

Opschortingsrecht bij een overnamecontract

HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2106:2517 (CIA/Heredium)

*Mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk**

1 Inleiding

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2106:2517 (CIA/Heredium) een uitspraak gedaan over de werking van het opschortingsrecht in geval van een overnamecontract waarin de verkoper de koper moest vrijwaren voor belastingschulden van de target in verband met de overname. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de koper zich terecht op een opschortingsrecht had beroepen, ook al kwam na een fiscale procedure vast te staan dat er in werkelijkheid geen belastingschuld was. De koper was niet in verzuim geraakt door het opschorten van zijn verplichting tot betaling van de koopprijs.

2 Casus

Creative Industries Amsterdam B.V. (hierna: CIA) is de koper van de aandelen in Heredium Magnum B.V. (hierna: de Vennootschap). De Vennootschap is eigenaar van het pand aan de Keizersgracht en Prinsengracht te Amsterdam dat tot 2007 in gebruik was van de Openbare Bibliotheek Amsterdam. CIA en de verkoper, de coöperatie Heredium Coöperatie u.a. (hierna: Heredium), gingen er op grond van een zogeheten 'ruling' van de Belastingdienst van uit dat voor deze overdracht geen overdrachtsbelasting was verschuldigd, omdat het gebouw niet van eigenaar veranderde. Niettemin is in de koopovereenkomst bepaald dat als toch overdrachtsbelasting verschuldigd zou zijn, Heredium deze zou voldoen.¹ Na de aandelenoverdracht is de Belastingdienst op de 'ruling' teruggekomen. CIA, waarin de Vennootschap door fusie was opgegaan, ontving van de gemeente Amsterdam een naheffingsaanslag overdrachtsbelasting van circa € 2,7 miljoen vermeerderd met heffingsrente en een boete. De advocaat van CIA deelde daarop aan Heredium mee dat de betaling van de contractueel verschuldigde tweede termijn van de koopsom werd opgeschort. Bezwaar en beroep door CIA bij de gemeente leidden slechts tot vermin-

dering van de boete, maar de Rechtbank Haarlem heeft de beschikking waarbij de naheffingsaanslag was opgelegd, vernietigd en de aanslag op nihil gesteld. Het Gerechtshof Amsterdam heeft het door de Belastingdienst ingestelde beroep tegen het vonnis van de rechtbank verworpen. Vervolgens rees de vraag of CIA zich terecht op het opschortingsrecht had beroepen. Achteraf bezien was immers geen sprake van een niet nakomen door Heredium van een verplichting tot betaling van de naheffingsaanslag. Heredium beriep zich in dit verband op jurisprudentie van de Hoge Raad waaruit volgt dat wanneer achteraf blijkt dat een partij zich ten onrechte op een opschortingsrecht heeft beroepen, zij de nadelige gevolgen daarvan dient te dragen. Er is dan sprake van wanprestatie. De partij die de nakoming van haar verplichting onbevoegd heeft opgeschort, is risicoaansprakelijk voor de gevolgen daarvan. Heredium vorderde op deze grondslag een boete wegens te late betaling van de tweede termijn van de koopprijs en wettelijke handelsrente over het te laat betaalde bedrag.

3 De Hoge Raad

De Hoge Raad verwierpt in zijn arrest van 4 november 2016 dit betoog van Heredium. Hij overweegt (r.o. 4.5):

'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 ver-

* Mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Amsterdam.

1. Art. 12.1 aanhef en onder (b) van de koopovereenkomst luidt: 'Overdrachtsbelasting die in verband met het aangaan van deze Overeenkomst en de tenuitvoerlegging daarvan verschuldigd is of wordt, dient zodra dit verschuldigd is als volgt betaald te worden: (...) (b) indien in alle andere gevallen dan genoemd onder (a) overdrachtsbelasting (inclusief boetes en renten) verschuldigd is of wordt, zal Verkoper deze voldoen.'

nietiging van de naheffingsaanslag – in de relatie tussen partijen gerechtvaardigd, zodat CIA door die opschorting niet tegenover Heredium tekortschoot.⁷

De Hoge Raad beantwoordt de vraag naar de bevoegdheid tot opschorting door middel van uitleg van de koopovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Hij legt er de nadruk op dat op grond van de koopovereenkomst Heredium in de verhouding tussen partijen de materieel belanghebbende was bij het door CIA tegen de naheffingsaanslag gevoerde verweer. Op grond van art. 12.1 aanhef en onder (b) van de koopovereenkomst zou Heredium immers uiteindelijk de overdrachtsbelasting moeten betalen als in de fiscale procedure zou komen vast te staan dat er inderdaad overdrachtsbelasting verschuldigd was.

