

Actualia

contractspraktijk

Uitstel is niet hetzelfde als afstel

Mr. drs. J.H.M. Spanjaard*

1. Inleiding

Als de prestatie bij de verwachtingen achterblijft, staat de teleurgestelde opdrachtgever of koper een aantal middelen ter beschikking om zijn opdrachtnemer of verkoper alsnog tot presteren te dwingen. Zo kan de schuldeiser te allen tijde nakoming vorderen. Als nakoming niet, niet meer of niet zonder gebreken mogelijk is, kan hij kiezen voor schadevergoeding al dan niet in combinatie met (gedeeltelijke) ontbinding van de overeenkomst.

Dikwijls komt het voor dat de opdrachtgever/koper ook nog betalingen moet verrichten aan de opdrachtnemer/verkoper. In dat geval is het achterhouden van betalingen – opschorting van de eigen prestatie – een effectief middel. Opschorting wordt dan ingezet om de wederpartij te dwingen alsnog met de prestatie over de brug te komen.

Niet zelden blijkt gaandeweg de rit dat nakoming niet meer mogelijk is en dat schadevergoeding de enige remedie is. Ook in dat geval kan een eerder beroep op het opschortingsrecht zijn waarde bewijzen. Immers, de opgeschorte verplichting kan dan met de schade verrekend worden, zodat de opdrachtgever/koper als het even meezit niets meer aan zijn wederpartij verschuldigd is.

Maar hoe zit het dan als nakoming niet langer mogelijk is en de gevolgen van de gebrekkige prestatie met schadevergoeding moeten worden opgelost? Kan dan nog steeds worden opgeschort? En houdt dit opschortings-

recht ook stand indien de overeenkomst die de koper/opdrachtgever met zijn wederpartij sloot of de op de overeenkomst toepasselijke algemene voorwaarden van de wederpartij het recht op verrekening uitsluiten? Is dan ook de opschorting niet meer mogelijk? In zijn arrest van 31 oktober 2014 in de procedure tussen Eurostrip en Velenturf q.q.¹ gaf de Hoge Raad antwoord op deze vraag.

2. Opschorting

Het opschortingsrecht is geregeld in de artikelen 6:52 e.v. en 6:262 e.v. van het Burgerlijk Wetboek (BW). De algemene regeling is geformuleerd in de artikelen 6:52 e.v. BW; een specifiek op de wederkerige overeenkomsten toegespitst opschortingsrecht is geregeld in artikel 6:262 e.v. BW.²

De regelingen kennen een aantal eisen:

1. De schuldenaar heeft een opeisbare vordering op zijn schuldeiser.
2. Tussen de vordering en de verbintenis bestaat voldoende samenhang om de opschorting te rechtvaardigen.
3. De schuldenaar verkeert zelf niet in verzuim jegens zijn schuldeiser.
4. De opschorting mag slechts worden uitgevoerd totdat voldoening van de vordering van de schuldeiser plaatsvindt, of zekerheid wordt gesteld voor de vordering die aan het beroep op opschorting ten grondslag ligt.³

* Mr. drs. J.H.M. Spanjaard is advocaat bij La Gro Advocaten in Alphen aan den Rijn.

1. HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3072 (Eurostrip/Velenturf q.q.).
2. Nader over de opschorting: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2012, nr. 270-287.
3. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2012, nr. 283.

Voldoende samenhang wordt aanwezig geacht indien de verbintenissen over en weer voortvloeien uit dezelfde rechtsverhouding of indien partijen regelmatig zaken met elkaar doen en de vordering uit één of meerdere van die zaken voortvloeit.⁴ Een voorbeeld van dat eerste geval is de situatie waarin een gebouw wordt gekocht dat vrij van huur dient te worden opgeleverd. Indien het gebouw op de leveringsdatum niet vrij van huur wordt opgeleverd, heeft de koper in ieder geval het recht zijn betalingsverplichting op te schorten, vooruitlopend op een vordering tot nakoming of ontbinding.⁵ Een voorbeeld van het tweede geval vormt de distributieovereenkomst op grond waarvan de leverancier gehouden is op gezette tijden producten aan de distributeur te leveren. Indien de geleverde producten non-conform blijken, mag de distributeur zijn betalingsverplichtingen opschorten, zelfs als de opgeschorte betaling op andere producten betrekking heeft dan de non-conforme producten.⁶

