 6:129 lid 1 BW). Van Noort Gassler verwijst naar “al hetgeen zij in het kader van cassatieklacht I.A naar voren heeft gebracht”.

Nr. 3.10 sluit daarop aan met het betoog dat voor zover “in het hier bedoelde oordeel” slechts een uitleg van die cessieakte van 15 augustus 2016 besloten ligt, dit oordeel onbegrijpelijk althans onvoldoende gemotiveerd is, kort gezegd: omdat het hof uitsluitend refereert aan de bewoordingen in de considerans van deze akte, die echter zien op de aard en oorsprong van de betreffende vorderingen en niet inhouden dat (exact) dezelfde bedragen onderwerp zouden zijn van de cessie (zulks staat niet in die considerans).

Gegrondbevinding van deze klacht tast de overige onderdelen van *rov. 3.10-3.14* en het dictum van het arrest aan, zodat dit arrest niet in stand kan blijven, aldus *nr. 3.11*.⁵⁰

3.18. Voor zover klacht I.B voortbouwt op klacht I.A (zie o.a. *nr. 3.9*), deelt deze in het lot daarvan. De klacht ziet in *nr. 3.8* eraan voorbij dat, het hof in *rov. 3.14*, vierde t/m zesde zin met juistheid oordeelt dat, de verwerping door de rechtbank op de voet van art. 6:136 BW van het bij wege van verweer gedane verrekeningsberoep van Van Noort Gassler meebrengt dat de werking aan haar in eerste aanleg (ter comparitie van 22 februari 2016) gedane verrekeningsverklaring is ontnomen, zodat van een verrekening als bedoeld in *nr. 3.8* (“Gegeven deze verrekening”) geen sprake is. Zie onder 3.13 hiervoor. Gelet daarop valt de bodem weg onder de rechtsklacht in *nr. 3.8*, wat ook doorwerkt in het vervolg van de klacht (*nrs. 3.9-3.11*). De rechtsklacht in *nr. 3.9* gaat uit van een verkeerde lezing van *rov. 3.14* van het arrest en mist derhalve feitelijke grondslag, nu hetgeen *nr. 3.9* veronderstelt gelet op het voorgaande en blijkt *rov. 3.10-3.14* in werkelijkheid niet in ‘s hofs oordeel besloten ligt: het hof gaat immers uit van géén gehonoreerd verrekeningsberoep door Van Noort Gassler, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep. Op het vruchteloze verwijzen in *nr. 3.9* slot naar klacht I.A wees ik zo-even al. De motiveringsklacht in *nr. 3.10* (aansluitend op *nr. 3.9*) haalt evenmin de eindstreep. Voor zover de overwegingen van het hof in *rov. 3.14*, zevende t/m negende zin niet al ten overvloede zijn gegeven (“Bovendien”), geldt dat, gezien ook *rov. 2.7-2.8* en 2.10 van het arrest:⁵¹

– het hof daarbij niet uitsluitend refereert aan bewoordingen in de considerans van de retrocessieakte van 15 augustus 2016, geciteerd in *rov. 2.8*;⁵²
– in die retrocessieakte exact dezelfde bedragen worden genoemd als in de cessieakte van 4 februari 2016, geciteerd in *rov. 2.7*;

50 De schriftelijke toelichting van Van Noort Gassler is ook hier in wezen een herhaling van zetten: zie *nrs. 3.1 t/m 3.5*.

51 In cassatie onbestreden.

52 De geciteerde bewoordingen in *rov. 3.14*, zevende zin komen niet uit het deel onder “IN AANMERKING NEMENDE” in de retrocessieakte van 15 augustus 2016 (dat wil zeggen: de considerans), maar uit het deel onder “ZIJN OVEREENGEKOMEN ALS VOLGT” in die akte, specifiek punt 1.

– die retrocessieakte geen melding maakt van enige verrekening door Van Noort Gassler (ter comparatie van 22 februari 2016);

– de bewoordingen van die retrocessieakte, zoals ook blijkt uit de geciteerde bewoordingen in rov. 3.14, zevende zin, ook overigens sterk in de richting wijzen van de uitleg die het hof daaraan geeft in rov. 3.14, achtste zin;

– Adsebu nieuw bij dagvaarding van 30 augustus 2016 heeft gevorderd dat de rechtbank Amsterdam [verweerster 1] (dan wel [verweerder 2]) veroordeelt tot betaling van € 186.610,77 aan haar, als uiteengezet in rov. 2.10.⁵³

Daarbij komt nog dat het hof in rov. 3.14, negende zin ook vaststelt dat Van Noort Gassler geen feiten of omstandigheden heeft gesteld die tot een andere uitleg van de overeengekomen (retro)cessie zouden kunnen leiden, hetgeen in nr. 3.10 en elders in de klacht wordt genegeerd.⁵⁴ Van een ontbrekende althans tekortschietende onderbouwing van de bestreden overwegingen van het hof is dan ook geen sprake, en daarom evenmin van een onbegrijpelijke motivering als gevolg daarvan, anders dan nr. 3.10 wil. *Nr. 3.11* bouwt voort op, en deelt daarmee in het lot van, nrs. 3.8-3.10. Gelet op het voorgaande valt *nr. 3.7* ook om.

3.19. Klacht I.C begint in nr. 3.12 eveneens met een inleiding, die wordt uitgewerkt in nrs. 3.13-3.17.

De klacht citeert (min of meer) in *nr. 3.12* rov. 3.14, tweede zin van het arrest, gevolgd door: “Het vorderingsrecht zou ‘dus’ niet meer aan VNG toebehoren”. Dit “oordeel” zou wederom van een onjuiste rechtsopvatting getuigen, terwijl het bovendien onbegrijpelijk althans gebrekkig zou zijn gemotiveerd.

