

Over een ongegronde opschorting die geen tekortkoming was, maar wel leidde tot vergoeding van genoten voordeel

HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2517 (CIA/Heredium)

NTBR 2018/34

Is een schuldenaar schadelijktig jegens zijn schuldeiser in geval achteraf komt vast te staan dat zijn opschorting ongegrond was? De Hoge Raad beantwoordt die vraag bevestigend, mits het niet nakomen van de ongegrond opgeschorte verplichting tevens een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis is. Aan welke partij komt het eventueel door de opschorting genoten voordeel toe? Onder omstandigheden kan uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien dat de schuldenaar dit voordeel aan de schuldeiser is verschuldigd.

1. Inleiding

Heredium Coöperatie UA in liquidatie (hierna: 'Heredium') heeft haar aandelen in Heredium Magnum B.V. (hierna: 'Heredium Magnum') verkocht aan Creative Industry Amsterdam B.V. (hierna: 'CIA'). Tot het vermogen van Heredium Magnum behoorde een grachtenpand. Partijen hadden bij het sluiten van de overeenkomst aangenomen dat geen overdrachtsbelasting verschuldigd zou zijn, omdat het grachtenpand niet zou worden overgedragen.² Desondanks waren partijen overeengekomen dat Heredium de eventuele overdrachtsbelasting zou betalen.³

Tegen betaling van de koopprijs minus circa 10% heeft Heredium de aandelen aan CIA geleverd. De Belastingdienst heeft vervolgens aan CIA een naheffingsaanslag overdrachtsbelasting aangekondigd en later opgelegd. In verband met deze naheffingsaanslag heeft CIA haar verplichting tot betaling van de resterende koopsom van 10% opgeschort.

Nadat CIA bezwaar en beroep had ingesteld, heeft de rechtbank bij vonnis de beschikking, waarin de naheffingsaan-

slag was opgelegd,⁴ vernietigd. Het door de Belastingdienst ingestelde beroep tegen dat vonnis heeft het Gerechtshof Amsterdam bij arrest verworpen. Deze uitspraak werd onherroepelijk.

Volgens Heredium ontbrak het CIA door de vernietiging van de naheffingsaanslag (achteraf) aan de vereiste tegenvordering voor een rechtsgeldig beroep op opschorting. Met een beroep op het arrest *Ammerlaan/Enthoven* stelde Heredium dat CIA terstond in verzuim kwam te verkeren en aanstonds rente verschuldigd werd over de resterende koopsom.⁵ De Hoge Raad overwoog echter dat de opschorting door CIA in dit geval gerechtvaardigd was.⁶

CIA/Heredium geeft aanleiding om nader in te gaan op de vraag in hoeverre een schuldenaar bevoegd was de nakoming van zijn verbintenis op te schorten, als achteraf blijkt dat zijn tegenvordering niet bestond. Het arrest geeft ten tweede aanleiding om in te gaan op de vraag aan wie het eventueel door de opschorting genoten voordeel toekomt. Alvorens daarop in te gaan, wordt eerst het procesverloop in *CIA/Heredium* uiteengezet.

2. Procesverloop

De rechtbank oordeelde dat CIA vanaf het tijdstip van de aankondiging van de naheffingsaanslag haar betalingsverplichtingen mocht opschorten en niet in verzuim was geraakt. CIA was de door Heredium gevorderde rente en contractuele boete daarom niet verschuldigd.⁷

Het hof overwoog dat in dit geval zich niet het 'normale' geval voordeed dat achteraf de vordering niet blijkt te hebben bestaan of een geringere omvang blijkt te hebben dan ten tijde van de opschorting werd verondersteld.⁸ De opschorting van CIA vond zijn rechtvaardiging in een op dat moment bestaande fiscale claim. Het hof oordeelde dat CIA zich met het haar beroep op het opschortingsrecht niet schuldig had gemaakt aan wanprestatie. Daarom was geen

¹ Citeerwijze: G.J. Boeve, 'Over een ongegronde opschorting die geen tekortkoming was, maar wel leidde tot vergoeding van genoten voordeel. HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2517 (*CIA/Heredium*)', *NTBR* 2018/34, afl. 8. Mr. G.J. (Gert Jan) Boeve is advocaat bij Van Benthem & Keulen B.V. en als buitenpromovendus verbonden aan Universiteit Leiden.

² Overdrachtsbelasting kan ook verschuldigd zijn bij een aandelenoverdracht, als het vermogen van de vennootschap, kort gezegd, voor het grootste deel (heeft) bestaan uit onroerende zaken die voor 30% in Nederland zijn gelegen en het bedrijf van de vennootschap bestaat uit de exploitatie van deze onroerende zaken (art. 4 Wet op belastingen van rechtsverkeer).

