

# Contracten maken

## Toepassing van de wettelijke handelsrente; ook op garantieclaims na een bedrijfsovername?

Mr. I.D.J. Willemars\*

### 1. Inleiding

De wettelijke handelsrente bestaat in de Nederlandse wetgeving nu ruim negen jaar. Het is begrijpelijk dat de jurisprudentie nog veel kanten uitspringt, tegenstrijdig is en soms opmerkelijke uitglijders vertoont. De uniformering door hogere rechters moet daar mettertijd lijn in brengen. Van de 227 gevonden uitspraken<sup>1</sup> waren er 40 van gerechtshoven. De Hoge Raad heeft zich over de wettelijke handelsrente nog niet uitgelaten en uiteindelijk heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie het laatste woord over de uitleg van de richtlijn.<sup>2</sup> Prejudiciële vragen zijn er door Nederlandse rechters echter nog niet gesteld.

De wettelijke handelsrente van artikel 6:119a Burgerlijk Wetboek (BW) is van toepassing op handelsovereenkomsten. Daaronder wordt verstaan een overeenkomst om baat die één of meer van de partijen verplicht iets te geven of te doen en die tot stand is gekomen tussen één

of meer natuurlijke personen die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf of rechtspersonen. De meest gebruikelijke situatie is dat de koper de wettelijke handelsrente verschuldigd is indien hij de koopprijs te laat voldoet. De wettelijke handelsrente is een stuk hoger dan de wettelijke rente van artikel 6:119 BW.<sup>3</sup> Ook is de wettelijke handelsrente meteen na afloop van de betalingstermijn verschuldigd, zonder dat de schuldenaar in verzuim hoeft te zijn. Dat zijn voordelen voor de schuldeiser. De vraag die me daarbij intrigeert is of, indien na een bedrijfsovername de koper een claim onder de garanties bij de verkoper indient en deze niet tijdig het gevorderde bedrag voldoet, de wettelijke handelsrente kan worden gevorderd.

Deze vraag gebruik ik in dit artikel<sup>4</sup> als een kapstok om de toepassing van de wettelijke handelsrente te schetsen. In paragraaf 2 zal ik de wet en de richtlijn waarop de wet gebaseerd is, behandelen.<sup>5</sup> Ik vergelijk de elementen daarvan en besteed aandacht aan de interpretatie van de regelgeving in de jurisprudentie. In paragraaf 3 ga ik in op de kwalificatie van de overeenkomst die ten grondslag ligt aan een bedrijfsovername en op het karakter van

71

\* Mr. I.D.J. Willemars is advocate bij Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen te Rotterdam.

1. Een onderzoek op rechtspraak.nl leverde 227 uitspraken op waarin het trefwoord 'handelsovereenkomst' voorkomt (zo'n 95% daarvan betreft de wettelijke handelsrente), waaronder zeven van de Hoge Raad, maar niet één waarin de Hoge Raad zelf op de wettelijke handelsrente ingaat.  
2. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft al uitspraken gedaan over de richtlijn (en tevens enkele lidstaten aangesproken op gebrekkige of niet-tijdige implementatie). Daarin zijn tot op heden echter nog geen uitspraken gedaan over de interpretatie van het begrip handelstransactie (*commercial transaction*) in relatie tot de wettelijke handelsrente.

3. De wettelijke rente – art. 119 – bedraagt met ingang van 1 juli 2011 4%. De wettelijke handelsrente – art. 119a – is momenteel (eerste halfjaar 2012) 8% (= 1% – per 1 januari 2012, zie PbEU C 2/10, 5 januari 2012 – + 7 procentpunten), art. 120 lid 2.

4. Met dank aan mr. Bahriye Sen LL.M., voor haar research, en aan mr. Amerens Bouwman en mr. Remco van der Zwan, Ernst & Young Belastingadviseurs, voor hun input op de Wet op de omzetbelasting 1968 in par. 2 ('Factuur').

5. Over de richtlijn en de wettelijke regeling verscheen: M.H. Wissink & T.H.M. van Wechem, Betalingsachterstanden bij handelstransacties; de Richtlijn betalingsachterstanden in het Nederlandse recht, Den Haag 2006, hierna aangehaald als: Betalingsachterstanden 2006.

een vordering uit hoofde van garanties. In paragraaf 4 ten slotte, tracht ik enige concluderende opmerkingen te maken.

## 2. Elementen handelsrente: wet en richtlijn

Allereerst zal ik het begrip handelsovereenkomst, zoals gedefinieerd in artikel 6:119a lid 1 BW, ontleden in verschillende elementen.<sup>6</sup>

### Overeenkomst om baat

Overeenkomsten om baat scheppen verplichtingen voor meerdere partijen. Tegenover de verplichting van de een (vaak de zogenoemde karakteristieke prestatie) staat tevens een verplichting van de ander (vaak, en in dit geval van belang, de betalingsverplichting).<sup>7</sup>

De wettelijke handelsrente is dus slechts van toepassing bij verbintenissen uit overeenkomst. Alle rechterlijke instanties wijzen (terecht) de vordering van wettelijke handelsrente over de proceskosten af.<sup>8</sup> Het is intussen echt geen beroepsfout meer om daarover de gewone (art. 6:119 BW) wettelijke rente te vorderen. Bijna in alle gevallen wordt wettelijke handelsrente in verband met een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad,<sup>9</sup> onverschuldigde betaling,<sup>10</sup> ongerechtvaardigde verrijking,<sup>11</sup> borg- of garantstelling,<sup>12</sup> bestuurdersaansprakelijkheid<sup>13</sup> of dividenduitkering<sup>14</sup> afgewezen.