In geval van gedeeltelijke of niet behoorlijke nakoming is opschorting slechts toegelaten voor zover de tekortkoming haar rechtvaardigt.⁷

De hoofdregel van artikel 6:54 BW benadrukt dat de opschorting een prikkel tot nakoming beoogt te geven. Het artikel bepaalt namelijk dat onder meer geen bevoegdheid tot opschorting bestaat voor zover de nakoming van de verbintenis van de wederpartij blijvend onmogelijk is. In dat geval is opschorting niet langer mogelijk, maar kan de teleurgestelde opdrachtgever/koper op de voet van artikel 6:74 lid 2 BW schadevergoeding vorderen.

In geval van opschorting op grond van artikel 6:262 BW is het bepaalde in artikel 6:54 onder b BW echter niet van toepassing, aldus artikel 6:264 BW. Bij een wederkerige overeenkomst kan dus ook in het geval van blijvende onmogelijkheid van nakoming een beroep op een opschortingsrecht worden gedaan. Het bestaan van een opschortingsrecht, ook als voorbode voor verrekening, is door de Hoge Raad gesauveerd in het arrest Kenter/Slierings.⁸ In dat arrest stond de gebrekkige uitvoering van een aannemingsproject centraal. De opdrachtgever schortte betaling van zijn volledige restantverplichtingen – zo'n € 14.000 – op. De aannemer stelde dat het herstel van de gebreken slechts € 5.000 zou kosten en stelde voor dat de opdrachtgever € 10.000 zou betalen, waarna het herstel zou worden uitgevoerd. De

opdrachtgever weigerde en vond bij de Hoge Raad uiteindelijk een gewillig oor. De Hoge Raad oordeelde namelijk in r.o. 3.5. van het arrest Kenter/Slierings:

‘Het opschortingsrecht strekt immers juist ertoe druk op Slierings uit te oefenen om de tegenvordering na te komen, en heeft, voor het geval Slierings daarmee in gebreke zou blijven, mede het karakter van zekerheid voor de voldoening (door middel van verrekening) van de uit zijn verzuim voortvloeiende schadevordering.’

De uitoefening van het opschortingsrecht heeft tot gevolg dat de desbetreffende contractspartij niet verplicht is tot betalen, zonder dat zij in verzuim kan geraken. Op het opschortingsrecht hoeft niet een expliciet beroep te worden gedaan bij het begin van uitoefening ervan. Ook later in de procedure kan een beroep op de opschorting worden gedaan.⁹ Een schuldenaar die gaat opschorten, doet er derhalve goed aan te klagen bij zijn wederpartij en – om latere procedurele complicaties te voorkomen – een ingebrekestelling te sturen. In dat kader kan het geen kwaad ook alvast een (schriftelijk) beroep op het opschortingsrecht te doen, zelfs al is dat strikt genomen niet vereist.

De regeling over opschorting in het Burgerlijk Wetboek is van regelend recht. In beginsel staat het partijen vrij van de regeling af te wijken of haar zelfs volledig uit te sluiten door een verbod op opschorting op te nemen.¹⁰ In overeenkomsten en algemene voorwaarden wordt dikwijls de bepaling aangetroffen dat de klant zijn betalingen zonder opschorting of verrekening moet voldoen.