³ Art. 12.1 onder b van de koopovereenkomst, zie HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2517, *NJ* 2017/384, m.nt. Jac. Hijma en *JOR* 2017/58, m.nt. J.J. Dammingh (*CIA/Heredium*), r.o. 3.2.2. Hierna verkort aangehaald als '*CIA/Heredium*'.

⁴ Hierna verkort tot 'de naheffingsaanslag'.

⁵ HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610, *NJ* 2009/50, m.nt. Jac. Hijma (*Ammerlaan/Enthoven*), r.o. 4.6. Hierna verkort aangehaald als '*Ammerlaan/Enthoven*'.

⁶ *CIA/Heredium*, r.o. 4.5.

⁷ Rb. Amsterdam 11 december 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8890, r.o. 4.4-4.5.

⁸ Wat op zichzelf een opmerkelijke overweging is, omdat in dit geval, na de vernietiging van de naheffingsaanslag, achteraf de vordering niet blijkt te hebben bestaan, zodat het één van de 'normale' gevallen is.

sprake van verzuim.⁹ De vordering tot betaling van de contractuele boete wees het hof af.

Ten aanzien van de gevorderde rente overwoog het hof daarentegen dat CIA als gevolg van haar beroep op opschorting de beschikking heeft gehad over de resterende koopsom. Heredium had (onbetwist) gesteld dat CIA daarmee een rentevoordeel had gehad en dat Heredium daarmee betrokken was geraakt bij het ondernemersrisico van CIA. Het hof oordeelde daarom dat de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrachten dat CIA de helft van de wettelijke handelsrente over de door haar opgeschorte resterende koopsom was verschuldigd aan Heredium.¹⁰

Heredium stelde cassatieberoep in, allereerst tegen het oordeel dat CIA niet in verzuim was komen te verkeren. De Hoge Raad nam als uitgangspunt:

“De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610, NJ 2009/50 ([Ammerlaan/Enthoven]), onder meer – met verwijzing naar art. 6:83, aanhef en onder c, BW – geoordeeld dat een achteraf geheel of ten dele ongegrond gebleken beroep op een opschortingsrecht meebrengt dat degene die dit beroep deed, terstond als schuldenaar zonder ingebrekestelling in verzuim kwam te verkeren.”¹¹

Vervolgens boog de Hoge Raad zich over het geval *CIA/Heredium*. Geldt de regel uit *Ammerlaan/Enthoven* onverkort als het beroep op het opschortingsrecht verband houdt met een vordering die de Belastingdienst meent te hebben op CIA en die vordering op haar beurt verband houdt met de rechtsverhouding tussen CIA en Heredium?¹² De Hoge Raad overwoog:

“In een zodanig geval brengt het enkele feit dat de door de derde ingeroepen vordering achteraf ongegrond is gebleken, in de verhouding tussen partijen niet zonder meer mee dat degene die de voldoening van zijn tegenprestatie in verband met die door een derde gestelde vordering geheel of gedeeltelijk heeft opgeschort, geacht moet worden terstond als schuldenaar zonder ingebrekestelling in verzuim te verkeren. Het oordeel dat een partij bij een overeenkomst als schuldenaar in verzuim verkeert, impliceert immers dat zij – toerekenbaar – tekortschiet, dat wil zeggen dat haar handelen (of nalaten) in enig opzicht ten achter bleef bij hetgeen de overeenkomst in de gegeven omstandigheden van haar vergde (vgl. Parl. Gesch. Boek 6 p. 258). Het antwoord op de vraag wát de overeenkomst in de gegeven omstandigheden van de schuldenaar vergde – en dus ook of hij tegenover zijn contractuele wederpartij tekortschoot door de voldoening van zijn prestatie voorshands geheel of ten dele op te schorten – kan slechts worden gegeven door

uitleg van die overeenkomst met inachtneming van alle op dat moment relevante omstandigheden van het geval. Tot die omstandigheden behoren in een geval als het onderhavige met name de vraag voor wiens risico het optreden van de derde komt, mede gelet op de deugdelijkheid van de onderbouwing van de door de derde ingeroepen vordering en eventuele bijzondere contractuele bepalingen.”¹³

Uit het arrest van het hof leidde de Hoge Raad af dat het optreden van de derde, de Belastingdienst, in de zin van het opleggen van de naheffingsaanslag, in de verhouding tussen partijen voor risico van Heredium kwam. Omdat de naheffingsaanslag ‘opeisbaar en invorderbaar [was] en een niet meer weg te denken realiteit [vormde]’,¹⁴ was de vordering van de Belastingdienst naar het oordeel van het hof voldoende onderbouwd. Dat achteraf kwam vast te staan dat de naheffingsaanslag ten onrechte was opgelegd, bracht daarin naar het oordeel van het hof geen wijziging.¹⁵