Kan wettelijke handelsrente worden toegewezen in verband met een vordering wegens afgebroken onderhandelingen? Volgens Ruygvoorn<sup>15</sup> heeft de Hoge Raad zich nog niet over de rechtsgrond voor een dergelijke vordering uitgelaten. Ruygvoorn geeft een overzicht van mogelijke rechtsgronden en kiest voor onrechtmatige daad als rechtsgrond. In dat geval is wettelijke handelsrente niet aan de orde. Ook andere grondslagen, zoals onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking, liggen buiten het toepassingsgebied van de wettelijke handelsrente. Dat is niet het geval indien de bron voor aansprakelijkheid een quasicontractuele is. Rechtbank Amsterdam wijst de vordering van wettelijke handelsrente toe omdat kennelijk een handelsovereenkomst

tot stand zou zijn gekomen indien de onderhandelingen niet zouden zijn afgebroken: 'De vordering van B houdt direct verband met (de onderhandelingen) omtrent een handelsovereenkomst in de zin van artikel 6:119a BW'.<sup>16</sup> Hof Amsterdam acht juist geen handelsovereenkomst tot stand gekomen en wijst slechts de wettelijke rente op basis van artikel 6:119 BW toe.<sup>17</sup> Als de Hoge Raad zich zou uitlaten over de grondslag voor schadevergoeding wegens onterecht afgebroken onderhandelingen, heeft dat waarschijnlijk ook een bijeffect voor de verschuldigdheid van wettelijke rente.

### Een verplichting tot geven of doen

Dit kan zijn: de eigendom (koop) of het gebruik (huur<sup>18</sup>) van iets verschaffen, een dienst verlenen (opdracht,<sup>19</sup> bewaarneming of vervoer) of een stoffelijke zaak tot stand brengen of bewerken (aanneming<sup>20</sup>). Kort gezegd: het leveren van goederen of diensten. We zullen zien dat de wet ruim is geformuleerd.

### De hoedanigheidseis

De hoedanigheidseis wil zeggen dat de overeenkomst tot stand moet zijn gekomen tussen één of meer natuurlijke personen die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf of (tussen) rechtspersonen. Alle partijen moeten handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf of moeten rechtspersonen zijn. Transacties met consumenten zijn uitgesloten, het moet gaan om professionele partijen. Hieronder vallen ook non-profit- en overheidsorganisaties.

### Dwingend recht?

De minister heeft in de parlementaire behandeling gesteld dat het regime van artikel 6:119a BW van dwingend recht is, slechts met de uitzondering dat partijen zelf de hoogte van de rente mogen bepalen.<sup>21</sup> Dat is niet juist; ook de betalingstermijn staat ter vrije bepaling aan partijen.<sup>22</sup> Dat neemt niet weg dat partijen in andere situaties dan die waarop artikel 6:119a BW van toepassing is, mogen afspreken dat hetzelfde regime van toepassing zal zijn.

6. Zie Rb. Rotterdam 1 juni 2011, LJN BQ8291 (r.o. 4.6) als een voorbeeld van een uitspraak waarin deze elementen keurig worden 'afgetikt'.  
 7. Moeten deze verplichtingen ook tegenover elkaar staan? In par. 3 ('Primaire prestatie?') ga ik daarop in, alsmede op contractuele boetes.  
 8. Zie bijv. Rb. Amsterdam 17 februari 2010, LJN BL8958 (r.o. 5.18).  
 9. Zie Rb. 'Den Bosch' 29 december 2010, LJN BP0847 (r.o. 4.3.6) en Rb. Rotterdam 24 april 2008, LJN BD2848 (r.o. 4.11).  
 10. Zie Hof 'Den Bosch' 7 juni 2011 (r.o. 4.15) en Rb. Middelburg 25 mei 2007, LJN BB6646 (r.o. 4.2).  
 11. Zie Rb. Assen 11 oktober 2006, LJN AZ1058 (r.o. 5.20).  
 12. Zie Rb. Rotterdam 29 oktober 2008, LJN BG2646 (r.o. 4.4) en Rb. Leeuwarden 29 februari 2012, LJN BV7335 (r.o. 4.7).  
 13. Zie Rb. Amsterdam 25 januari 2012, LJN BV6199 (r.o. 4.11).  
 14. Zie Rb. Rotterdam 25 augustus 2010, LJN BN5188 (r.o. 4.14).  
 15. M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden* (diss. Universiteit Utrecht), 2009, p. 303.

16. Rb. Amsterdam 4 juni 2008, LJN BE9628 (r.o. 4.8).  
 17. Hof Amsterdam 1 februari 2011, LJN BQ4023 (r.o. 2.4).  
 18. Zo ook H.B. Krans, *Het bereik van de handelsrenteregeling*, in: *Betalingsachterstanden 2006*, p. 49. Echter, kenbaar uit Hof 'Den Bosch' 2 augustus 2011, LJN BR4300 (r.o. 4.2.6), een huurovereenkomst is geen handelsovereenkomst. Hof Amsterdam 7 december 2010, LJN BP0320 (r.o. 2.25) oordeelt: 'De verhuurder verbindt zich niet om iets te geven of te doen, zodat geen sprake is van een handelsovereenkomst.' Hoewel de vraag gesteld kan worden of er sprake is van een geven of een doen (wat is het in gebruik verstrekken van een zaak?) valt een huurovereenkomst mijns inziens wel onder het begrip 'handels-transactie' ('verrichten van diensten') van de richtlijn.  
 19. Zie Rb. Rotterdam 29 december 2011, LJN BU9670 (r.o. 2.16), waarin de rechtbank een opdrachtovereenkomst tussen een advocaat en diens cliënt als een handelsovereenkomst aanmerkt.  
 20. Zie Rb. Alkmaar 23 september 2009, LJN BK3176 (r.o. 4.12).  
 21. Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken I, 28 239, nr. 16a, p. 4.  
 22. Zie *Handelingen I* 5 november 2002, p. 5-132, waarin de minister zelfs stelt dat de richtlijn en het wetsvoorstel van regelen recht zijn. Zie over het dwingende karakter ook: S.E. Bartels, *Grenzen van de contractsvrijheid na de implementatie van de Europese richtlijn 'Betalingsachterstand bij handelstransacties'*, in: *Betalingsachterstanden 2006*, p. 69-80.