Indien het opschortingsverbod in algemene voorwaarden is opgenomen, is de bepaling jegens consumenten onredelijk bezwarend op grond van artikel 6:236 onder c BW in combinatie met artikel 6:233 onder a BW. Op grond van de rechtspraak die door de Hoge Raad en het Hof van Justitie van de Europese Unie onder Richtlijn 93/13 (Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten)¹¹ is gewezen, dient de rechter ambtshalve het opschortingsverbod te vernietigen indien dit in de procedure een rol speelt.¹²

In geval van wederkerige overeenkomsten mag op opschorting ook nog een beroep worden gedaan als nakoming blijvend onmogelijk is geworden. In dat geval

4. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 272-277.
 5. Indien ook de koper niet in staat is na te komen, maar de nakoming bij beide partijen 'hokt', komt geen van partijen – koper of verkoper – een beroep op een opschortingsrecht toe, maar kunnen zij uitsluitend de overeenkomst ontbinden, zo kan worden afgeleid uit HR 11 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7195, NJ 2009/342, m.nt. JH (Hartendorp/Kooij). Zie in dit kader met name alinea 6 van de noot van Hijma onder dit arrest in NJ 2009/342.
 6. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 277.
 7. HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610, NJ 2009/50, m.nt. JH (Ammerlaan/Enthoven).
 8. HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:95, NJ 2014/236, m.nt. Tjong Tjin Tjai, JOR 2014/121, m.nt. Dammingh (Kenter/Slierings).

9. HR 11 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7195, NJ 2009/342, m.nt. JH (Hartendorp/Kooij), r.o. 3.4.1-3.4.2, alsmede HR 8 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7343, NJ 2002/199 (Hendriks/Peters), r.o. 3.5.
 10. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 282.
 11. PbEG 1993, L 95/29.
 12. Vgl. over de ambtshalve toetsing en ambtshalve vernietiging o.a.: HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, TvC 2013/6, m.nt. M.B.M. Loos en R.R.M. de Moor (Heeasakkers/Voets); HvJ EG 4 juni 2009, zaaknr. C-243/08, TvC 2009/5, m.nt. M.B.M. Loos (Pannon); HvJ EU 26 april 2012, zaaknr. C-472/10, NJ 2012/404, m.nt. MRM, TvC 2012/6, m.nt. J.H.M. Spanjaard (Invitel); HvJ EU 21 maart 2013, zaaknr. C-92/11, NJ 2013/375, TvC 2014/1, m.nt. J.H.M. Spanjaard (RWEE); HvJ EU 30 april 2014, zaaknr. C-26/13, NJ 2014/355, m.nt. MRM (Kásler); alsmede C.M.D.S. Pavillon, Wat maakt een beding oneerlijk? Het Hof wijst ons (eindelijk) de weg, TvC 2014/4.

zal de klant (opdrachtgever/koper) het opgeschorte bedrag in de regel willen verrekenen met eventuele schade die hij lijdt ten gevolge van de tekortkoming van zijn wederpartij. Ook verrekening kan worden uitgesloten in de overeenkomst of in de algemene voorwaarden. Ook de verrekeningsuitsluiting is in consumentenovereenkomsten enigszins besmet. Een verrekeningsverbod in algemene voorwaarden wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van artikel 6:237 onder g BW. Tegen dit wettelijk vermoeden is tegenbewijs door de gebruiker van de algemene voorwaarden toegelaten. De rechter zal op grond van de rechtspraak over Richtlijn 93/13 gehouden zijn ambtshalve in te grijpen indien hij meent dat het verrekeningsverbod daadwerkelijk onredelijk bezwarend is.¹³

3. Eurostrip/Velenturf q.q.

In de procedure speelde in het kort het volgende. Eurostrip sloot in september 2000 met Nawa een overeenkomst tot aanleg van een installatie voor de vervaardiging van steenstrips. Nawa verklaarde op de overeenkomst de algemene voorwaarden van de FME van toepassing. Terhandstellingsperikelen speelden in deze procedure kennelijk niet.

Medio 2002 werd de installatie feitelijk in gebruik genomen; van een formele oplevering is het niet gekomen. De installatie bleek al van aanvang af de toegezegde capaciteit van 325 m² per uur niet te halen. In een nadien in opdracht van Eurostrip uitgevoerd, door Nawa betwist onderzoek door TNO uit 2007 bleek dat de installatie ongeveer 35% van de toegezegde capaciteit haalde. Deze non-conformiteit vormde voor Eurostrip reden haar betaling van de slottermijn op te schorten.