Het hof oordeelde daarmee dat het beroep van CIA op een opschortingsrecht niet achteraf geheel of ten dele ongegrond was gebleken, ook al was de naheffingsaanslag uiteindelijk door de rechter vernietigd.¹⁶ Dat oordeel casseerde de Hoge Raad niet.¹⁷ De Hoge Raad overwoog vervolgens:

“Op zichzelf terecht voeren de onderdelen 1a en 1d aan dat de vernietiging van de naheffingsaanslag terugwerkende kracht had, zodat – achteraf bezien – deze aanslag in de verhouding tussen de Belastingdienst en CIA nimmer de daarmee beoogde rechtsgevolgen heeft gehad. Maar in de verhouding tussen partijen bij de koopovereenkomst – CIA en Heredium – was en bleef deze naheffingsaanslag in de periode dat zij nog niet (onherroepelijk) was vernietigd, mede bepalend voor hetgeen die overeenkomst in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid van CIA vergde. Ingevolge art. 12.1, aanhef en onder (b), van de koopovereenkomst was Heredium immers in de verhouding tussen partijen de materieel belanghebbende bij het door CIA tegen de naheffingsaanslag gevoerde verweer omdat de genoemde bepaling meebracht dat Heredium in relatie tot CIA het risico droeg van het slagen of falen van dit verweer. De opschorting was dus – ook achteraf bezien, met inachtneming van de vernietiging van de naheffingsaanslag – in de relatie tussen partijen gerechtvaardigd, zodat CIA door die opschorting niet tegenover Heredium tekortschoot.”¹⁸

Ten aanzien van de klachten van CIA tegen het oordeel van het hof over de verschuldigdheid van de helft van de wette-

9 Gerechtshof Amsterdam 7 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1290, r.o. 3.2.

10 Gerechtshof Amsterdam 7 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1290, r.o. 3.6.

11 *CIA/Heredium*, r.o. 4.2, letterlijk cf. *Ammerlaan/Enthoven*, r.o. 4.6.

12 *CIA/Heredium*, r.o. 4.3.

13 *CIA/Heredium*, r.o. 4.3.

14 Zie Gerechtshof Amsterdam 7 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1290, r.o. 3.2.

15 *CIA/Heredium*, r.o. 4.4.1-4.4.2.

16 *CIA/Heredium*, r.o. 4.5.

17 *CIA/Heredium*, r.o. 4.5.

18 *CIA/Heredium*, r.o. 4.5.

lijke handelsrente over de opgeschorte koopsof, overwoog de Hoge Raad dat:

“(...) het hof niet deze bepaling [art. 6:119a BW] heeft toegepast, maar een op (de aanvullende werking van) de maatstaven van redelijkheid en billijkheid gebaseerde beslissing heeft gegeven, mede gelet op art. 6:212 BW. Klaarblijkelijk zag het hof daartoe aanleiding op de grond dat weliswaar de opschorting van de resterende betalingsverplichting door CIA in de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd was, maar dat daaruit niet zonder meer volgt dat het met genoemde maatstaven in overeenstemming is dat CIA ook het daardoor behaalde rentevoordeel in zijn geheel mag behouden.”¹⁹

CIA klaagde onder meer dat het hof met de toewijzing van de rente op deze grondslag een ontoelaatbare verrassingsbeslissing had gegeven, omdat Heredium uitsluitend de wettelijke handelsrente had gevorderd.

“[Deze] klacht treft doel. Het hof kon weliswaar tot het oordeel komen dat de toegewezen rentevordering viel binnen de grenzen van de rechtsstrijd (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.29), maar het heeft een ontoelaatbare verrassingsbeslissing gegeven nu tussen partijen geen debat heeft plaatsgevonden over het rentevoordeel dat CIA in feite heeft gehad als gevolg van de opschorting van het nog verschuldigde restant van de koopprijs.”²⁰

3. Opschorting door schuldenaar vanwege een (achteraf) niet-bestaande vordering van derde op schuldenaar waarvoor schuldeiser aansprakelijk is: geen tekortkoming

Eén van de vereisten voor een bevoegdheid tot opschorting is dat de schuldenaar een opeisbare vordering op zijn schuldeiser heeft (art. 6:52 lid 1 BW). In *Ammerlaan/Enthoven* heeft de Hoge Raad overwogen dat een vordering tot schadevergoeding opeisbaar is vanaf het moment dat de schade is geleden en aan de voorwaarden voor aansprakelijkheid is voldaan. Dat de omvang van de vordering dan nog niet vaststaat, doet daaraan niet af. Degene die zich beroept op het opschortingsrecht, zal zijn gestelde tegenvordering en de omvang daarvan voldoende moeten onderbouwen, mede in het licht van het door de wederpartij gevoerde verweer.