## De richtlijn

De wettelijke handelsrente is gebaseerd op de Europese Richtlijn betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties.<sup>23</sup> Deze richtlijn, die ik hierna zal aanduiden als Richtlijn I (of, afgekort, RI), wordt met ingang van 16 maart 2013 ingetrokken en vervangen door de richtlijn van 16 februari 2011,<sup>24</sup> die ik hierna zal aanduiden als Richtlijn II (RII). Richtlijn II dient op 16 maart 2013 te zijn geïmplementeerd in de nationale wetgeving. Omdat de Nederlandse wet is gebaseerd op Richtlijn I en de rechterlijke colleges thans nog Richtlijn I hanteren bij de uitleg van de wet, zal ik deze tot uitgangspunt nemen bij de behandeling.<sup>25</sup> Op het gebied van de handelsrente biedt Richtlijn II weinig nieuws. Er wordt een splitsing aangebracht tussen transacties tussen ondernemingen onderling en transacties tussen ondernemingen en overheden.<sup>26</sup> Bij de laatste categorie geldt voor de overheid geen vrij overeen te komen betalingstermijn, maar mag de betalingstermijn niet langer zijn dan 30 dagen. De lidstaten mogen deze termijn voor overheidsorganisaties die marktactiviteiten ontplooiën en voor overheidsorganisaties die gezondheidszorg aanbieden, verlengen tot 60 kalenderdagen.

### Richtlijnconforme interpretatie

Een standaardoverweging in rechterlijke uitspraken over de toepassing van de wettelijke handelsrente is de volgende: ‘Artikel 6:119a BW moet worden uitgelegd in het licht van de bewoordingen en het doel van de EG-richtlijn betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties (Richtlijn 2000/35/EG, Pb EG L 200/35 d.d. 8 augustus 2000), van welke richtlijn dit artikel een implementatie is.’<sup>27</sup> Het is echter de vraag of dit juist is.

Volgens artikel 288 van het VWEU<sup>28</sup> is een richtlijn verbindend voor een lidstaat ten aanzien van het te bereiken resultaat. Een lidstaat moet er dus voor zorgen dat de richtlijn nuttig effect heeft, maar is vrij om zaken te regelen die daar buiten vallen. Zo kan dus ook aan de invulling van een richtlijn een ruimere werking worden gegeven dan de richtlijn vereist. Artikel 6 lid 2 (art. 12 lid 3) van de richtlijn bepaalt ook expliciet dat de lidstaten voor de schuldeiser gunstiger bepalingen mogen hebben. Mijns inziens heeft de Nederlandse wetgever dat gedaan door de ruimere definiëring van het begrip ‘handelsovereenkomst’. Een illustratie hiervan is een

uitspraak van de Rechtbank Rotterdam<sup>29</sup> waarin, ondanks een uitdrukkelijke uitsluiting van ‘betalingen bij wijze van schadeloosstelling, met inbegrip van betalingen uit hoofde van verzekeringspolissen’ in overweging 13 van de richtlijn, een verzekeringsovereenkomst als handelsovereenkomst wordt aangemerkt. Anders: Hof Leeuwarden en Rechtbank Rotterdam.<sup>30</sup> Krans is van oordeel dat betalingen onder een sommenverzekering (dus geen schadeverzekering) en betalingen van premie onder de handelsrente kunnen vallen.<sup>31</sup>

### Geen schadeloosstelling?

Overweging 13 (8) vermeldt dat de richtlijn enkel ziet op betalingen tot vergoeding van handelstransacties en niet tot regulering van (o.a.) betalingen bij wijze van schadeloosstelling.<sup>32</sup> Dat leidt tot de vraag wat het karakter is van een vordering wegens een inbreuk op garanties bij een koopovereenkomst. Overweging 16 (12) meldt dat betalingsachterstand een vorm van contractbreuk is. Dat geldt ook voor een inbreuk op garanties. Ik kom op deze aspecten terug in paragraaf 3.

### Aanneming

Overweging 22 (9) suggereert dat de richtlijn ook op aanneming van werk ziet (‘de richtlijn moet bijgevolg ook alle handelstransacties tussen hoofdaannemers en hun leveranciers en onderaannemers regelen’). Krans meent dat aanneming tussen professionele partijen onder het bereik van de handelsrenteregeling valt.<sup>33</sup>

### Goederen: wet ruimer dan richtlijn

Artikel 2 lid 1 van de richtlijn definieert een handelstransactie als een transactie tussen ondernemingen of tussen ondernemingen en overheidsinstanties die leiden tot het leveren van goederen of het verrichten van diensten tegen vergoeding. Dat is vergelijkbaar met de elementen van artikel 6:119a lid 1 BW. Maar niet helemaal. De richtlijn gebruikt het begrip ‘goederen’, dat in artikel 119a ontbreekt. Moet dit begrip worden opgevat in de zin van artikel 3:1, dat mede vermogensrechten omvat, of ziet ‘goederen’ op stoffelijke objecten? De teksten van de richtlijn in andere talen (voor zover eenvoudig raadpleegbaar) duiden erop dat het laatste het geval is: Engels: ‘goods’; Frans: ‘marchandises’; Duits: ‘Gütern’; Italiaans: ‘merci’. Dat lijkt erop te duiden dat hier koopwaar of handelsgoederen is bedoeld. Volgens de minister houdt de richtlijn echter geen beperking in van de goederen die het onderwerp van een handelstransactie

23. Richtlijn 2000/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 juni 2000 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties, PbEU L 200/35.  
24. Richtlijn 2011/7/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 2011 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties (herschikking), PbEU L 48/1.  
25. Tussen haakjes vermeld ik de overweging/het artikel van Richtlijn II als dat anders genummerd is. In de meeste gevallen is er inhoudelijk, voor zover van belang voor de handelsrente, niets gewijzigd. In die gevallen spreek ik van de richtlijn.  
26. Dit zijn kort gezegd aanbestedende diensten.  
27. Zie o.a. Rb. Zutphen 29 maart 2006, LJN AV7693 (r.o. 5.6) en Rb. Rotterdam 13 januari 2009, LJN BL3171 (r.o. 7.7).  
28. Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, PbEU C 115/47.