4 Bevoegdheid tot opschorten

Het opschortingsrecht heeft twee verschillende functies. Ten eerste vormt het een pressiemiddel om nakoming van de wederpartij te verkrijgen en ten tweede geeft het de schuldenaar zekerheid dat zijn tegenvordering wordt nagekomen.² Als de schuldenaar op goede gronden zijn verplichting tot nakoming opschort, komt hij weliswaar zijn verbintenis niet na, maar is er geen sprake van een tekortkoming in de nakoming in de zin van art. 6:74 e.v. en 6:265 van het Burgerlijk Wetboek (BW).³ Om het opschortingsrecht uit te mogen oefenen, dient de schuldenaar een opeisbare tegenvordering op de schuldeiser te hebben. In dat kader is vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat als nog onzeker is of de schuldenaar een tegenvordering heeft, de rechter bij de beoordeling of de opschorting gerechtvaardigd is, mag volstaan met een voorshands oordeel omtrent het bestaan en de omvang van die tegenvordering.⁴ Als dit anders zou zijn, zou onvoldoende recht worden gedaan aan de omstandigheid dat een beroep op opschorting mede het karakter heeft van zekerheid voor de voldoening van deze tegenvordering, waaraan in het rechtsverkeer behoefte bestaat. De keerzijde van deze medaille is dat een achteraf ongegrond gebleken beroep op opschorting meebrengt dat de schuldenaar op het moment van beroep op het opschortingsrecht op grond van art. 6:83 sub c BW zonder ingebrekestelling in verzuim kwam te verkeren, zodat hij als het gaat om een verbintenis tot betaling van een geldsom vanaf dat moment de wettelijke rente verschuldigd wordt over de door hem verschuldigde geldsom.

In dit geval heeft de Hoge Raad aan de vaststelling dat achteraf bezien geen sprake was van een naheffingsaanslag en CIA dus geen tegenvordering had op Heredium, niet de consequentie verbonden dat CIA ten onrechte haar betalingsverplichting heeft opgeschort en dus reeds op het moment van opschorten van haar betalingsverplichting in verzuim is gekomen en wettelijke rente verschuldigd is vanaf de datum dat volgens de overeenkomst de tweede termijn van de koopsom moest worden betaald. De reden hiervoor is, zoals gezegd, gelegen in de uitleg die de Hoge Raad geeft aan de overeenkomst tussen partijen. Die aanpak vindt steun in de parlementaire geschiedenis. De Toelichting Meijers bij art. 6:262 lid 2 BW vermeldt:

‘Moet een der partijen krachtens wet, gewoonte of overeenkomst het eerste nakomen, dan is het een vraag van uitlegging, of deze nakoming geheel voltooid moet zijn, voordat de wederpartij harerzijds tot presteren verplicht is.’⁵

Vertaald naar het onderhavige geval: het is een vraag van uitleg van de overeenkomst of CIA verplicht was om de tweede betalingstermijn te voldoen, op het moment dat er reden was om aan te nemen dat Heredium verplicht zou worden om de overdrachtsbelasting te betalen teneinde te voorkomen dat CIA (als belastingplichtige) dat zou moeten doen. Zie in dit verband ook A-G Wissink in zijn conclusie in deze zaak:

‘In wezen gaat het erom om door middel van uitleg vast te stellen of de overeenkomst meebrengt dat ook een opschorting als de onderhavige geschiedt op risico van de opschortende partij.’⁶

De Hoge Raad oordeelt dat de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid het volgende meebracht voor CIA. Aangezien Heredium in de verhouding tussen partijen de materieel belanghebbende was bij het door CIA tegen de naheffingsaanslag gevoerde verweer, was de opschorting 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. De Hoge Raad beoordeelt op grond van deze overweging de positie van CIA anders dan die van een andere schuldenaar die meent dat hij een tegenvordering heeft, waarvan later komt vast te staan dat die niet bestond of minder groot was dan de schuldenaar meende. Dat laatste geval noemde het hof in r.o. 3.2 van het arrest a quo (ECLI:NL:GHAMS:2015:1290), en in navolging van het hof ook A-G Wissink in zijn conclusie (nr. 3.8.1), het ‘normale geval’. De vraag rijst wat nu het kenmerkende verschil is tussen het geval van CIA en het ‘normale geval’. Zoals gezegd, is de schuldenaar die onbevoegd de nakoming van zijn verbintenis opschort, risicoaansprakelijk voor de gevolgen daarvan. In dat verband kan een parallel worden getrokken met de schuldenaar die, naar achteraf blijkt, ten onrechte een ontbindingsver-

2. Zie G.T. de Jong, H.B. Krans & M.H. Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 141; C.A. Streefkerk, *Opschortingsrechten* (Mon. BW, deel B32b), Deventer: Kluwer 2013, nr. 7.1.

3. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/286 en Parl. Gesch. Boek 6, p. 208.

4. HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610, NJ 2009/50 (Ammerlaan/Enthoven), r.o. 4.6; HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4907, NJ 2012/94 (Eurectco/Naeije), r.o. 3.5.4; HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:95, NJ 2014/236 (Kenter/Slierings), r.o. 3.5; HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3072, NJ 2015/85 (Eurostrip/Velenturf q.q.), r.o. 4.3.

5. Parl. Gesch. Boek 6, p. 996.

6. ECLI:NL:PHR:2016:860, nr. 3.8.2.

klaring heeft uitgebracht.⁷ Ook is vergelijkbaar het geval dat beslag is gelegd of voldoening van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis is afgedwongen, terwijl dat achteraf onrecht blijkt te zijn gedaan.⁸ In die gevallen speelt dus geen rol of de schuldeiser op verdedigbare gronden meende een vordering te hebben. Het hof zocht in r.o. 3.2 van het arrest a quo het verschil hierin dat de opschorting door CIA haar rechtvaardiging vond 'in een op dat moment bestaande fiscale claim. Deze claim was opeisbaar en invorderbaar en vormt een niet meer weg te denken realiteit.' De Hoge Raad ziet dit niet als het springende punt waarin de positie van CIA verschilt van het 'normale geval'. Hij overweegt naar aanleiding van een daarop gerichte cassatieklacht van Heredium:

'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.'

De Hoge Raad legt er de nadruk op dat Heredium in de verhouding tussen partijen de materieel belanghebbende was bij het door CIA tegen de naheffingsaanslag gevoerde verweer. Hiermee wil de Hoge Raad klaarblijkelijk tot uitdrukking brengen dat CIA haar betalingsverplichting mocht opschorten in ruil voor de inspanning die zij ten behoeve van Heredium leverde door zich te verzetten tegen de naheffingsaanslag.

Daarmee plaatst de Hoge Raad de hem voorgelegde kwestie nadrukkelijk in de sleutel van de redelijkheid en billijkheid. Die benadering sluit aan bij de achtergrond van het opschortingsrecht, meer in het bijzonder de *exceptio non adimpleti contractus* van art. 6:262 BW, te weten dat een contractant die zelf niet presteert maar wel nakoming door zijn wederpartij tracht af te dwingen, in strijd met de redelijkheid en billijkheid handelt.⁹ Dat deze benadering dogmatisch zeer wel te billijken valt, betekent ondertussen niet dat daarmee optimale duidelijkheid is geschapen voor de rechtspraktijk. De reden dat de wetgever van het nieuwe BW een regeling van de opschortingsrechten en de *exceptio non adimpleti contractus* heeft getroffen, heeft juist als achtergrond dat de praktijk weinig concreet houvast heeft aan een beoordeling door de rechter

aan de hand van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Zie de Toelichting Meijers op art. 6:52 BW:¹⁰

'De schuldenaar die met beroep op dit artikel de nakoming van zijn verbintenis opschort, loopt een zeker risico; hij staat eraan bloot, dat de rechter over de vraag wat redelijkheid en billijkheid in het concrete geval meebrengen, een ander oordeel zal hebben. De praktijk eist echter, dat voor bepaalde groepen van gevallen de schuldenaar in de wet zelf kan lezen, dat hij de nakoming van zijn verbintenis mag opschorten.'

Het liep in dit geval dus goed af voor de advocaat van CIA, die zich namens zijn cliënt op een opschortingsrecht beriep. De vraag is nu wat de reikwijdte is van de regel die de Hoge Raad in dit geval heeft aanvaard. Wat zijn voorbeelden van andere situaties die afwijken van het 'normale geval'?