“Tegen [die] achtergrond (...) zal de rechter die over een opschortingsverweer dient te oordelen, al naar gelang het daartegen gevoerde verweer, moeten onderzoeken of de gestelde tegenvordering bestaat en of de omvang daarvan voldoende is om het beroep op een opschortingsrecht te kunnen rechtvaardigen. Evenwel zal de rechter in gevallen als hiervoor bedoeld, waarin nog

bewijslevering of een afzonderlijke procedure moet volgen voordat (de omvang van) de tegenvordering van een partij die zich ter verrekening op een opschortingsrecht beroept, vaststaat, bij de beoordeling of de opschorting gerechtvaardigd is mogen volstaan met een voorshands oordeel omtrent (de omvang van) die tegenvordering.”²¹

Achteraf kan de gestelde tegenvordering een andere omvang blijken te hebben dan werd gedacht²² of blijken niet te bestaan.

“Dit brengt echter niet mee dat het beroep op een opschortingsrecht op die enkele grond geen stand kan houden. Als dit anders zou zijn, zou onvoldoende recht worden gedaan aan de omstandigheid dat een beroep op opschorting ter verrekening mede het karakter heeft van zekerheid voor de voldoening door middel van verrekening van deze tegenvordering, waaraan in het rechtsverkeer behoefte bestaat. In dit verband is bovendien van belang dat een achteraf geheel of ten dele ongegrond gebleken beroep op opschorting meebrengt dat degeen die dit beroep deed, terstond als schuldenaar zonder ingebrekestelling in verzuim kwam te verkeren (art. 6:83, aanhef en onder c), zodat hij aanstonds de wettelijke rente verschuldigd werd over de door hem nog verschuldigde geldsom (art. 6:74 in verbinding met art. 6:119 lid 1).”²³

Annotator Hijma heeft bij *CIA/Heredium* treffend opgemerkt dat de laatste zin in deze overweging van de Hoge Raad inhoudt dat de onterechte opschortingsverklaring rechtens dus ineens schrompelt tot de dorre mededeling van de schuldenaar dat hij in de nakoming van zijn (betalings)verplichting zal tekortschieten, zodat het verzuim zonder ingebrekestelling intreedt (art. 6:83 onder c BW).²⁴ Dit geldt ook voor de onterecht uitgebrachte ontbindingsverklaring,²⁵ de niet rechtsgeldige opzegging,²⁶ het onrechtmatig gelegd conser-

21 *Ammerlaan/Enthoven*, r.o. 4.6. Bevestigd in HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4907, NJ 2012/91 (*Eureteo/Naeije*), r.o. 3.5.4.

22 Dat houdt verband met het proportionaliteitsvereiste voor een bevoegde opschorting. Op basis van de waarde van de prestaties (bij het algemene opschortingsrecht) of de mate waarin die over en weer niet worden nagekomen (bij de *exceptio non adimpleti contractus*), kan de rechter een oordeel geven over de vraag in hoeverre de opschorting proportioneel was (C.A. Streefkerk, *Opschortingsrechten* (Mon. BW nr. B32b), Deventer: Kluwer 2013, p. 52 en 69). Voor zover de (vastgestelde) tegenvordering een lagere waarde heeft of als komt vast te staan dat de schuldenaar in meerdere mate zijn verbintenis jegens de schuldeiser opschortte, zou de opschorting disproportioneel kunnen zijn. Het alsdan ten dele ongegrond gebleken beroep opschorting komt voor rekening en risico van de schuldenaar (*Ammerlaan/Enthoven*, r.o. 4.6). Streefkerk merkt op dat partijen dan over en weer verdragingschade verschuldigd zouden kunnen zijn: de schuldenaar over het onterecht opgeschorte gedeelte van zijn schuld en de schuldeiser over het bedrag van de schadevergoeding (Streefkerk, t.a.p., p. 69)). Omdat *CIA/Heredium* gaat over een achteraf niet bestaande tegenvordering, zal niet nader op de disproportionaliteit van opschorting worden ingegaan.

23 *Ammerlaan/Enthoven*, r.o. 4.6.

24 Hijma in paragraaf 3 bij *CIA/Heredium*.

25 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1684, NJ 2012/684, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*G4 Beheer/Hanzevast*), r.o. 3.3.2. Zie hierover ook Hijma in paragraaf 3 bij *CIA/Heredium*.

26 Vgl. *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/180*.

19 *CIA/Heredium*, r.o. 5.2.