Nadat eerdere pogingen een regeling in der minne te bereiken strandden – er werd door partijen nog een vaststellingsovereenkomst gesloten, waarin zij afspraken het geschil over de omvang van de capaciteit van de installatie door bindend adviseurs te laten beslechten; de bindend adviseurs werden het vervolgens onderling niet eens –, begon Nawa een procedure. Hangende de procedure in eerste aanleg ging Nawa failliet. Velenturf werd tot curator benoemd en nam vervolgens de procedure in conventie over. Al snel bleek dat nakoming überhaupt niet meer mogelijk zou zijn en dat schadevergoeding de enige oplossing zou zijn.¹⁴

De curator beriep zich in de procedure op het in de algemene voorwaarden van de FME opgenomen verrekeningsverbod. Omdat verrekening was uitgesloten, was het toepassen van de opschorting niet langer mogelijk, aldus de curator. De curator had deze uitleg nodig, omdat de algemene voorwaarden van de FME geen

expliciet opschortingsverbod bevatten. Het hof volgde de curator in deze stelling:

‘Het beroep op dit verrekeningsverbod impliceert voor zoveel nodig tevens een beroep op de onmogelijkheid of ontoelaatbaarheid van opschorting in afwachting van verrekening. Dit verweer van Nawa slaagt. Er zijn voorts onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld of gebleken op grond waarvan geoordeeld zou moeten worden dat een beroep op dat verrekeningsverbod naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.’ (r.o. 4.10.9)

Het hof heeft mijns inziens verzuimd aan te geven op welke grondslag tot deze uitleg wordt gekomen. Gelet op recente rechtspraak van de Hoge Raad lijkt het antwoord gegeven: algemene voorwaarden dienen te worden uitgelegd conform de Haviltex-maatstaf.¹⁵

A-G Langemeijer concludeert in zijn conclusie voor dit arrest dat het oordeel van het hof de toets der kritiek kon doorstaan. Hij baseert zijn conclusie op de omstandigheden dat schadevergoeding, gelet op de inhoud van de casus, de enige remedie voor Eurostrip was, nu van nakoming geen sprake meer kon en zou zijn. De verrekening van de schadevergoedingsvordering met betalingsverplichtingen was in de algemene voorwaarden die Nawa hanteerde uitgesloten, zodat deze route voor Eurostrip was afgesloten. Om die reden, concludeert ook A-G Langemeijer, kon en mocht het hof concluderen dat het invoeren van de opschorting geen zin meer had: de opschorting zou – zo interpreteer ik – uitsluitend tot een doodlopende weg voeren. De A-G stelt ter onderbouwing van zijn conclusie dat in vakliteratuur is opgemerkt dat het opschortingsrecht naar zijn aard een tijdelijke maatregel is.¹⁶

Over de conclusie van de A-G kan worden opgemerkt dat de wetgever in artikel 6:54 aanhef en onder b BW inderdaad het standpunt lijkt te huldigen dat de opschorting een tijdelijke maatregel is en dient als prikkel tot nakoming, getuige het feit dat opschorting niet (langer) kan worden ingeroepen als de nakoming blijvend onmogelijk is. In de opschortingsregeling ten aanzien van wederkerige overeenkomsten geldt deze regel evenwel niet. Het is daarom de vraag of de opschorting in geval van wederkerige overeenkomsten wel zo tijdelijk is.