29. Rb. Rotterdam 9 februari 2011, LJN BP6558 (r.o. 7.9). Anders: Rb. Utrecht 29 februari 2012, LJN BV8207 (r.o. 6.13).  
30. Hof Leeuwarden 1 november 2011, LJN BU2992 (r.o. 21) en Rb. Rotterdam 23 november 2011, LJN BU6123: een verzekeringsovereenkomst is geen handelsovereenkomst.  
31. Zie Krans 2006, p. 48/49.  
32. Zie Hof Amsterdam 1 februari 2011, LJN BQ4023 (r.o. 2.4): wettelijke handelsrente niet van toepassing op een vordering wegens het afbreken van onderhandelingen omdat nu juist geen handelsovereenkomst is gesloten maar schadevergoeding wordt gevorderd.  
33. Krans 2006, p. 48. Zie ook noot 20 voor een uitspraak van Rb. Alkmaar (wel wettelijke rente in geval van een aannemingsovereenkomst).

kunnen zijn.<sup>34</sup> ‘Het is echter niet opportuun vermogensrechten van de regeling van het wetsvoorstel uit te sluiten. Voor de omzetting van de richtlijn is gekozen voor de formulering dat onder handelsovereenkomsten wordt verstaan de overeenkomst om baat die een of meer van de partijen verplicht iets te geven of te doen. Deze formulering sluit elke beperking uit’, aldus de minister. Dit maakt duidelijk dat de Nederlandse wetgever bewust heeft gekozen voor een ruimere regeling dan de richtlijn.

#### Hoedanigheid: wet ruimer dan richtlijn

Ook de richtlijn gaat in op de hoedanigheidseis. Artikel 2 lid 1 omschrijft een onderneming als ‘elke organisatie die handelt in het kader van haar zelfstandige economische of beroepsmatige activiteit (...)’. In artikel 6:119a BW is de regeling van toepassing op overeenkomsten waarbij natuurlijke personen die handelen in de uitoefening van beroep en bedrijf of rechtspersonen partij zijn. Voor de privaatrechtelijke rechtspersonen is niet vereist dat zij een onderneming in stand houden.<sup>35</sup> Ook wat betreft de hoedanigheidseis is de wet ruimer dan de richtlijn.<sup>36</sup> Wij zagen hiervoor dat dit geoorloofd is. Rechtbank Rotterdam<sup>37</sup> interpreteert echter ook die hoedanigheidseis richtlijnconform: ‘Gesteld noch gebleken is dat het sluiten van de overeenkomst – tot overdracht van de aandelen – behoorde tot de economische of beroepsmatige activiteiten van Cruyslandtse of EMZ. Daarom kan niet worden aangenomen dat partijen zijn opgetreden op de wijze bedoeld in de richtlijn.’ Beide genoemde partijen waren echter bv’s en voldeden dus aan de hoedanigheidseis van artikel 119a.

#### Factuur

De richtlijn knoopt voor de aanvang van de verschuldigheid van de wettelijke handelsrente aan bij het verstrijken van de contractuele betalingstermijn, dan wel het verstrijken van 30 dagen na ontvangst van de factuur, een gelijkwaardig betalingsverzoek of ontvangst van de goederen of diensten (art. 3 lid 1 RI, art. 3 lid 3 RII). Volgens de richtlijn is een factuur dus niet altijd vereist. Het verstrijken van de contractuele betalingstermijn of 30 dagen na een ander betalingsverzoek dan een factuur of ontvangst van de goederen of diensten, doet ook de wettelijke handelsrente verschuldigd zijn. In de parlementaire geschiedenis bij de invoering van de wettelijke handelsrente wordt ervan uitgegaan dat altijd een factuur moet worden opgemaakt. De minister stelt dat in Nederland bij elke handelstransactie een factuur moet worden opgemaakt, onder verwijzing naar artikel 35 van de Wet op de omzetbelasting 1968 (Wet OB 1968).<sup>38</sup> In artikel 6:119a lid 2 BW is het ‘gelijkwaardig verzoek tot betaling’ dan ook niet te vinden. De stelling van de minister berust echter op een misvatting. De

Wet OB 1968 kent naast belaste prestaties ook vrijgestelde prestaties<sup>39</sup> en niet-onderworpen prestaties.<sup>40</sup> Bij niet-onderworpen prestaties geldt dat er voor de heffing van omzetbelasting geen levering of dienst plaatsvindt en dan geldt geen verplichting tot het uitreiken van een factuur. Bij vrijgestelde prestaties geldt in beginsel ook geen factureringsverplichting voor de omzetbelasting. De verplichting tot het uitreiken van een factuur is in artikel 35 Wet OB 1968 ook gekoppeld aan het zijn van ondernemer. Heeft een organisatie niet de kwaliteit van ondernemer in de zin van de Wet OB 1968,<sup>41</sup> dan hoeft ook geen factuur te worden opgemaakt.