20 *CIA/Heredium*, r.o. 5.3.2.

vatoir beslag²⁷ en het voorbarig nemen van executiemaatregelen²⁸ door bijvoorbeeld voldoening van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis af te dwingen.²⁹

Aan deze conclusie, dat de onterechte opschortingsverklaring verwordt tot de mededeling dat de schuldenaar zal tekortschieten, doet niet af of de schuldenaar op verdedigbare gronden meende een vordering te hebben op zijn schuldeiser.³⁰ De wet voorziet (in beginsel)³¹ niet in een uitzondering op deze regel. Bevestiging daarvoor kan gevonden worden in *Euretco/Naeije*, waarin de Hoge Raad overwoog:

“Uit genoemd arrest [*Ammerlaan/Enthoven*] (...) vloeit voort dat, indien in een later gevoerde arbitrageprocedure bepaald zou worden dat de koopsom niet (of slechts in geringe mate) wordt bijgesteld, Euretco zich op eigen risico van het opschortingsverweer heeft bediend, ook indien de rechter in de onderhavige procedure dat verweer voorshands gegrond heeft geoordeeld; dat brengt dan mee dat het opschortingsverweer alsnog ongegrond blijkt te zijn geweest, en dat de ontbinding door Naeije van de geldleningsovereenkomst achteraf bezien terecht is geweest.”³²

Dat laatste is vergelijkbaar met het geval *CIA/Heredium*. Nadat in rechte de naheffingsaanslag was vernietigd, moet CIA geacht worden nooit een opeisbare tegenvordering op Heredium te hebben gehad. Dat betekent (in beginsel) dat het opschortingsverweer van CIA alsnog ongegrond blijkt te zijn geweest en dat het niet betalen van de resterende koopsom achteraf bezien niet terecht is geweest.

CIA zou daarom terstond als schuldenaar zonder ingebrekestelling in verzuim komen te verkeren. De vraag naar verzuim is echter pas aan de orde als sprake is van een toerekenbare tekortkoming. Het oordeel dat CIA met de ongegronde opschorting in verzuim verkeerde veronderstelt – in de woorden van de Hoge Raad: *impliciteert*³³ – het bestaan van die toerekenbare tekortkoming.

Maar de vraag rijst of sprake was van een tekortkoming van CIA. Een tekortkoming betekent dat het handelen van CIA achterbleef bij hetgeen de overeenkomst in de gegeven omstandigheden van haar vergde, zo overwoog de Hoge Raad,

aansluitend bij de wetsgeschiedenis.³⁴ Dat is een vraag van contractsuitleg, met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het geval. In een geval als *CIA/Heredium* behoren tot die omstandigheden *met name* de vraag voor wiens risico het optreden van de derde komt, *mede* gelet op de deugdelijkheid van de onderbouwing van de door de derde ingeroepen vordering en eventuele bijzondere contractuele bepalingen.³⁵

In de verhouding tussen CIA en Heredium bleef de naheffingsaanslag, in de periode dat zij nog niet was vernietigd, mede bepalend voor hetgeen de overeenkomst in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid van CIA vergde.³⁶ De overeenkomst vergde niet van CIA dat zij haar verplichting tot betaling van de resterende koopsom in dat geval zou opschorten. De overeenkomst vergde van CIA dat zij verweer tegen de naheffingsaanslag zou voeren, omdat uit de afspraak dat Heredium de eventuele overdrachtsbelasting aan CIA zou betalen voortvloeide dat Heredium materieel belanghebbende was bij de vernietiging van de (deugdelijk onderbouwde)³⁷ naheffingsaanslag en dus het verweer van CIA.³⁸ Dat verweer kon enkel CIA voeren, omdat Heredium geen formeel belanghebbende was.³⁹ In deze omstandigheden was het gerechtvaardigd dat CIA de resterende koopprijs niet aan Heredium betaalde zolang de naheffingsaanslag niet was vernietigd. Met die opschorting schoot CIA niet tekort tegenover Heredium, aldus de Hoge Raad, ook niet achteraf bezien toen de naheffingsaanslag was vernietigd.⁴⁰ Mogelijk dat de Hoge Raad hierbij ook het oog had op de overeengekomen bevoegdheid van CIA om het bedrag van een eventueel betaalde naheffingsaanslag te verrekenen met de resterende koopprijs (als zijnde de omstandigheid van een bijzondere contractuele bepaling), maar dat blijkt niet zo expliciet.⁴¹

Het oordeel van het hof hield volgens de Hoge Raad in de formulering van *Ammerlaan/Enthoven* in dat het beroep van CIA op een opschortingsrecht *niet* achteraf geheel of ten dele ongegrond was gebleken, ook al was de naheffingsaanslag uiteindelijk vernietigd.⁴² Het oordeel dat het niet-betalen door CIA een gegronde opschorting was casseerde de Hoge Raad dus niet.