Nr. 3.13 merkt daarover op dat de geciteerde zin (kennelijk doelend op rov. 3.14, tweede zin van het arrest) het bestaan en de omvang van de vordering betreft, maar het hof hieraan een conclusie verbindt betreffende de vraag of de vordering aan Van Noort Gassler toebehoort. Het ene staat ech-

ter los van het andere, reden waarom de geciteerde overweging niet concludent is, en daardoor onbegrijpelijk.

Nrs. 3.14-3.16 komen erop neer dat, als “deze passage” in het arrest zo moet worden begrepen dat het hof hiermee tot uitdrukking heeft willen brengen dat “de gestelde verrekening afstuit [op] het vereiste van bepaalbaarheid c.q. artikel 6:136 BW”, dat oordeel ofwel blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting (als het hof zwaardere eisen heeft gesteld aan het bestaan en de omvang van de vordering van Van Noort Gassler “dan uit de wettelijke bepalingen voortvloeit”) ofwel ontoereikend is gemotiveerd (het hof heeft immers niet aangegeven dat, laat staan waarom, de toelichting en onderbouwing in “de alinea’s 3.25 t/m 3.53 mvg” een onvoldoende onderbouwing c.q. bewijs opleveren van het bestaan en de omvang van de (tegen)vordering).

Gegrondbevinding van deze klacht tast de overige onderdelen van rov. 3.10-3.14 en het dictum van het arrest aan, zodat dit arrest niet in stand kan blijven, aldus *nr. 3.17*.⁵⁵

3.20. Voor zover klacht I.C voortbouwt op klacht I.A en/of klacht I.B, deelt deze in het lot van klacht I.A en klacht I.B. De klacht gaat in *nr. 3.13* uit van een verkeerde lezing van rov. 3.14, tweede en derde zin van het arrest en mist daarmee feitelijke grondslag, nu het woord “dus” in rov. 3.14, derde zin verband houdt met rov. 3.14, eerste zin, niet rov. 3.14, tweede zin als (min of meer) geciteerd in nr. 3.13. Voor zover de klacht in *nrs. 3.14-3.16* tot uitgangspunt neemt dat het hof daarin tot uitdrukking heeft willen brengen dat “de gestelde verrekening afstuit [op] het vereiste van bepaalbaarheid” die “besloten ligt in artikel 6:127 BW” (zie o.a. nr. 3.14),⁵⁶ is wederom sprake van een verkeerde lezing van rov. 3.14, tweede (en derde) zin en daarmee ontbreken van feitelijke grondslag, nu het hof als gezegd aan dat bij wege van verweer gedane verrekeningsberoep van Van Noort Gassler in rov. 3.14 voorbijgaat met toepassing van art. 6:136 BW, een te onderscheiden regeling. Zie onder 3.13 en 3.16 hiervoor. Voor zover de klacht in *nrs. 3.14-3.16* dit laatste niet miskent,

53 In voetnoot 16 van de procesinleiding licht Van Noort Gassler toe dat de “restantvordering” zich eenvoudig zou laten berekenen, uitgaande van een totale vordering van € 183.610,77 waarop een bedrag van € 53.228,92 in mindering wordt gebracht (verwijzend naar rov. 4.4 van het eindvonnis), wat een bedrag van € 130.381,85 oplevert.

54 Van enige verwijzing naar vindplaatsen in gedingstukken van Van Noort Gassler is hier evenmin sprake.

55 De schriftelijke toelichting van Van Noort Gassler is ook hier in wezen een herhaling van zetten: zie nrs. 4.1 t/m 4.3.

56 De in noten 18 en 19 bij nr. 3.14 genoemde rechtspraak en wetsgeschiedenis zien niet op art. 6:136 BW.

geldt dat de rechter bij toepassing van de in art. 6:136 BW vervatte liquiditeitscorrectie over een discretionaire bevoegdheid beschikt; of de grondigheid van een verrekeningsbevoegdheid op eenvoudige wijze kan worden vastgesteld, is een oordeel van feitelijke aard dat niet in cassatie op juistheid toetsbaar is,⁵⁷ welk oordeel niet uitgebreid hoeft te worden gemotiveerd.⁵⁸ Zie onder

57 Aldus ook de in noot 21 bij nr. 3.15 genoemde rechtspraak (waarover o.a. Asser/Sieburgh (2017), nr. 244), hetgeen de klacht evenwel onvermeld laat. Zie HR 17 juni 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5033, NJ 1970/447: “O. dat het feit dat tegenvorderingen gemotiveerd zijn bestreden er op zichzelf niet aan in de weg staat dat zij voor dadelijke vereffening en opeising vatbaar zijn; dat overigens de vraag of zodanige vorderingen voor dadelijke vereffening vatbaar zijn van feitelijke aard is en in cassatie niet kan worden onderzocht (...)” Zoals ook blijkt onder 3.13 hiervoor, heeft het hof dat eerste niet miskend. Dat geldt ook voor het in noot 22 bij nr. 3.15 gedane beroep op Parl. Gesch. BW Boek 6 (1981), p. 490, waarover o.a. Asser/Sieburgh (2017), nr. 244: “Het komt wel voor, dat de tegenvordering waarop de gedaagde zich beroept, weliswaar niet liquide is omdat haar omvang niet vaststaat, maar dat wél zeker is, dat zij die van de eiser overtreft. In zo’n geval, aldus oordeelde de Hoge Raad op 12 juni 1931, NJ 1931/1345, is de tegenvordering voor dadelijke vereffening vatbaar tot het beloop der vordering van de eiser, daar zij ter hoogte van die vordering vaststaat; evenzo Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 490”. Dat wat hier als “zeker” wordt vereist, is in het onderhavige geval niet zeker, zoals het hof ook onderkent in rov. 3.14, tweede zin (mede wijzend op het niet vaststaan van “[h]et bestaan” van die “(tegen)vordering”). Zie ook Klomp (2019), art. 6:136 BW, aant. 5 over “materieële liquiditeit” (“Een vordering is materieel liquide indien deze voor dadelijke afdoening vatbaar is, dat wil zeggen dat de inhoud zodanig bepaald is dat deze zonder meer vaststaat”), aant. 6 over “processuele liquiditeit” (“Indien een vordering in een procedure wordt betwist, leidt dit tot zogeheten niet-liquiditeit in processuele zin indien de vordering niet, of niet meer, spoedig en op eenvoudige wijze kan worden vastgesteld. (...) Voorbeeld van een processueel niet-liquide vordering is de vordering die door getuigenbewijs moet worden bewezen, of meer in het algemeen een tijdrovend onderzoek naar de verrekeningsbevoegdheid vereist; Parl. Gesch., p. 508”).