De Hoge Raad lijkt in het arrest Eurostrip/Velenturf q.q. te oordelen van niet. In r.o. 4.3 van zijn arrest Eurostrip/Velenturf q.q. overweegt hij:

‘Onderdeel II klaagt echter terecht over het oordeel van het hof dat het verrekeningsverbod belet dat Eurostrip haar betalingsverplichting opschort met

13. Vgl. de bronnen genoemd onder voetnoot 12.

14. HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3072 (Eurostrip/Velenturf q.q.), r.o. 3.1.

15. Vgl. HR 16 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:83 (TVM/X), r.o. 3.6.

16. Conclusie A-G Langemeijer voor Eurostrip/Velenturf q.q., ECLI:NL:PHR:2014:1708, par. 2.12-2.13. De verwijzing naar de vakliteratuur betreft: C.A. Streefkerk, Opschortingsrechten, Mon. BW B32b, 2013, p. 53, onder verwijzing naar HR 27 maart 1992, NJ 1992/378.

een beroep op haar eis tot schadevergoeding. Nu het hof niet het tegendeel heeft vastgesteld, moet in casu veronderstellenderwijs ervan worden uitgegaan dat het bestaan van de tegenvordering van Eurostrip voorshands aannemelijk is en dat die vordering haar beroep op een opschortingsrecht rechtvaardigt (vgl. HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610, NJ 2009/50, rov. 4.6). In dat geval valt niet in te zien waarom Eurostrip niet haar verplichting tot betaling zou mogen opschorten totdat haar tegenvordering wordt voldaan. Het verrekeningsverbod brengt in dit verband immers slechts mee dat – indien een schadevergoedingsverplichting van Newa komt vast te staan – Eurostrip zich niet geheel of ten dele van haar betalingsverplichting kan kwijten door het uitbrengen van een verrekeningsverklaring. Dit staat echter los van haar bevoegdheid tot opschorting, die immers ertoe strekt pressie uit te oefenen opdat de haar toekomende schadevergoeding wordt voldaan. Die opschortingsbevoegdheid wordt dan ook niet beïnvloed door het verrekeningsverbod. Indien het hof dit heeft miskend, is het uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting.

Indien het hof niet is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting – het heeft immers in rov. 4.10.6 overwogen dat de FME-voorwaarden een beroep op opschorting niet “expliciet” uitsluiten – is zijn oordeel in het licht van het vorenstaande onbegrijpelijk. Hierbij verdient nog opmerking dat uit geen van de door het hof in rov. 4.10.8 vermelde vindplaatsen volgt dat Eurostrip zich op verrekening wil beroepen.’

Kortom: opschorting en verrekening moeten los van elkaar worden gezien en bij het beroep op het opschortingsrecht moet niet al bekeken worden of de opschorting uiteindelijk tot een doodlopende weg kan voeren. Bovendien verbiedt een verrekeningsverbod niet automatisch een beroep op opschorting. Dat zal in de overeenkomst of algemene voorwaarden expliciet moeten worden benoemd.

4. Afronding

De Hoge Raad schenkt klare wijn: het opschortingsrecht en het verrekeningsrecht vormen twee verschillende rechtsfiguren, die niet zomaar op elkaar mogen worden gelegd. Het opnemen van een verrekeningsverbod impliceert niet automatisch een opschortingsverbod, zelfs niet indien schadevergoeding (al dan niet via verrekening) de enige remedie is. Ook in dat geval dient de rechter te onderzoeken of het beroep door de opschorter op zijn opschortingsrecht terecht is, los van de vraag wat de gevolgen zullen zijn en of de opschorter later een beroep op zijn verrekeningsrecht toekomt. Dit arrest geeft de teleurgestelde klant een extra wapen in handen: hij kan opschorten, zelfs als verrekening later niet moge-

lijk is en zelfs als de nakoming blijvend onmogelijk wordt.

Dit arrest onderstreept tegelijkertijd de noodzaak voor verkopers en dienstverleners om in hun overeenkomsten en algemene voorwaarden een opschortingsverbod op te nemen. Ik vermoed dat als de algemene voorwaarden van de FME een expliciet opschortingsverbod hadden bevat, het beroep van Eurostrip op het opschortingsrecht niet zou zijn gehonoreerd. Een regeling in de trant van ‘De klant is gehouden de facturen van [naam gebruiker] zonder opschorting, inhouding of verrekening te voldoen’ is blijkens het arrest Eurostrip/Velenturf q.q. geen overbodige luxe.