27 HR 14 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2105, NJ 1997/481, m.nt. H.J. Snijders (*De Ruijterij/MBO-Ruiters*), r.o.3.3.
 28 HR 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:542, NJ 2016/189, m.nt. red. aant. (*Duck/Hager*), r.o. 3.3.2.
 29 C.A. Streefkerk, *Opschortingsrechten* (Mon. BW nr. B32b), Deventer: Kluwer 2013, p. 68-69. Zie ook J. de Bie Leuveling Tjeenk, ‘Opschortingsrecht bij een overnamecontract’, in: *MvV* 2016/11, p. 304.
 30 C.A. Streefkerk, *Opschortingsrechten* (Mon. BW nr. B32b), Deventer: Kluwer 2013, p. 68-69 en J. de Bie Leuveling Tjeenk, ‘Opschortingsrecht bij een overnamecontract’, in: *MvV* 2016/11, p. 304.
 31 Vanwege de mogelijk beperkende werking van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW). Zie in dat kader ook J.B. Spath, ‘Tijd voor een reality check’, *NTBR* 2017/5.
 32 HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4907, NJ 2012/91 (*Euretco/Naeije*), r.o. 3.5.4.
 33 *CIA/Heredium*, r.o. 4.3.

34 Parl. Gesch. Boek 6, p. 258, zie *CIA/Heredium*, r.o. 4.3.

35 *CIA/Heredium*, r.o. 4.3.

36 *CIA/Heredium*, r.o. 4.5.

37 In de woorden van het hof: ‘opeisbaar en invorderbaar en vormt een niet meer weg te denken realiteit’ (Gerechtshof Amsterdam 7 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1290, r.o. 3.2).

38 *CIA/Heredium*, r.o. 4.5. Het hof op grond daarvan ook geoordeeld dat de door CIA gemaakte (proces)kosten in verband met de vernietiging van de naheffingsaanslag voor rekening kwamen van Heredium (*CIA/Heredium*, r.o. 4.4.1).

39 De beschikking waarin de naheffingsaanslag was opgelegd is een belastingaanslag als bedoeld in de AWR en daartegen staat bezwaar en beroep open voor de belanghebbende tot wie deze zich richt (art. 2 lid 1 WBR jo. art. 1 lid 1 en 2 AWR jo. art. 2 lid 3 onder e AWR jo. art. 1:3 lid 1 en 2 Awb jo. art. 26 lid 1 onder a AWR jo. art. 26a lid 1 onder a en c AWR).

40 *CIA/Heredium*, r.o. 4.5.

41 Art. 10.14 van de koopovereenkomst, zie *CIA/Heredium*, r.o. 3.2.2.

42 *CIA/Heredium*, r.o. 4.5.

De overweging van de Hoge Raad dat CIA gegrond opschortte, althans met haar opschorting niet tekort schoot jegens Heredium, werkt verwarrend. De tekortkoming in geval van een ongegronde opschorting is niet het beroep op een opschortingsrecht, maar het niet nakomen van de opeisbare verbintenis jegens de schuldeiser. Een gegronde opschorting veronderstelt bovendien het bestaan van een tegenvordering en dat was nu juist waar het CIA (achteraf) aan ontbrak. Wellicht zou uit de overwegingen kunnen worden afgeleid dat onder omstandigheden aan het vereiste van een opeisbare tegenvordering voor een (ook achteraf gezien) rechtsgeldige opschorting niet te zwaar mag worden getild. Een vingerwijzing daarvoor zou reeds kunnen worden gevonden in *Ammerlaan/Enthoven*. Daarin overwoog de Hoge Raad dat wanneer de gestelde tegenvordering achteraf een andere omvang blijkt te hebben dan aannemelijk werd geacht, dit niet met zich brengt dat het beroep op een opschortingsrecht op *die enkele grond* geen stand kan houden.⁴³ Uit de daarop volgende zinsnede over 'een achteraf geheel of ten dele ongegrond gebleken beroep op opschorting' kan worden afgeleid dat een andere omvang van de tegenvordering ook kan betekenen dat de vordering nihil was.

De vraag rijst echter of het niet-betalen door CIA in deze omstandigheden wel zou moeten kwalificeren als een beroep op opschorting. De overeenkomst vergde niet van CIA dat zij in deze omstandigheden de resterende koopprijs zou betalen.⁴⁴ De vordering van Heredium was dus niet opeisbaar. Daarvan uitgaande had CIA geen behoefte aan een opschortingsrecht, want zij kon zich verweren met een beroep op de niet-opeisbaarheid van haar schuld.⁴⁵ Het niet-nakomen van de betalingsverplichting door CIA zou ook dan geen (toerekenbare) tekortkoming in de nakoming van die verplichting zijn geweest. Zonder (toerekenbare) tekortkoming kon CIA evenmin in verzuim komen te verkeren en werd zij niet aanstonds de wettelijke rente verschuldigd over de resterende koopprijs.⁴⁶ Weliswaar leidt dit tot dezelfde rechtsgevolgen, maar relevant is dat voor dit verweer geen opeisbare tegenvordering is vereist.