58 Zie o.a. Klomp (2019), art. 6:136 BW, aant. 1 (“Indien de gegrondheid van een bij wijze van verweer ingeroepen verrekeningsbevoegdheid niet op eenvoudige

3.13 hiervoor. Gelet daarop, waaraan de klacht in wezen voorbijgaat, valt die toepassing door het hof van art. 6:136 BW in rov. 3.14, als eveneens nader uiteengezet onder 3.13 hiervoor, m.i. niet aan te merken als rechtens onjuist of ontoereikend gemotiveerd. De verspreide opmerkingen in nrs. 3.14-3.15 (inclusief noot 20 bij nr. 3.14) en de generieke verwijzing in nrs. 3.14 en 3.16 naar ca. 30 alinea’s in de memorie van grieven (nrs. 3.25 t/m 3.53, neerkomend op de toelichting op grief 6), die in de sleutel staan van “de bepaalbaarheid van de ter verrekening ingeroepen vordering”, dwingen niet tot een andere uitkomst. Deze doen immers niet eraan af:

– dat, gezien het aangevoerde, geenszins onbegrijpelijk is het oordeel van het hof in rov. 3.14, tweede zin dat het bestaan en de omvang van de door Van Noort Gassler gestelde vordering (van haar) op [verweerster 1] als door haar ten grondslag gelegd aan dat bij wege van verweer gedane verrekeningsberoep niet vaststaan, en dat het bestaan en de omvang van die gestelde (tegen)vordering voorwerp zijn van een andere, thans aanhangige procedure (zie rov. 2.10 van het arrest);

– dat het hof, gelet ook daarop, in rov. 3.14 met toepassing van art. 6:136 BW en zonder nadere motivering aan dat beroep van Van Noort Gassler voorbij heeft kunnen gaan.

Daarbij wijs ik ook op o.a. nrs. 19-20 van (en productie 1 bij) de memorie van antwoord, die in de klacht buiten beschouwing worden gelaten, maar waarop het hof vanzelfsprekend acht had te slaan: “Grief VI

19. De strekking van grief VI is dat de vordering van Adsebu nieuw op [verweerster 1] [[verweer-

wijze is vast te stellen, met andere woorden de tegenvordering onvoldoende *liquide* is, staat het de rechter vrij dit beroep op verrekening te passeren. Dit oordeel is van feitelijke aard en dus niet in cassatie toetsbaar. Aangezien een dergelijk oordeel niet uitgebreid gemotiveerd hoeft te worden, biedt art. 6:136 de feitenrechter een relatief eenvoudige mogelijkheid een chicanes beroep op verrekening af te wijzen; vgl. Parl. Gesch., p. 509”), aant. 4 onder verwijzing naar Schuijling (2019), nr. 15 (“De rechter is vrij in zijn oordeel of de gegrondheid van een verrekeningsbevoegdheid op eenvoudige wijze kan worden vastgesteld. Hij kan zijn oordeel laten afhangen van wat de redelijkheid in de omstandigheden van het concrete geval meebrengt”), aant. 11 (“Het juiste criterium is: Wat is gezien alle omstandigheden redelijk?”).

ster 1], A-G] niet slechts zijn grondslag vindt in onverschuldigde betaling, maar ook in een onrechtmatige daad van [verweerster 1] doordat deze geen betaling aan zichzelf zou hebben mogen verrichten. In de toelichting op deze grief brengt VNG [Van Noort Gassler, A-G] alle stellingen naar voren die Adsebu Nieuw [Adsebu nieuw, A-G] heeft geponeerd in de aanhangige procedure bij de Rechtbank tussen haar (Adsebu Nieuw) en [verweerster 1]. Aangezien die stellingen reeds onderwerp van geschil zijn in deze procedure horen zij niet thuis in dit appel, zulks nog er van afgezien dat al deze stellingen relevantie missen doordat VNG de betreffende vordering van Adsebu Nieuw (waarop alle stellingen in deze grief betrekking hebben) heeft geretrocedeerd aan Adsebu Nieuw, zodat aan VNG geen beroep op verrekening meer toekomt.

20. Subsidiar betwist [verweerster 1] integraal de juistheid van alle stellingen van VNG in de toelichting op grief VI. [verweerster 1] legt daartoe over als *productie 1* haar conclusie van antwoord in conventie/eis in reconventie in de procedure aanhangig bij de Rechtbank tussen haarzelf en Adsebu Nieuw met verzoek de inhoud daarvan en bijlagen daarbij als hier herhaald en ingelast te willen beschouwen”.