In de richtlijn is ook nergens te lezen dat het doel van de richtlijn, het tegengaan van betalingsachterstanden bij commerciële transacties, afhankelijk gemaakt zou moeten worden van de fiscale behandeling van dergelijke transacties. Het niet voorhanden zijn van een factuur is daarom mijns inziens geen reden om de wettelijke handelsrente niet in rekening te mogen brengen. Intussen heeft de parlementaire geschiedenis wel geleid tot rechterlijke uitspraken waarbij de vordering tot betaling van wettelijke handelsrente werd afgewezen omdat er geen factuur was uitgereikt. Zie Rechtbank Zutphen,<sup>42</sup> waarin onder aanhaling van de parlementaire geschiedenis werd geoordeeld dat bij een overgang van een algemeenheid van goederen geen factuur hoeft te worden uitgereikt en dus ook de wettelijke handelsrente daarop niet van toepassing is.

Rechtbank Haarlem<sup>43</sup> volgt ten aanzien van een geldlening dezelfde redenering. Overweging 13 (8) van de richtlijn stelt dat de richtlijn niet strekt tot regulering van ‘interest betreffende andere betalingen’. Op die grond zouden geldleningsovereenkomsten buiten de werkingssfeer van de wettelijke handelsrente kunnen vallen. Rechtbank Utrecht<sup>44</sup> stelt dat ‘het bij een geldleningsovereenkomst niet gaat om een overeenkomst tot het leveren van goederen of diensten tegen betaling’. Dat is mijns inziens niet juist. Kredietverlening is een dienst (banken behoren in het spraakgebruik tot de zakelijke of financiële dienstverlening) en de klant betaalt daarvoor (de rente). Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft uitgemaakt dat kredietverlening een dienst is.<sup>45</sup> Ook is de kredietovereenkomst een overeenkomst om baat waarbij twee partijen zich verplichten om iets te geven: de bank om het geld te verschaffen en de klant om rente te betalen en het geld op termijn terug te geven. Aan de wettelijke definitie van handelsovereenkomst wordt voldaan (afgezien van de hoedanigheidseis). Krans vraagt zich af of de geldlening niet onder de definitie van handelsovereenkomst valt. Hij wijst echter

34. Zie de nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken I, 28 239, nr. 16a, p. 2.

35. Zie de memorie van toelichting, Kamerstukken II, 28 239, nr. 3, p. 9.

36. Zie Krans 2006, p. 42.

37. Rb. Rotterdam 13 januari 2009, LJN BL3171 (r.o. 7.7).

38. Kamerstukken II, 28 239, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 9.

39. O.a. bepaalde leveringen van aandelen, art. 11 lid 1 onderdeel i, 2 Wet OB 1968.

40. Bijv. de overdracht van een algemeenheid van goederen (onderneming of activa-passiva), art. 37d Wet OB 1968.

41. Denk aan een zuivere houdstermaatschappij.

42. Zie Rb. Zutphen 29 maart 2006, LJN AV7693 (r.o. 5.9).

43. Rb. Haarlem 12 mei 2010, LJN BN0222 (r.o. 4.10).

44. Rb. Utrecht 19 november 2008, LJN BG5388.

45. HvJ EG 17 maart 1998, C-45/96, Jur. 1998, I1199 (r.o. 18).

op de bedoeling van de richtlijn om (met name) de positie van het midden- en kleinbedrijf te verbeteren en dat de positie van dit segment bij toepassing van een hogere rente in geval van tekortschieten bij kredietovereenkomsten zou kunnen verslechteren.<sup>46</sup> Rechtbank Arnhem oordeelt dat de wettelijke handelsrente ziet op de situatie dat de leverancier voor zijn prestatie geen betaling heeft ontvangen. De vordering tot terugbetaling van 'de hoofdsom is niet een betaling die de bank voor haar prestatie ontvangt. De vergoeding die de bank voor haar prestatie ontvangt, is de rente, en wel de overeengekomen rente.'<sup>47</sup>

### 3. De bedrijfsovername en de garantievordering

#### Kwalificatie

Een koopovereenkomst in het kader van een bedrijfsovername zal naar mijn mening gewoonlijk kwalificeren als een handelsovereenkomst. Het object van de koopovereenkomst<sup>48</sup> zal betreffen de aandelen in een vennootschap of de activa en passiva van een onderneming. In paragraaf 2 zagen we dat de Nederlandse wetgever de koop van vermogensrechten onder de regeling heeft geschaard. De Hoge Raad heeft in het IJsseloevers-arrest,<sup>49</sup> waar het ging om de overname van een notarispraktijk met goodwill, vastgesteld dat het ging om de verkoop van een onderneming. Ook advocaat-generaal Wuisman heeft in zijn conclusie bij dat arrest (onderdeel 2.6) een onderneming gekenmerkt als een algemeenheid van goederen ter zake waarvan een koopovereenkomst kan worden aangegaan.

Rechtbank Rotterdam<sup>50</sup> oordeelt dat een overeenkomst om een opdrachtenportefeuille (van een makelaarskantoor) te leveren als een handelsovereenkomst kan worden aangemerkt. Rechtbank Arnhem<sup>51</sup> kwalificeert een koopovereenkomst met betrekking tot aandelen (geen goederen of diensten) niet als een handelsovereenkomst. Dat is dus strijdig met de bedoeling van de wetgever en ook in strijd met de tekst van de wet.

