

Opschorting in concernverhoudingen

Bb 2018/77

Het opschortingsrecht is in het verbintenissenrecht een krachtige remedie dat de schuldenaar kan inzetten tegen zijn schuldeiser als deze de tegenvordering niet nakomt. Doordat de schuldenaar de nakoming van zijn verplichting uitstelt, tot dat zijn schuldeiser de tegenvordering is nagekomen, dwingt hij de schuldeiser om aan zijn verplichtingen te voldoen. Voor een beroep op het opschortingsrecht is onder meer vereist dat de vorderingen over en weer tussen dezelfde partijen bestaan en dat tussen deze vorderingen voldoende samenhang bestaat om deze opschorting te rechtvaardigen. In deze bijdrage wordt hier nader op ingegaan en een praktische handreiking geboden om een discussie daarover te voorkomen.

1. Inleiding

Het komt met regelmaat voor dat partijen vorderingen over en weer op elkaar hebben. Zij zijn zowel elkaars schuldeiser als elkaars schuldenaar. Onder omstandigheden kan de schuldenaar de nakoming van zijn verplichting dan met een beroep op het opschortingsrecht uitstellen, totdat zijn schuldeiser de tegenvordering is nagekomen. Let wel: uitstel, geen afstel. Aldus dwingt de schuldenaar zijn schuldeiser eerst na te komen en verschaft het opschortingsrecht de schuldenaar een bepaalde vorm van zekerheid dat zijn tegenvordering wordt voldaan.² Het opschortingsrecht is op verschillende plaatsen in de wet geregeld. De bekendste zijn vermoedelijk het algemeen opschortingsrecht (art. 6:52 BW), de *exceptio non adimpleti contractus* (art. 6:262 BW) en het retentierecht (art. 3:290 BW). Eén van de vereisten voor een rechtsgeldig beroep op het opschortingsrecht is dat tussen de vordering en de tegenvordering voldoende samenhang bestaat. Een recent arrest van de Hoge Raad geeft aanleiding daar nader op in te gaan, waarbij ook kort enkele rechtsgevolgen worden aangestipt (HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1811 (*Licorne/X*)). Nadat het juridisch kader is geschetst, wordt vervolgens dit arrest besproken en een conclusie voor de praktijk gegeven.

2. Samenhang tussen vordering en tegenvordering rechtvaardigen opschorting en enkele rechtsgevolgen

2.1. Samenhang tussen vordering en tegenvordering

Een schuldenaar die een opeisbare vordering heeft op zijn schuldeiser, is bevoegd de nakoming van zijn verbintenis op te schorten tot voldoening van zijn vordering plaatsvindt, indien tussen vordering en verbintenis voldoende samenhang bestaat om deze opschorting te rechtvaardigen (art. 6:52 lid 1 BW). Deze samenhang kan onder meer wor-

den aangenomen als de verbintenissen over en weer voortvloeien uit dezelfde rechtsverhouding of uit zaken die partijen regelmatig met elkaar hebben gedaan (art. 6:52 lid 2 BW). Regelmatig zaken met elkaar doen kan aan de orde zijn bij een vaste handelsrelatie of het kopen van nieuwe onderdelen voor een bij dezelfde handelaar gekochte machine.³ Dezelfde rechtsverhouding is onder andere aan de orde bij vorderingen die voortvloeien uit dezelfde overeenkomst. Bijvoorbeeld de vordering tot betaling van de koopprijs en de vordering tot vergoeding van schade als gevolg van wanprestatie (non-conformiteit).⁴ Wanneer de opschorting van de wederkerige verbintenis aan de orde is (de verbintenis ter verkrijgen van de tegenprestatie (art. 6:261 lid 1 BW)), geldt ook dat de samenhang van de verbintenissen voortvloeit uit dezelfde rechtsverhouding, maar wordt de opschorting gebaseerd op de speciale regeling *exceptio non adimpleti contractus* (art. 6:262 BW).⁵ Volgens de wetgever hangen de verbintenissen uit een wederkerige overeenkomst zelfs *nauw* – dus meer dan ‘voldoende’ – met elkaar samen en dient voor die gevallen de opschortingsbevoegdheid buiten twijfel te worden gesteld.⁶ Ook bij het retentierecht vloeien de vorderingen over en weer voort uit dezelfde rechtsverhouding: de vordering tot betaling van de reparatiekosten en de vordering tot afgifte van de gerepareerde auto.⁷

Naast de in de wet genoemde gevallen kan ook samenhang van verbintenissen bestaan als de vorderingen voortvloeien uit verschillende overeenkomsten die (nauw) met elkaar samenhangen. Een bekend voorbeeld daarvan is de koop van aandelen, waarbij de verplichting tot betaling van de koopprijs is omgezet in een geldlening tussen dezelfde partijen. De schuldenaar is onder omstandigheden bevoegd zijn verplichting tot betaling van de aflossingstermijnen onder de leningsovereenkomst op te schorten vanwege zijn daarmee (nauw) samenhangende vordering tot vergoeding van geleden schade als gevolg van een wanprestatie van zijn schuldeiser onder de koopovereenkomst.⁸