Bestudering van die stellingen in de toelichting op grief 6⁵⁹ waarop hier door [verweerster 1] wordt gewezen (en die door haar integraal worden betwist),⁶⁰ en waarop de klacht zich dus in nrs. 3.14 en 3.16 beroept, bevestigt dat de door Van Noort Gassler gestelde vordering (van haar) op [verweerster 1] als door haar ten grondslag gelegd aan dat bij wege van verweer gedane verrekeningsberoep zich niet eenvoudig laat vaststellen, zoals volgt uit rov. 3.14 van het arrest.⁶¹ Dit klemt te

meer in het licht van het (door Van Noort Gassler zelf als aanvullende productie 25 in hoger beroep in het geding gebrachte) tussenvonniss van de rechtbank Amsterdam van 1 augustus 2018 in de in rov. 2.10 van het arrest bedoelde bodemprocedure, waarover dus ook rov. 3.14, tweede zin. Zoals volgt uit rov. 1 van het arrest, maakt deze productie 25 deel uit van de stukken waarop het hof arrest heeft gewezen.⁶² Uit dit tussenvonniss, dat in de klacht eveneens buiten beschouwing wordt gelaten, blijkt onder meer:

- dat volgens de rechtbank sprake was van afspraken over betaling voor onderhanden werk en productieve uren (externe werkzaamheden);
- dat volgens de rechtbank betaling door [betrokkene 1] aan [verweerster 1] uit hoofde van die afspraken dus niet zonder titel was;
- dat Adsebu nieuw echter vooral ook de hoogte van de bedragen betwist;
- dat de rechtbank het voorshands nodig acht ter zake een deskundigenbericht te gelasten;

onmogelijke opgave” en: “Ter zake van de door [betrokkene 1] gedeclareerde werkzaamheden over 2014 en 2015 bestaan er de volgende onduidelijkheden (zie ook de bijlage)”, gevolgd door een opsomming); nr. 3.37 van de memorie van grieven (waarin o.a. te lezen valt over geselecteerde delen uit een “rapportage” van [betrokkene 2] naar aanleiding van de (niet weergegeven) reactie door [verweerster 1] in de in rov. 2.10 van het arrest genoemde bodemprocedure op “de Analyses van [betrokkene 2]”); nr. 3.39 van de memorie van grieven (waarin o.a. te lezen valt over beweerde onduidelijkheid met betrekking tot door [verweerster 1] verstrekte “overzichten/stukken”); nr. 3.40 van de memorie van grieven (waarin o.a. te lezen valt over een “(eerste) steekproefsgewijze controle, hetgeen op zich al monnikenwerk was”, die “al een aantal onjuistheden op[leverde] die in ieder geval leiden tot correcties ten bedrage van € 10.928,00”, en waarin de bal bij [betrokkene 1]/[verweerster 1] wordt gelegd om aan te tonen dat de in rekening gebrachte uren respectievelijk het oude onderhanden werk “daadwerkelijk aan de klant(en) zijn/is gefactureerd én door de klanten zijn/is betaald en dat dat niet ten koste is gegaan van nieuwe uren van de andere medewerkers van Adsebu, alvorens hij/zij recht heeft op uitbetaling van zijn/haar aandeel van 50% respectievelijk van het oude onderhanden werk”).

- 62 Zie ook de pleitnota in hoger beroep zijdens Van Noort Gassler, waarin op dat tussenvonniss wordt gewezen (o.a. nrs. 6-7).

59 En de diverse bijbehorende producties, bestaande uit analyses, lijsten en overzichten, die klaarblijkelijk ook zijn ingebracht in de door Adsebu nieuw geëntameerde bodemprocedure als bedoeld in rov. 2.10 van het arrest (zie nr. 3.37 van de memorie van grieven).

60 Ik lees geen enkele traceerbare reactie daarop in de pleitnota in hoger beroep zijdens Van Noort Gassler.

61 Illustratief zijn: nr. 3.35 van de memorie van grieven (waarin verwezen wordt naar een e-mail van [betrokkene 2] van 29 augustus 2016, waarin o.a. te lezen valt: “Het (achteraf) beoordelen, laat staan vaststellen, of er zich in dit proces onregelmatigheden hebben voorgedaan en nagaan welke uren wel en welke uren niet zijn gefactureerd, is een buitengewoon moeilijke, zo niet

– dat de zaak op de rol zal komen van 29 augustus 2018 voor het nemen van een akte door beide partijen, waarin zij zich kunnen uitlaten over de aangekondigde deskundigenrapportage;
– dat iedere verdere beslissing wordt aangehouden.⁶³

Het voorgaande laat mede zien dat er voor het hof, bij de toepassing van art. 6:136 BW in rov. 3.14, dus geen noodzaak bestond nader in te gaan op nrs. 3.25 t/m 3.53 van de memorie van grieven als aangevoerd in de klacht. Nr. 3.17 bouwt voort op, en deelt daarmee in het lot van, nrs. 3.13-3.16. Gelet op het voorgaande valt nr. 3.12 ook om.

Slotsom

3.21. De slotsom luidt dat de klachten falen.

4. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Hoge Raad

(...; red.)

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

De overeenkomst tussen [verweerster 1] en Van Noort Gassler

(i) [verweerster 1] exploiteerde onder de naam Adsebu B.V. een accountants- en administratiekantoor. Enig aandeelhouder en bestuurder van [verweerster 1] is [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]).

(ii) Bij overeenkomst van 20 november 2013 heeft [verweerster 1] haar cliëntenportefeuille, alsmede een bedrag aan overige omzet, verkocht aan Van Noort Gassler (hierna: de overeenkomst). De overeenkomst bevat onder meer afspraken over de voortzetting door [verweerster 1] van werkzaamheden voor klanten van Van Noort Gassler.