In overnamecontracten kunnen zich meer situaties voordoen waarin de verkoper baat heeft bij acties die de koper onderneemt om bepaalde ontwikkelingen bij de target af te wenden die kunnen leiden tot een schending van garanties of activeren van vrijwaringsverplichtingen. Op basis van dit arrest is er veel voor te zeggen dat in dergelijke situaties de koper zijn betalingsverplichting mag opschorten. Dat doet zich uiteraard alleen voor als, zoals in dit geval, de koopprijs in termijnen moet worden betaald. Als de koopprijs (gedeeltelijk) in escrow wordt gehouden in verband met mogelijke schadevergoedingsverplichtingen van de verkoper, heeft de koper een andere vorm van zekerheid.¹¹

5 Rentevoordeel

Met het oordeel dat CIA ook achteraf bezien bevoegd was zich op het opschortingsrecht te beroepen, is de zaak nog niet klaar. Zou CIA zich ten onrechte op het opschortingsrecht hebben beroepen, dan had zij wettelijke handelsrente aan Heredium moeten vergoeden vanaf de datum dat zij in verzuim was met het betalen van de tweede termijn van de koopprijs. Nu hoeft zij dat niet uit hoofde van art. 6:119a BW, omdat de vertraging in de betaling van de tweede termijn van de koopsom niet aan CIA kan worden toegerekend, nu zij zich terecht op een opschortingsrecht heeft beroepen.¹² Het hof heeft op grond van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid, mede gelet op art. 6:212 BW inzake ongerechtvaardigde verrijking, geoordeeld dat CIA de helft van de wettelijke handelsrente aan Heredium moet vergoeden. Deze beslissing

7. HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1684, NJ 2012/684 (G4/Hanzevast).

8. Zie Streefkerk 2013/27.2.

9. Zie L.S.C. Heyning-Plate, Eigenrichting tot zekerheid. De *exceptio non adimpleti contractus* en het retentierecht (diss. Rotterdam), Zwolle: Tjeenk Willink 1969, p. 35. Zie ook F.B. Bakels, Ontbinding van wederkerige overeenkomsten (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993, p. 203.

10. Parl. Gesch. Boek 6, p. 204. Dit is uiteraard de toelichting op het Ontwerp Meijers, waarin de desbetreffende bepaling luidde: 'Een schuldenaar die een opeisbare vordering heeft op zijn schuldeiser, is bevoegd de nakoming van zijn verbintenis op te schorten totdat de wederpartij haar verplichting nakomt, indien er een zodanige samenhang tussen beide verbintenissen bestaat, dat de wederpartij in strijd met redelijkheid en billijkheid zou handelen door nakoming te vorderen zonder nakoming van haar eigen verbintenis aan te bieden.'

11. Zie H.J. de Kluiver, Overnamecontracten, letters of intent en garanties, O&F 2003/58, p. 40.

12. Zie concl. A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2016:860, nr. 3.17.3.

wordt door de Hoge Raad gecasseerd, omdat het hof een ontoelaatbare verrassingsbeslissing heeft gegeven nu tussen partijen geen debat had plaatsgevonden over het rentevoordeel dat CIA in feite heeft gehad als gevolg van de opschorting van het nog verschuldigde restant van de koopprijs (r.o. 5.3.2). Aangezien het oordeel dat CIA bevoegd was om zich op een opschortingsrecht te beroepen zolang de naheffingsaanslag 'in de lucht hing', berust op hetgeen de koopovereenkomst in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid van CIA vergde, is het mogelijk dat die overeenkomst, aangevuld op grond van de redelijkheid en billijkheid, mee kan brengen dat CIA het door haar genoten rentevoordeel geheel of gedeeltelijk moet afdragen aan Heredium. A-G Wissink schrijft hierover het volgende:¹³

'Uit het voorgaande volgt dat, wanneer volgens art. 6:119a BW geen recht op rente bestaat, het in de rede ligt dat ook op basis van de redelijkheid en billijkheid geen recht op vergoeding van rente bestaat. De eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, echter verschuldigdheid van rente meebrengen. Een dergelijk oordeel is ingrijpend van aard en zulks is van belang bij de beantwoording van de vraag of de eisen van redelijkheid en billijkheid dat oordeel kunnen dragen en welke eisen aan de motivering van dit oordeel behoren te worden gesteld.'

Na cassatie en verwijzing moet hierover worden beslist na een verder partijdebat. Allicht kan daarin worden meegenomen dat de functie van het opschortingsrecht is om te dienen als pressiemiddel en zekerheid, maar niet om de schuldenaar een rentevoordeel te bezorgen doordat hij mag opschorten, maar er uiteindelijk geen tegenvordering blijkt te bestaan. Redelijkheid en billijkheid zullen ook hier een belangrijke rol spelen.

13. ECLI:NL:PHR:2016:860, nr. 3.23.1.