2.2. Samenhang dient de opschorting te rechtvaardigen

Naast het bestaan van samenhang tussen vordering en tegenvordering dient ook te worden vastgesteld dat die samenhang ‘deze opschorting rechtvaardigen’. Het gaat om hier om een toetsing aan de redelijkheid en billijkheid.⁹ Onder omstandigheden kan een beroep op het opschortingsrecht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn, bijvoorbeeld wanneer de schuldenaar een monopoliepositie heeft, zoals de gemeente die enige

1 Gert Jan Boeve is advocaat bij Van Benthem & Keulen B.V. te Utrecht.

2 Zie uitgebreider Streefkerk, ‘Opschortingsrechten’, *Mon. BW* 2013/7 over de functies van het opschortingsrecht.

3 Ontleend aan Streefkerk, ‘Opschortingsrechten’, *Mon. BW* 2013/17.3.

4 HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610, NJ 2009/50, m.nt. J. Hijma (*Ammerlaan/Enthoyen*). Zie ook Streefkerk, ‘Opschortingsrechten’, *Mon. BW* 2013/17.2.

5 Zie uitgebreider Streefkerk, ‘Opschortingsrechten’, *Mon. BW* 2013/14.

6 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 204 en 993.

7 Ontleend aan Streefkerk, ‘Opschortingsrechten’, *Mon. BW* 2013/17.2.

8 HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4907, NJ 2012/91 (*Eureteco/Naeije*).

9 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 205.

leverancier van energie was.¹⁰ De gerechtvaardigdheid van de opschorting heeft ook betrekking op de proportionaliteit van de opschorting: de waarde van de vordering en de tegenvordering moeten in verhouding met elkaar zijn.

2.3. Enkele rechtsgevolgen van het beroep op het opschortingsrecht

Een rechtsgeldig beroep op het opschortingsrecht heeft tot gevolg dat de schuldeiser in verzuim komt (art. 6:59 BW). Als gevolg van het schuldeisersverzuim eindigt het eventuele verzuim van de schuldenaar (art. 6:61 lid 1 BW). Zolang de schuldeiser in verzuim is, kan de schuldenaar niet in verzuim geraken (art. 6:61 lid 2 BW). Zijn niet-nakoming levert daarom geen wanprestatie op en maakt hem niet schadeplichtig jegens zijn schuldeiser. De schuldenaar is evenmin wettelijke handelsrente verschuldigd over de opeisbare geldsommen als de schuldeiser in verzuim is (art. 6:119a lid 6 BW).¹¹

Het tegenovergestelde geldt als de schuldenaar niet een rechtsgeldig beroep doet op het opschortingsrecht. Dat beroep op opschorting heeft dan te gelden als een mededeling waaruit blijkt dat de schuldenaar in de nakoming van zijn verbintenis zal tekortschieten, zodat hij zonder ingebrekestelling in verzuim is en aanstonds schadevergoeding dient te betalen (art. 6:83 sub c BW).¹²

3. Licorne/X

3.1. Relevante feiten

Ook in het in deze bijdrage te bespreken arrest *Licorne/X* hadden de verkoper en de koper van aandelen afgesproken dat (een deel van) de te betalen koopsom werd omgezet in een lening. Koper, verkoper en de gekochte vennootschap waren onderdeel van de hetzelfde concern: Licorne. Aldus bestonden tussen de schuldeiser (verkoper) en schuldenaar (koper) twee overeenkomsten: een overeenkomst met betrekking tot de verkoop en levering van aandelen en een overeenkomst van geldlening. In de koopovereenkomst waren een garantiebepaling en vrijwaringsclausule ten gunste van de koper opgenomen. Partijen hadden ook afgesproken dat de koper bevoegd was om eventuele vorderingen op grond van die garantiebepaling en vrijwaringsclausule te verrekenen met de geldlening.

In de daaropvolgende jaren werd de vennootschap waarin de koper de aandelen had gekocht veroordeeld tot betaling van verschillende bedragen aan het Belgische Openbaar Ministerie en de Belgische Staat. Als gevolg daarvan stelde de koper schade te hebben geleden, omdat de aandelen minder waard bleken te zijn dan hij op grond van de garanties uit de

koopovereenkomst mocht verwachten, waardoor hij daarvoor ook een te hoge koopprijs had betaald.

3.2. Hof en Hoge Raad

De koper vorderde in conventie schadevergoeding van de verkoper. De verkoper vorderde in reconventie betaling van de openstaande rente over de geldlening. De koper beriep zich ter verweer op opschorting.