(iii) Ten behoeve van de exploitatie van de cliëntenportefeuille is een vennootschap opgericht, Adsebu B.V. (hierna: Adsebu-nieuw). Enig aandeelhouder van Adsebu-nieuw is Van Noort Gassler & Co. Holding B.V. en bestuurder van

Adsebu-nieuw is Van Noort Gassler & Co. Directie B.V.

De (gestelde) vordering op grond van de overeenkomst

(iv) Van Noort Gassler diende op grond van de overeenkomst de koopprijs aan [verweerster 1] te betalen in zestig maandtermijnen, te beginnen op 31 januari 2014.

(v) Vanaf januari 2015 heeft Van Noort Gassler geen maandtermijnen meer betaald.

De (gestelde) vordering op grond van betalingen door [betrokkene 1]

(vi) In 2014 en 2015 heeft [betrokkene 1], met gebruikmaking van betalingsbevoegdheden die hem als vestigingsmanager van Adsebu-nieuw waren toegekend, verschillende betalingen gedaan vanaf de bankrekening van Adsebu-nieuw aan [verweerster 1], ter zake van diverse werkzaamheden die [betrokkene 1] stelt te hebben verricht voor Adsebu-nieuw.

(vii) Bij akte van cessie van 4 februari 2016 heeft Adsebu-nieuw aan Van Noort Gassler een door haar gepretendeerde vordering op [verweerster 1] gecedeerd. In deze akte is opgenomen dat de cessie betrekking heeft op de volgende vordering:

“b) [[verweerster 1]] heeft van [Adsebu-nieuw] ten laste van de bankrekening van [Adsebu-nieuw] € 70.480,- ohw [HR: onderhanden werk], € 188.664,40 openstaande debiteuren en € 27.500,- voorschot gewerkte uren aan zichzelf overgemaakt waardoor [Adsebu-nieuw] per heden van [[verweerster 1]] te vorderen heeft een bedrag van tenminste € 100.000,-”

(viii) Bij akte van (retro)cessie van 15 augustus 2016 – dat is na het vonnis van de rechtbank in deze zaak – zijn Van Noort Gassler en Adsebu-nieuw overeengekomen dat dezelfde vordering aan Adsebu-nieuw wordt (terug)gecedeerd. Daarvan is op diezelfde dag aan [verweerster 1] mededeling gedaan.

(ix) Adsebu-nieuw heeft bij dagvaarding van 30 augustus 2016 een vordering tegen [betrokkene 1] c.s. ingesteld op grond van onrechtmatige daad en onverschuldigde betaling. Adsebu-nieuw legt aan die vordering ten grondslag dat [verweerster 1], vertegenwoordigd door [betrokkene 1], zonder titel en zonder instemming van Adsebu-nieuw diverse bedragen heeft overgeboekt van de bankrekeningen van Adsebu-nieuw naar [verweerster 1].

63 Dat geldt dus ook voor het in rov. 4.8 en 4.14 van het tussenvonnissen overwogene, waaruit mede volgt dat van een definitieve beslissing ter zake nog geen sprake is.

2.2. In deze zaak vordert [verweerster 1], voor zover in cassatie van belang, veroordeling van Van Noort Gassler tot betaling van de maandtermijnen vanaf januari 2015 tot en met december 2018. [verweerster 1] legt aan deze vordering ten grondslag dat Van Noort Gassler haar betalingsverplichtingen uit de overeenkomst dient na te komen.

2.3. Van Noort Gassler heeft aangevoerd dat de vordering van [verweerster 1] is tenietgegaan door verrekening met de door Adsebu-nieuw aan Van Noort Gassler gecedeerde vordering op [verweerster 1]. Daarnaast heeft Van Noort Gassler, voor zover in cassatie van belang, aangevoerd dat zij haar betalingsverplichtingen kan opschorten.

2.4. De rechtbank heeft bij vonnis van 10 augustus 2016, voor zover in cassatie van belang, Van Noort Gassler veroordeeld tot betaling van (i) € 53.228,92 ten aanzien van de maandtermijnen over de periode van januari 2015 tot en met januari 2016 en (ii) de maandtermijnen van februari 2016 tot en met december 2018 uiterlijk op de 20e dag van iedere kalendermaand. Aan het verrekeningsverweer van Van Noort Gassler is de rechtbank met toepassing van art. 6:136 BW voorbijgegaan (rov. 4.2.1).

2.5. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank ten aanzien van de hiervoor in 2.4 onder (i) en (ii) genoemde veroordelingen vernietigd, omdat naar het oordeel van het hof de maandtermijnen verschuldigd werden op de laatste dag van de kalendermaand. Het hof heeft vervolgens, voor zover in cassatie van belang, Van Noort Gassler veroordeeld om aan [verweerster 1] te betalen de door het hof vastgestelde maandtermijnen over de maanden januari 2015 tot en met december 2018. Hiertoe heeft het hof onder meer als volgt overwogen.¹

Volgens Van Noort Gassler is de vordering van [verweerster 1] op Van Noort Gassler ten aanzien van de maandtermijnen tenietgegaan door het in eerste aanleg gedane beroep van Van Noort Gassler op verrekening met de door Adsebu-nieuw aan Van Noort Gassler gecedeerde vordering op [verweerster 1] ten aanzien van de door [betrokkene 1] verrichte betalingen. Van Noort Gassler betoogt dat de latere retrocessie daardoor niet meer van belang is. Daarnaast heeft Van

Noort Gassler terecht een beroep gedaan op opschorting van haar betalingsverplichtingen jegens [verweerster 1], aldus Van Noort Gassler. (rov. 3.10)