Bij een bedrijfsovername kan ook de hoedanigheidseis een rol spelen. Dat illustreert de zaak die leidde tot een vonnis van de Rechtbank Dordrecht.<sup>52</sup> A verkoopt een restaurant aan B. Beiden zijn natuurlijke personen. B heeft kennelijk nog geen andere onderneming. De overname verloopt niet geheel vlekkeloos en een paar jaar

later gaan A en B een schikkingsovereenkomst aan waaruit volgt dat B nog een bedrag aan A moet betalen. B betaalt niet volledig en A vordert betaling alsmede de wettelijke handelsrente daarover. De rechtbank overweegt omtrent dat laatste: 'Bij het sluiten van de koopovereenkomst (...) handelden beiden niet in de uitoefening van een beroep of bedrijf of rechtspersoon. A handelde immers niet als exploitant van zijn restaurant, maar als eigenaar die zijn restaurant verkoopt, terwijl B – naar moet worden aangenomen, nu niet anders is gesteld of gebleken – nog geen ondernemer was.'<sup>53</sup> Nu bij de schikkingsovereenkomst tussen dezelfde partijen alleen afspraken zijn gemaakt over de afwikkeling van deze koopovereenkomst, moet worden geoordeeld dat ook de schikkingsovereenkomst geen handelsovereenkomst is.'

Over deze uitspraak kunnen drie opmerkingen worden gemaakt. Allereerst handelt degene die een bedrijf uitoefent en dat verkoopt volgens de rechtbank niet in de uitoefening van een bedrijf. Die mening deel ik niet: de verkoop is het sluitstuk van een goede exploitatie van een onderneming.

Dan is volgens de rechtbank de koper van een onderneming op dat moment nog geen ondernemer (ofwel handelend in de uitoefening van een bedrijf). Ook die mening deel ik niet. Op het moment dat een koper zijn handtekening onder het koopcontract zet, zal hij al veel ondernemingshandelingen hebben verricht: hij heeft een businessplan en exploitatieberekening gemaakt en hij zal naar de bank zijn gegaan om een bedrijfsfinanciering te verkrijgen. Maar belangrijker is dat als de koper een rechtspersoon is (en dat geldt ook bij de vorige opmerking ten aanzien van de verkoper) of de koper al een onderneming heeft en er één bij koopt, wel aan de hoedanigheidseis wordt voldaan. Daarmee wordt in wezen dezelfde transactie soms wel een handelsovereenkomst en soms niet. Dat is niet wenselijk.

Ten derde beoordeelt de rechtbank de schikkingsovereenkomst niet als een separate overeenkomst waarvan het karakter van handelsovereenkomst opnieuw moet worden beoordeeld. De voorgaande overeenkomst bepaalt het karakter van de nadere overeenkomst. Met dat uitgangspunt ben ik het eens, omdat wanneer onenigheid of onduidelijkheid ontstaat over een deel van de overeenkomst en daarover een nadere overeenkomst wordt aangegaan, niet het karakter van de overeenkomst en de gevolgen van niet-nakoming dienen te veranderen.<sup>54</sup>

#### Karakter van de garantievordering

Een inbreuk op een contractuele garantie kan worden gekenschetst als een tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst. Omdat de partijen vrij gedetailleerd

46. Krans 2006, p. 49/50.

47. Rb. Arnhem 1 februari 2012, LJN BV3816 (r.o. 4.8).

48. Het andere juridische instrument om een overname te bereiken, de juridische fusie, is geen overeenkomst en wordt overigens weinig gebruikt om een overname tot stand te brengen. Dit instrument dient meer om na een overname een integratie van verschillende rechtspersonen (vaak vennootschappen) te bewerkstelligen.

49. Hoge Raad 8 juli 2011, LJN BQ5068, RvdW 2011, 907 (r.o. 3.4.2).

50. Rb. Rotterdam 1 juni 2011, LJN BQ8291 (r.o. 4.6).

51. Rb. Arnhem 25 juni 2008, LJN BD6872 (r.o. 4.40).

52. Rb. Dordrecht 27 januari 2010, LJN BL1594 (r.o. 7.17).

53. Deze zienswijze (de verkoper staakt de onderneming, de koper wenst ondernemer te worden maar is het nog niet) blijkt ook uit Hof Leeuwarden 1 september 2009, LJN BJ6738 (r.o. 14.1).

54. In dit verband verdient het aanbeveling om in een vaststellingsovereenkomst neer te leggen dat voor de wettelijke rente het regime van de oorspronkelijke overeenkomst wordt gevolgd of, indien dat regime onduidelijk is, te bepalen welke wettelijke rente van toepassing is.

geregeld zullen hebben wat wel en wat niet een inbreuk is, zal bij een inbreuk de toerekenbaarheid aan de verkoper gegeven zijn. Welke acties staan onder het Nederlands recht ter beschikking aan de koper bij een toerekenbare tekortkoming in de nakoming door de verkoper?

- Vernietiging wegens dwaling (art. 6:228 BW). Deze actie wordt bij bedrijfsovernames vaak uitgesloten.
- Nadeelscompensatie op grond van artikel 6:230 lid 2 BW.
- Ontbinding (art. 6:265 BW). Bij bedrijfsovernames is het gebruikelijk om ook deze actie uit te sluiten.
- Schadevergoeding (art. 6:74 of 6:87 BW).
- Nakoming (zie art. 6:74 lid 2, 3:296 lid 2 en 6:88 lid 2 BW, bij koop art. 7:21 lid 1 sub a BW).
- Vermindering van de koopprijs (voor consumentenkoop art. 7:22 lid 1 sub b BW of gedeeltelijke ontbinding met evenredige vermindering van de wederzijdse prestaties art. 6:270 BW).
- Specifieke contractuele bepalingen. De hiervoor genoemde acties zijn in beginsel niet van dwingend recht (behoudens dat bij consumentenkoop vaak niet van bepalingen ten nadele van de consument mag worden afgeweken). Ze kunnen worden uitgesloten. Ook kunnen partijen er een regeling aan toevoegen.