Het hof oordeelde dat de koper geen beroep toekwam op het opschortingsrecht, omdat niet de koper, maar de gekochte vennootschap een vordering tot vergoeding van schade zou hebben op de verkoper, terwijl de verkoper uit hoofde van de leningsovereenkomst een vordering op de koper had. Met andere woorden, de vorderingen over en weer zouden niet bestaan tussen dezelfde partijen. Het hof wees de vorderingen van de koper af en wees de vorderingen uit hoofde van de geldleningsovereenkomst toe. Dat oordeel casseerde de Hoge Raad. De Hoge Raad stelde vast dat de vordering tot schadevergoeding waarop de koper zijn beroep op opschorting had gebaseerd, voortvloeide uit de schending van de garanties uit de koopovereenkomst door de verkoper jegens de koper. De vorderingen over en weer bestonden dus tussen dezelfde partijen. Vervolgens overwoog de Hoge Raad:

“3.3.3 (...) [D]e verwerping van het beroep op opschorting door het hof [kan] niet in stand blijven. Hetzelfde geldt voor de toewijzing van de reconventionele vorderingen van [verkoper] uit hoofde van de [geldleningsovereenkomst]. De toewijzing is immers mede gebaseerd op de verwerping van het beroep op opschorting. (...)”

3.6.2 (...) [Daardoor] kan ook het oordeel van het hof over de verschuldigdheid van de rente niet in stand blijven. Indien [koper] zich terecht op opschorting heeft beroepen, [is verkoper] als schuldeiser in verzuim gekomen (art. 6:59 BW), zodat [koper] ingevolge art. 6:119a lid 6 BW niet de wettelijke handelsrente is verschuldigd. (...)”

4. Analyse en conclusie voor de praktijk

Vanwege het onjuiste uitgangspunt van het hof dat de partijen bij de vorderingen over en weer niet hetzelfde zouden zijn, kon de beslissing van het hof niet in stand blijven. Uit dit arrest kan daarom niet een bevestiging worden afgeleid dat de vereiste samenhang tussen de gestelde vorderingen kan bestaan in gevallen als hier aan de orde. Tegelijkertijd, in de rechtspraak is in vergelijkbare casus wel samenhang aangenomen. En, als geen samenhang zou bestaan, dan zou daarin een reden voor afwijzing van het cassatieberoep hebben kunnen liggen wegens gebrek aan belang, omdat het verwijzingshof dan ten aanzien van de opschorting niet tot een ander oordeel zou komen. Dat neemt niet weg dat het verwijzingshof eventueel tot dezelfde beslissing kan komen als het hof in deze. Ten eerste, omdat het antwoord op de vraag of de verbintenissen voldoende samenhangen nauw verbonden is met een waardering van de feiten en omstandigheden van het concrete geval. Ten tweede, omdat, als die samenhang bestaat, de opschorting desondanks naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar

10 HR 28 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8969, NJ 1985/840 (*Luyter/gemeente Amsterdam*).

11 De wettelijke handelsrente is van rechtswege verschuldigd als geen termijn voor betaling is overeengekomen (art. 6:119a lid 2 BW). Daarvoor is geen verzuim van de schuldenaar nodig. Daarin is de ratio van art. 6:119a lid 6 BW gelegen. Vaak zal wel een fataal bedoelde betalingstermijn zijn afgesproken, zodat tevens sprake is van verzuim (art. 6:83 sub a BW).

12 HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610, NJ 2009/50, m.n.t. J. Hijma (*Ammerlaan/Enthoven*), r.o. 4.6.

kan zijn. Zou de koper ongegrond hebben opgeschort, dan maakt hem dat schadeplichtig jegens de verkoper. Het opschortingsrecht is van regelend recht. Partijen kunnen dus afspreken welke vorderingen en/of overeenkomsten zodanig met elkaar samenhangen dat het gerechtvaardigd is dat een beroep op het opschortingsrecht wordt gedaan. Vergelijk daarmee in dit arrest de afspraak dat vorderingen uit hoofde van de garantiebepaling en de vrijwaringsclausule in de koopovereenkomst verrekend mochten worden met de terugbetalingsverplichting uit de geldleningsovereenkomst. Een dergelijke afspraak over samenhang van de vorderingen en/of overeenkomsten is binnen concernverhoudingen zeer aan te bevelen, ook omdat dan nog mee kan spelen dat de vorderingen over en weer niet bestaan tussen dezelfde partijen. Dat doet zich bijvoorbeeld voor als de ene werkmaatschappij een auto op basis van huurkoop aan een gebruiker ter beschikking stelt en een andere werkmaatschappij een lening verstrekt aan deze gebruiker in verband met deze huurkoop.