[verweerster 1] voert onder meer aan dat de vermeende tegenvordering (terug) is gecedeerd aan Adsebu-nieuw, zodat het beroep op verrekening niet (meer) relevant is, en dat dit ook geldt voor het beroep op opschorting. (rov. 3.11)

Een noodzakelijke voorwaarde voor verrekening is onder meer het bestaan van de bevoegdheid tot verrekening. De vraag of Van Noort Gassler over deze bevoegdheid beschikt, moet worden beantwoord op grond van de feiten en omstandigheden zoals die nu voorliggen, en niet op grond van een beoordeling ex tunc. (rov. 3.13)

Uit de akte van cessie van 4 februari 2016 (van Adsebu-nieuw aan Van Noort Gassler) en de akte van cessie van 15 augustus 2016 (van Van Noort Gassler aan Adsebu-nieuw), blijkt dat beide cessies zien op exact dezelfde gestelde vordering op [verweerster 1] – namelijk een vordering inzake de betalingen die [verweerster 1] aan zichzelf heeft gedaan. Het bestaan en de omvang van die (tegen)vordering staan niet vast en zijn voorwerp van een andere, thans aanhangige procedure (zie hiervoor in 2.1 onder (ix)). Het betreffende vorderingsrecht behoort nu dus niet meer toe aan Van Noort Gassler. Van Noort Gassler voert nog aan dat het rechtsgevolg van de door haar in eerste aanleg ingeroepen verrekening is ingetreden op 22 februari 2016, toen zij een verrekeningsverklaring heeft afgelegd, en dat de retrocessie slechts ziet op een deel van de (tegen)vordering. Dit betoog treft geen doel. De rechtbank heeft in het bestreden eindvonnis het beroep op verrekening immers verworpen, waardoor de werking aan de verrekeningsverklaring van Van Noort Gassler is ontnomen. Bovendien blijkt uit de bewoordingen van de akte van cessie van 15 augustus 2016 dat het de bedoeling is geweest om de gestelde tegenvordering in zijn geheel te cederen. De conclusie is dat Van Noort Gassler niet beschikt over de bevoegdheid om de vorderingen van [verweerster 1] te verrekenen met de inmiddels aan Adsebu-nieuw gecedeerde vordering op [verweerster 1]. (rov. 3.14)

3. Beoordeling van de middelen

3.1.1. Onderdeel A van middel I klaagt dat van een onjuiste rechtsopvatting getuigt het oordeel van het hof (in rov. 3.13) dat de vraag of Van

1 Gerechtshof Amsterdam 23 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1454.

Noort Gassler beschikt over de bevoegdheid tot verrekening, beantwoord moet worden op grond van de feiten en omstandigheden zoals die waren ten tijde van het arrest van het hof. Volgens het onderdeel dient deze vraag blijkens (het systeem van) de wet beantwoord te worden naar het moment waarop de bevoegdheid is ontstaan, of uiterlijk het moment waarop het beroep op de verrekening is gedaan. Dit raakt (onder meer) ook het oordeel van het hof in rov. 3.14, in welke overweging het hof bovendien heeft miskend dat het oordeel van de rechtbank met betrekking tot het beroep op verrekening niet in kracht van gewijsde is gegaan en dus niet de werking aan de verrekeningsverklaring van Van Noort Gassler heeft ontnomen, aldus het onderdeel.

3.1.2. Bij de beoordeling van een beroep op verrekening als bedoeld in art. 6:127 BW, gaat het erom of de schuldenaar de bevoegdheid tot verrekening zoals bedoeld in art. 6:127 lid 2 BW heeft op het moment dat hij aan de schuldeiser verklaart dat hij zijn schuld met een vordering verrekent. Indien dat op dat moment het geval is, gaan op grond van art. 6:127 lid 1 BW beide verbintenissen tot hun gemeenschappelijk beloop teniet en werkt de verrekening op grond van art. 6:129 lid 1 BW terug tot het tijdstip waarop de bevoegdheid tot verrekening is ontstaan.

3.1.3. Op grond van art. 6:136 BW kan de rechter een vordering ondanks een beroep van de schuldenaar op verrekening toewijzen, indien de gegrondheid van dit verweer niet op eenvoudige wijze is vast te stellen en de vordering overigens voor toewijzing vatbaar is.

Indien in een procedure bij wijze van verweer een beroep wordt gedaan op verrekening en de rechter dat verweer verwerpt met toepassing van art. 6:136 BW, komt die rechter aan een verdere beoordeling van de bevoegdheid van de schuldenaar tot verrekening als bedoeld in art. 6:127 lid 2 BW niet toe.

Indien de schuldenaar vervolgens in hoger beroep opkomt tegen de verwerping van zijn verrekeningsverweer op de voet van art. 6:136 BW, moet de rechter in hoger beroep, indien hij voor toepassing van art. 6:136 BW geen aanleiding ziet, alsnog beoordelen of de schuldenaar tot verrekening bevoegd was op het moment dat deze de verrekeningsverklaring uitbracht, overeenkomstig hetgeen hiervoor in 3.1.2 is overwogen.