Bij overnames van bedrijven loopt de betaling door de koper vaak via de derdenrekening van een notaris of advocaat. Voor die primaire prestatie zijn betalingsachterstanden in de praktijk dus niet aan de orde. Een koopovereenkomst betreffende een onderneming bevat meestal het volgende stramien. Bepaalde eigenschappen van het verkochte (bij een verkoop van aandelen ook van de onderneming) worden gegarandeerd.<sup>55</sup> Vervolgens wordt overeengekomen dat, in geval van een inbreuk op een garantie, de verkoper een bedrag aan de koper moet terugbetalen. Deze verplichting kan worden gezien als een voorwaardelijke (terug)betalingsverplichting van de verkoper. Juridisch kan dit worden gekwalificeerd als schadevergoeding, als vermindering van de koopprijs of als een alternatieve nakoming. Volgens de richtlijn is de handelsrente niet op de eerste kwalificatie van toepassing, maar wel op de twee laatste kwalificaties. De overeenkomst verplicht dan immers (voorwaardelijk) in geval van inbreuk op de garanties tot een (terug)geven van de koopprijs. Ik beveel aan om dit te expliciteren in de koopovereenkomst: bepaal dat de terugbetaling door de verkoper geldt als vermindering van de koopprijs en/of als alternatieve nakoming.

Niet valt in te zien waarom bij een te late betaling door de koper wel de wettelijke handelsrente van toepassing zou zijn, maar bij een te late terugbetaling door de verkoper niet. Economisch beschouwd heeft de betaling

55. Een dergelijke garantie, waarin de conformiteitseisen van het gekochte worden omschreven, moet worden onderscheiden van het garanderen van een prestatie door een derde partij. Dit laatste is geen handelsovereenkomst, aldus Rb. Rotterdam 29 oktober 2008, LJN BG2646 (r.o. 4.4).

van de verkoper immers het karakter van terugbetaling van een deel van de koopprijs. Indien deze te laat betaalt of de claim in rechte moet worden ingevorderd, wat veel tijd kost, is er economisch gezien een reden om de koper in dezelfde positie te brengen als die waarin de verkoper zou hebben verkeerd indien de koper de koopprijs te laat zou hebben voldaan: rente ontvangen. Vanuit een standpunt van gelijke behandeling van partijen is het gerechtvaardigd om, evenals bij een te late betaling van de koopprijs, bij een te late terugbetaling van (een deel van) de koopprijs de wettelijke handelsrente toe te passen. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat dit een nominaal gelijke behandeling betreft, omdat bij de meeste bedrijfsovernames de advocaat of adviseur van de verkoper of de notaris er wel voor zorgt dat de koopprijs bij levering is voldaan.

#### Primaire prestatie?

Hof 'Den Bosch'<sup>56</sup> gaat aan het karakter van terugbetaling voorbij, maar focust op de primaire prestatie: 'Ver-eist is dat het om een verbintenis gaat die strekt tot betaling van ingevolge die overeenkomst geleverde goederen of diensten. De onderhavige verbintenis tot terugbetaling strekt daar niet toe, maar heeft het karakter van een ongedaanmakingsverbintenis. Art. 6:119a BW is daarom op deze verbintenis niet van toepassing.' Advocaat-generaal Keus<sup>57</sup> hanteert een vergelijkbare redenering: 'De wettelijke rente ex art. 6:119a BW is hier niet van toepassing omdat deze bepaling alleen betrekking heeft op de geldelijke tegenprestatie voor geleverde goederen of diensten op grond van een handelsovereenkomst, maar niet op andere geldelijke verplichtingen waartoe een zodanige overeenkomst aanleiding kan geven.' Zo ook Hof Leeuwarden:<sup>58</sup> 'De regeling van de wettelijke handelsrente heeft betrekking op de primaire betalingsverbintenis uit de handelsovereenkomst, de verbintenis tot betaling van de tegenprestatie voor de geleverde goederen of diensten', onder verwijzing naar de memorie van toelichting. Nu is een dergelijke beperking niet in de memorie van toelichting te vinden, maar het hof kan worden toegegeven dat de wetgever en waarschijnlijk ook de richtlijngever slechts hebben gedacht aan te late voldoening van die primaire prestatie. Krans meent dat, hoewel de letter van de wet anders indiceert en daarover in de parlementaire geschiedenis niets is te vinden, de wettelijke handelsrente niet van toepassing is op de ongedaanmakingsverbintenis.<sup>59</sup> Vaak wordt de wettelijke handelsrente in verband met een ongedaanmakingsverplichting afgewezen.<sup>60</sup>

Enkele rechterlijke colleges wezen de wettelijke handelsrente in geval van schadevergoeding op grond van arti-

56. Hof 'Den Bosch' 27 oktober 2009, LJN BK7550 (r.o. 4.18). Voor eenzelfde conclusie, zie Hof Leeuwarden 20 september 2011, LJN BT2082 (r.o. 19).

57. Conclusie bij Hoge Raad 17 juni 2011, LJN BQ1677, onderdeel 4.12.5.

58. Hof Leeuwarden 27 januari 2009, LJN BH3135 (r.o. 20).

59. Krans 2006, p. 51.

60. Zie Hof Leeuwarden 20 september 2009, LJN BT2082 (r.o. 19).

kel 6:74 BW of bij een contractuele boete<sup>61</sup> toe. Dit gaat verder dan de richtlijn, maar zeker bij een contractuele boete is verdedigbaar dat dit een verplichting tot een 'geven' is.

## 4. Conclusie

De Nederlandse implementatiewet is wat betreft de toepassing van de wettelijke handelsrente ruimer geformuleerd dan de Europese richtlijn, zowel wat betreft het onderwerp van de transactie (vermogensrechten) als de hoedanigheid van partijen. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat dit ook bedoeld is. Maar ook kan de wettelijke regeling ruimer worden gelezen wat betreft de aard van de transactie (overeenkomst om baat, verplichting tot geven of doen). Zo gelezen, vallen ook kredietovereenkomsten, verzekeringsovereenkomsten en contractuele schadeloosstellingen, boetes en andere niet primaire verplichtingen (zoals voorwaardelijke verplichtingen tot teruggave van een deel van de koopprijs) onder de regeling van de handelsrente. Nergens blijkt echter dat dit bedoeld is.