In de formulering van *Ammerlaan/Enthoven* leert *CIA/Heredium* dat een achteraf geheel of ten dele ongegrond gebleken beroep op opschorting meebrengt dat degene die dit beroep deed, terstond als schuldenaar zonder ingebrekestelling in verzuim kwam te verkeren (art. 6:83, aanhef en onder c BW), zodat hij aanstonds de wettelijke rente verschuldigd werd over de door hem nog verschuldigde geldsom (art. 6:74 in verbinding met art. 6:119 lid 1 BW), indien het niet betalen van deze geldsom

een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis is. Of dat laatste zo is, is een vraag van contractsuitleg.

CIA/Heredium zou dan ook niet als een zodanige nuance van *Ammerlaan/Enthoven* moeten worden opgevat dat een beroep op een opschortingsrecht in verband met een door een derde ingeroepen vordering, die achteraf ongegrond is gebleken, (steeds) gerechtvaardigd is.⁴⁷ Cruciaal voor die conclusie in *CIA/Heredium* was de afspraak tussen partijen dat de naheffingsaanslag voor risico van Heredium kwam, waaruit voortvloeide dat *CIA/Heredium* niet gehouden was de resterende koopsom te betalen, zolang de naheffingsaanslag opeisbaar en invorderbaar was.

4. Opschorting en genoten (rente)voordeel

Een gegronde opschorting leidt tot schuldeisersverzuim (art. 6:59 BW). De schuldenaar kan niet in verzuim raken zolang het schuldeisersverzuim voortduurt (art. 6:61 lid 2 BW). De schuldenaar is dan niet de wettelijke rente over de nog verschuldigde geldsom verschuldigd (art. 6:119 lid 1 BW). De schuldenaar is in geval van een handelsovereenkomst ook niet de wettelijke handelsrente verschuldigd (art. 6:119a lid 7 BW).⁴⁸

"Met dit wettelijk stelsel en de daaraan ten grondslag liggende ratio strookt het om als uitgangspunt te aanvaarden dat de schuldenaar tijdens het schuldeisersverzuim geen bedongen rente verschuldigd wordt. Het is dan immers aan de schuldeiser toe te rekenen dat de schuldenaar zijn verbintenis tot voldoening van de geldsom nog niet heeft kunnen nakomen, zodat het in beginsel redelijk is dat ten laste van hem geen bedongen rente meer loopt. Uit de rechtsverhouding van partijen, mede gelet op de omstandigheden van het geval en de eisen van redelijkheid en billijkheid, kan anders voortvloeien."⁴⁹

Een andere vraag is echter of de schuldenaar het rentevoordeel dat hij geniet als gevolg van de opschorting van de prestatie (betaling), zou moeten afdragen aan de schuldeiser op het moment dat het schuldeisersverzuim eindigt. Onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis bij artikel 6:37 BW, merkte A-G Wissink op dat in het kader van het schuldeisersverzuim geen verplichting van de schuldenaar bestaat om het verschuldigde bedrag rentedragend te beleggen of om intussen gekweekte rente af te dragen, maar dat een verplichting daartoe kan voortvloeien uit de eisen van redelijkheid en billijkheid.⁵⁰ Hiermee vergelijkbaar overwoog de Hoge Raad:

43 *Ammerlaan/Enthoven*, r.o. 4.6.

44 *CIA/Heredium*, r.o. 4.5.

45 Vgl. *Asser/Sieburgh 6-I 2012/272*. Een vergelijking met de *Vorleistungspflicht* dringt zich wellicht op, maar het betreft niet het geval dat één van de partijen eerst diende te presteren voordat de ander zou moeten presteren (zie hierover Klomp, *CS Verbintennisrecht*, art. 6:52 BW, aant. 3). Partijen waren in afwachting van antwoord op de vraag of CIA de resterende koopprijs met de alsdan definitieve naheffingsaanslag zou kunnen verrekenen.

46 Voor de volledigheid zij vermeld dat evenmin de wettelijke handelsrente ex art. 6:119a BW werd verschuldigd, indien van toepassing. Daarvoor is weliswaar geen verzuim vereist, maar wel opeisbaarheid van de vordering.

47 Vgl. M.E. Witting, 'Hoge Raad nuanceert eerder arrest over gevolgen onrecht beroep op opschorting', *Cassatieblog.nl* 1 december 2016.

48 Zie hierover uitgebreider de conclusie van A-G Wissink 12 augustus 2016, ECLI:NL:PHR:2016:860, r.o. 3.17.1-3.17.3. Hierbij wordt opgemerkt dat dit sinds 1 juli 2017 in lid 7 staat.

49 HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2227, NJ 2017/72, m.nt. T. Tjong Tjin Tai (*Van Dijk/Lenningh*), r.o. 5.3.3.