3.1.4. Het hof heeft het beroep op verrekening door Van Noort Gassler verworpen. Het heeft

daarbij geen oordeel gegeven over de toepassing van art. 6:136 BW, maar (in rov. 3.13 en 3.14) uitsluitend beoordeeld of Van Noort Gassler de bevoegdheid tot verrekening als bedoeld in art. 6:127 lid 2 BW heeft. Het hof heeft daartoe (in rov. 3.13) geoordeeld dat de vraag of Van Noort Gassler beschikt over de bevoegdheid tot verrekening moet worden beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden zoals die voorlagen op het moment dat het hof arrest wees. Vervolgens heeft het hof (in rov. 3.14) op grond van feiten en omstandigheden die dateren van na het moment waarop Van Noort Gassler in eerste aanleg heeft verklaard tot verrekening over te gaan – namelijk de akte van cessie van 15 augustus 2016 (zie hiervoor in 2.1 onder (viii)) en het oordeel van de rechtbank over het beroep van Van Noort Gassler op verrekening – geoordeeld dat Van Noort Gassler niet (langer) beschikt over de bevoegdheid tot verrekening. Daarbij heeft het hof geoordeeld dat de verwerping door de rechtbank van het door Van Noort Gassler gedane beroep op verrekening, de werking aan de verrekeningsverklaring van Van Noort Gassler heeft ontnomen. Gelet op hetgeen hiervoor in 3.1.2 en 3.1.3 is overwogen, heeft het hof hiermee blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het heeft immers in het midden gelaten of de grieven slagen tegen het op de voet van art. 6:136 BW passeren van het verrekeningsverweer door de rechtbank, zodat de mogelijkheid is opengebleven dat de verrekeningsverklaring van Van Noort Gassler haar werking heeft gehad (zie hiervoor in 3.1.2), in welk geval de door het hof genoemde latere gebeurtenissen daaraan niet meer konden afdoen. Dit betekent dat de hiervoor in 3.1.1 weergegeven klachten slagen.

3.2. De overige klachten behoeven geen behandeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 23 april 2019;
- verwijst het geding naar het gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt [verweerster 1] en [verweerder 2] in de kosten van het geding in cassatie (...; red.).

NOOT

1. In deze zaak verweert een schuldenaar zich met een beroep op verrekening en opschorting. Zijn gepretendeerde tegenvordering is aan de schuldenaar gecedeerd door een gelieerde partij. De rechtbank heeft het verrekeningsverweer gepasseerd met toepassing van art. 6:136 BW. Na het vonnis is de tegenvordering weer terug overgedragen. In appel is het beroep op verrekening verworpen omdat de tegenvordering door deze retrocessie inmiddels niet meer toebehoorde aan de schuldenaar. Dit oordeel blijft in cassatie niet in stand. Het arrest van de Hoge Raad geeft aanleiding voor enkele opmerkingen over het toetsingsmoment bij een beroep op verrekening, de toepassing van art. 6:136 BW en de rol van een opschortingsverweer in dat verband.

2. Bij de beoordeling van een beroep op verrekening gaat het erom of de schuldenaar de bevoegdheid tot verrekening heeft op het moment dat hij aan de schuldeiser verklaart dat hij zijn schuld met een vordering verrekent, aldus de Hoge Raad in r.o. 3.1.2. Die overweging kan moeilijk verbazen, gelet op de tekst van art. 6:127 lid 1 BW. Het bestaan van een verrekeningsbevoegdheid wordt (*ex tunc*) getoetst naar het tijdstip waarop de verrekeningsverklaring wordt gedaan. Anders dan het hof in het bestreden arrest, vindt die beoordeling niet plaats (*ex nunc*) naar de feiten en omstandigheden op het moment waarop de rechter over het beroep op verrekening beslist. Feiten en omstandigheden die zich ná de verrekeningsverklaring hebben voorgedaan, doen geen afbreuk aan de reeds uitgeoefende bevoegdheid en het daaruit voortvloeiende rechtsgevolg dat de betrokken verbintenissen zijn gedelgd. Het hof had het verrekeningsverweer van de schuldenaar dus niet mogen verwerpen vanwege het feit dat hij zijn tegenvordering heeft gecedeerd nadat zij een verrekeningsverklaring had gedaan (vgl. r.o. 3.1.4).

3. Na verwijzing zal de rechter zich alsnog moeten buigen over het verrekeningsverweer. De rechter kan het beroep op verrekening passeren indien de gegrondheid van dit verweer niet op eenvoudige wijze is vast te stellen en de vordering overigens voor toewijzing vatbaar is (art. 6:136 BW). Deze bevoegdheid, ook bekend als de liquiditeitscorrectie, biedt de rechter een middel

om chicanes gedrag van een gedaagde partij tegen te gaan. De gegrondheid van een beroep op verrekening kan om allerlei redenen niet eenvoudig zijn vast te stellen door de rechter. De tegenvordering kan bijv. niet spoedig en eenvoudig in rechte worden vastgesteld (processuele illiquiditeit). De tegenvordering kan ook onvoldoende vaststaan naar haar bestaan, inhoud of omvang (materiële illiquiditeit). Bij de beoordeling om het verrekeningsverweer te passeren komt het aan op alle omstandigheden van het geval. Zie Schuijling, *Verrekening* (Mon. BW nr. B40) 2019/15 voor een aantal relevante factoren.

4. De eis in art. 6:136 BW dat “de vordering overigens voor toewijzing vatbaar is”, betekent dat de rechter eventuele andere verweren reeds in een eindbeslissing heeft verworpen. Deze eis is vooral van belang indien de schuldenaar, zoals in dit geval, tevens een opschortingsverweer voert. De rechter komt dan pas toe aan art. 6:136 BW na verwerping van het opschortingsrecht. Ten aanzien van een beroep op opschorting ontbreekt een met art. 6:136 BW vergelijkbare bevoegdheid voor de rechter om het verweer te passeren. Vgl. HR 1 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX5379 (*Wild Water World*). De rechter die over een opschortingsverweer dient te oordelen, zal moeten onderzoeken of de gestelde tegenvordering bestaat en of de omvang daarvan voldoende is om het beroep op een opschortingsrecht te kunnen rechtvaardigen (HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610 (*Ammerlaan/Enthoven*)). Een schuldenaar kan met een opschortingsverweer de rechter dus praktisch dwingen om de gegrondheid van de tegenvordering te beoordelen en op die manier zijn beroep op verrekening beveiligen.