Anderzijds is de introductie van het vereiste van een factuur een misvatting en wellicht een onvoldoende implementatie van de richtlijn.

Richtlijnconforme interpretatie van de Nederlandse wet is niet aan de orde voor zover de Nederlandse wetgever een ruimere (en voor de schuldeiser gunstiger) regeling heeft willen treffen. Veel misslagen in de rechtspraak worden veroorzaakt doordat de rechter dit nog niet goed ziet.

Het is niet duidelijk of bij een te late voldoening van een claim onder de garanties van een koopovereenkomst inzake een bedrijfsovername de wettelijke handelsrente van artikel 119a of de gewone wettelijke rente van artikel 119 verschuldigd is. Er zijn argumenten om te verdedigen dat de wettelijke handelsrente op dergelijke garantieclaims van toepassing is. Alles afwegende geef ik echter de voorkeur aan de kwalificatie 'argumenteerbaar' boven 'verdedigbaar'.

De koper doet er daarom goed aan om in de koopovereenkomst een rentepercentage te bepalen, alsmede te regelen vanaf welke datum deze rente verschuldigd is. Bij de invulling van deze contractuele rente kan verwezen worden naar de wettelijke handelsrente. Tevens kunnen partijen elk ander rentepercentage overeenkomen. Daarbij worden ze (slechts) beperkt door artikel 6:248 lid 2 BW (derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid) en artikel 6:94 BW (indien de overeengekomen rente zo hoog wordt dat deze het karakter

61. Rb. Zutphen 30 september 2009, LJN BK3761 (r.o. 4.9) beslist in een zaak waarin de koper van een huis de koopprijs niet kon voldoen en de contractuele boete van 10% was verschuldigd, dat deze over de boete ook de wettelijke handelsrente is verschuldigd. Zo ook Rb. Rotterdam 8 april 2009, LJN BI0580 (r.o. 7.13). Later komt ditzelfde college tot een ander oordeel (geen wettelijke handelsrente over de boete): Rb. Rotterdam 7 april 2010, LJN BM1582 (r.o. 5.24).

van een boete krijgt, kan de rechter matigen).<sup>62</sup> Bij een verwijzing naar artikel 6:119a BW gelden deze beperkingen, naar mag worden aangenomen, niet.<sup>63</sup> De volgende clauseule kan als voorbeeld dienen.

Koper zal Verkoper schriftelijk in kennis stellen van de feiten of omstandigheden die verband houden met een Inbreuk [op de garanties], tezamen met een zo gedetailleerd mogelijke omschrijving van de grondslag en inschatting van de Schade (de 'Inkennisstelling').

Verkoper zal Koper binnen 60 (zestig) dagen na ontvangst van de Inkennisstelling schriftelijk berichten of Verkoper de in de Inkennisstelling genoemde Schade voortvloeiende uit een Inbreuk in zijn geheel of gedeeltelijk aanvaardt dan wel betwist. Voor zover Verkoper binnen de termijn van 60 (zestig) dagen de aansprakelijkheid voor de Schade in zijn geheel of gedeeltelijk heeft aanvaard, zal dat deel door de Verkoper worden betaald aan Koper, met inachtneming van de voorwaarden en beperkingen van deze Overeenkomst. Indien de in de Inkennisstelling genoemde (vermeende) Inbreuk of (vermeende) Tekortkoming geheel of gedeeltelijk wordt betwist, zullen Koper en Verkoper trachten de onderliggende verschillen daaromtrent op te lossen en in der minne te schikken.

Bij te late betaling, dan wel, indien na betwisting later alsnog komt vast te staan dat Verkoper aan Koper een bedrag verschuldigd is, zal Verkoper over het onvoldane bedrag de wettelijke handelsrente als bedoeld in artikel 119a Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek aan Koper verschuldigd zijn, met ingang van de 61e (eenenzestigste) dag na ontvangst van de Inkennisstelling.<sup>64</sup>

Het zou goed zijn als de misvatting van de wetgever omtrent de factuur wordt rechtgezet bij de behandeling van een toekomstige wetsherziening. Tevens kan dan de ruimere tekst van de wet ten opzichte van de richtlijn worden verduidelijkt: was dit de bedoeling, ontbrak de bedoeling maar bevredigt het effect, of is dit niet de bedoeling? De implementatie van Richtlijn II zou hiervoor kunnen worden gebruikt, maar zie ik het goed, dan hoeft de wettelijke regeling van de handelsrente niet vanwege Richtlijn II te worden gewijzigd.<sup>65</sup> Wellicht kan dit worden meegenomen bij een andere herziening.

De rechter kan worden voorgehouden dat een richtlijnconforme interpretatie van artikel 6:119a BW niet aan de orde is indien de wettelijke bepaling beoogd gunstiger is voor de schuldeiser dan de richtlijn.

62. Zie hierover: G.T. de Jong, Twee systemen voor de wettelijke rente, in: *Betalingsachterstanden 2006*, p. 64/65.

63. Zie onderdeel 9 van de noot van J. Hijma onder HR 14 januari 2005, NJ 2007, 481: 'Mede gezien de Europese origine van art. 6:119a (richtlijn 2000/35/EG) en de aard van de contracten en contractanten waar de regeling op ziet, zal matiging bij wettelijke handelsrente tot de witte raven behoren.'

64. Vanzelfsprekend zou ook een andere datum als ingangsdatum kunnen worden gekozen, bijvoorbeeld de datum van overdracht omdat de koopprijs op deze datum ook voldaan zal zijn.

65. Behoudens wellicht de vaste betalingstermijn voor overheidsinstanties, maar dit kan heel goed op een andere plaats dan het BW worden geregeld.