50 Conclusie A-G Wissink 12 augustus 2016, ECLI:NL:PHR:2016:860, r.o. 3.19, met verwijzing naar Parl. Gesch. Boek 3, p. 1223.

“Indien de schuldenaar door het uitblijven van betaling als gevolg van het schuldeisersverzuim een voordeel geniet, bijvoorbeeld doordat hij over het bedrag van de verschuldigde geldsom rente ontvangt zolang hij het bedrag niet aan de schuldeiser heeft kunnen voldoen, kan onder omstandigheden uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien dat hij dit voordeel geheel of ten dele aan de schuldeiser verschuldigd is.”⁵¹

Het arrest van het hof sluit hierbij aan. Op grond van (de aanvullende werking van) de maatstaven van de redelijkheid en billijkheid en mede gelet op artikel 6:212 BW,⁵² veroordeelde het hof CIA tot vergoeding van de helft van het percentage van de wettelijke handelsrente aan Heredium.⁵³ De Hoge Raad overwoog ten aanzien van dat oordeel:

“Klaarblijkelijk zag het hof daartoe aanleiding op de grond dat weliswaar de opschorting van de resterende betalingsverplichting door CIA in de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd was, maar dat daaruit niet zonder meer volgt dat het met genoemde maatstaven in overeenstemming is dat CIA ook het daardoor behaalde rentevoordeel in zijn geheel mag behouden.”⁵⁴

Ondanks dat Heredium niet een op de maatstaven van redelijkheid en billijkheid gebaseerde rentevergoeding had gevorderd voor het geval CIA niet in verzuim zou zijn geweest, kon het hof volgens de Hoge Raad wel tot het oordeel komen dat de op die grond toegewezen rentevordering viel binnen de grenzen van de rechtsstrijd. De toegewezen omvang van het genoten voordeel was echter een ontoelaatbare verrassingsbeslissing,⁵⁵ omdat tussen partijen nog geen debat had plaatsgevonden over het rentevoordeel dat CIA in feite had gehad als gevolg van de opschorting van het nog verschuldigde restant van de koopprijs.⁵⁶

51 HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2227, NJ 2017/72, m.nt. T. Tjong Tjin Tai (*Van Dijk/Lenningh*), r.o. 5.3.4. Volgens de Hoge Raad draagt de schuldeiser de stelplicht en bewijslast van het genoten voordeel, maar de schuldenaar zal aanknopingspunten moeten verschaffen aan de schuldeiser om aan zijn stelplicht en bewijslast te voldoen, met name door feiten en omstandigheden aan te voeren waaruit volgt dat hij geen voordeel geniet van het uitblijven van betaling (HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2227, NJ 2017/72, m.nt. T. Tjong Tjin Tai (*Van Dijk/Lenningh*), r.o. 5.3.4.). Door de schuldenaar in het kader van de bewijslast van de schuldeiser op te dragen aan te voeren waarom hij geen voordeel heeft genoten, lijkt de schuldenaar impliciet (toch) de bewijslast te dragen en nog wel van een negatief feit. Volgens annotator Tjong Tjin Tai had de Hoge Raad ervoor kunnen kiezen voor dit geval de bewijslast om te keren (HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2227, NJ 2017/72, m.nt. T. Tjong Tjin Tai (*Van Dijk/Lenningh*), paragraaf 4).

52 De verwijzing naar art. 6:212 BW lijkt te volgen uit de zinsnede ‘op niet te rechtvaardigen wijze in een voordeliger positie wordt gebracht dan wanneer de fiscale claim zich niet zou hebben voorgedaan’ (Gerechtshof Amsterdam 7 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1290, r.o. 3.2). Zie hierover de conclusie van A-G Wissink 12 augustus 2016, ECLI:NL:PHR:2016:860, r.o. 3.21.

53 Gerechtshof Amsterdam 7 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1290, r.o. 3.2 en 3.6.1.

54 *CIA/Heredium*, r.o. 5.2.

55 Zie over verrassingsbeslissingen HR 31 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:212, NJ 2014/89, m.nt. red. aant. (*Koolman/Arubags*), met verwijzing naar HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3997, NJ 2004/34, m.nt. W.D.H. Asser (*Caribic/St. Town House*).

56 *CIA/Heredium*, r.o. 5.3.

Terugkomend op de opgeworpen vraag of het niet betalen van CIA wel zou moeten kwalificeren als een beroep op opschorting en uitgaande van de mogelijkheid dat de schuld van CIA niet opeisbaar was, behoeft de conclusie niet anders te zijn. Over een niet-opeisbare vordering is weliswaar geen rente verschuldigd (vgl. art. 6:119 lid 1 en 6:119a lid 1 BW), maar ook in dat geval kan in de gegeven omstandigheden uit de eisen van redelijkheid en billijkheid anders voortvloeien.