5. Of het beroep op opschorting de schuldenaar in deze zaak zal baten, is nog maar de vraag. Door de retrocessie van zijn tegenvordering heeft hij geen opeisbare vordering meer op zijn schuldeiser, zoals verlangd door art. 6:52 lid 1 BW. Opschorting lijkt daarop af te stuiten. Het is echter niet uitgesloten dat de schuldenaar het opschortingsrecht mag blijven uitoefenen ten behoeve van de cessionaris. Zie daarover Streefkerk, *Opschortingsrechten* (Mon. BW nr. B32b) 2013/9.5.

prof. mr. B.A. Schuijling

75

Schorsing geding in hoger beroep indien op tijdstip faillietverklaring uitspraak is gedaan, maar hoger beroep nog niet aanhangig is gemaakt

Hoge Raad

18 december 2020, nr. 20/00303,

ECLI:NL:HR:2020:2100

(mr. De Groot, mr. Polak, mr. Tanja-van den

Broek, mr. Lock, mr. Ter Heide)

(Concl. A-G Drijber)

Noot mr. A.C.A.D. Bakker

Schorsing ex art. 29 Fw. Art. 29 Fw mede van toepassing indien op het tijdstip van de faillietverklaring reeds uitspraak is gedaan en tegen die uitspraak een rechtsmiddel wordt aangewend, maar het geding nog niet aanhangig is bij de rechter die kennisneemt van het rechtsmiddel. Hoge Raad komt terug van eerdere rechtspraak. Verwijzing naar onder meer HR 16 januari 2009, «JOR» 2009/95 (Wertenbroek q.q./erven Van Vlerken) en HR 23 september 2011, «JOR» 2011/354 (Dekker q.q./Van Schijndel).

[Fw art. 26, 29, 30]

Art. 29 Fw bepaalt dat voor zover tijdens de faillietverklaring aanhangige rechtsovereenkomsten voldoen van een verbintenis uit de boedel ten doel hebben, het geding na de faillietverklaring wordt geschorst, om alleen dan voortgezet te worden, indien de verificatie van de vordering betwist wordt. De bestaansgrond van deze bepaling is erin gelegen dat ook ten aanzien van een reeds aanhangige rechtsovereenkomst toepassing wordt gegeven aan de hoofdregel van art. 26 Fw, inhoudend dat vorderingen die voldoen van een verbintenis uit de boedel ten doel hebben, gedurende het faillissement op geen andere wijze worden ingesteld dan door indiening ter verificatie. Noch art. 29 Fw, noch art. 30 Fw, noch enige andere bepaling in de Faillissementswet bevat een regeling voor het geval dat op het tijdstip van de faillietverklaring reeds uitspraak is gedaan en tegen die uitspraak een rechtsmiddel wordt aan-

gewend, maar het geding nog niet aanhangig is bij de rechter die kennisneemt van het rechtsmiddel. Naar de letter kan art. 29 Fw dan geen effect sorteren, omdat het geding op dat tijdstip niet in enige instantie aanhangig is. De hiervoor genoemde bestaansgrond van art. 29 Fw en de door de art. 26 en 29 Fw gewaarborgde positie van de schuldeisers in het faillissement, die de vordering waarover het geding wordt gevoerd pas op de verificatievergadering kunnen betwisten, zijn echter reden om art. 29 Fw aldus uit te leggen dat deze bepaling ook in het hier bedoelde geval effect sorteert, en met ingang van het tijdstip waarop het geding aanhangig is bij de rechter die kennisneemt van het rechtsmiddel, leidt tot schorsing van rechtswege van het geding in die volgende instantie. Voor deze toepassing van art. 29 Fw geldt dat niet van belang is welke partij het rechtsmiddel aanwendt. Ongeacht of de schuldeiser dan wel de curator verzet doet, in hoger beroep gaat of cassatieberoep instelt, moet ervan worden uitgegaan dat, gelet op de toepasselijke rechtsmiddeltermijn, het desbetreffende rechtsmiddel in de eerste plaats wordt aangewend om te voorkomen dat de bestreden uitspraak onherroepelijk wordt. Anders dan de Hoge Raad eerder heeft overwogen (HR 16 januari 2009, «JOR» 2009/95 (Wertenbroek q.q./erven Van Vlerken) en HR 23 september 2011, «JOR» 2011/354 (Dekker q.q./Van Schijndel)), kan niet zonder meer ervan worden uitgegaan dat de curator met het enkele aanwenden van een rechtsmiddel reeds een (op een afgewogen beslissing berustende) keuze heeft gemaakt voor voortzetting van de procedure, en dat in dat geval om die reden de schorsingsregeling van art. 29 Fw geen toepassing vindt. In zoverre komt de Hoge Raad terug van die eerdere rechtspraak. Het hiervoor bedoelde geval moet worden onderscheiden van de gevallen dat de rechtbank of het gerechtshof het geding ten onrechte niet op de voet van art. 29 Fw als van rechtswege geschorst heeft aangemerkt, en in die instantie uitspraak is gedaan, waarna tegen die uitspraak het rechtsmiddel van verzet, hoger beroep of cassatieberoep wordt aangewend. In deze gevallen heeft de schorsingsoorzaak (het intreden van het faillissement) zich reeds in de vorige instantie voorgedaan. Het rechtsmiddel tegen de in die instantie, in strijd met de op de voet van art. 29 Fw van rechtswege ingetreden schorsing, gedane uitspraak, stelt partijen in staat de nietigheid van die uitspraak en van de daaraan voorafgaande, na het