

Verrekeningsverbod staat niet in de weg aan opschorting

Bb 2014/82

1. Inleiding

Eerder dit jaar scheef mr. A.M. Smit (Bb 2014/17) in dit blad over de reikwijdte van het opschortingsrecht naar aanleiding van een arrest van de Hoge Raad van 17 januari 2014 (ECLI:NL:HR:2014:95, NJ 2014/236). In dat arrest speelde met name de vraag of een partij zich kan beroepen op een opschortingsrecht indien de oplevering van een werk nog niet heeft plaatsgevonden en de tekortkoming zich nog leent voor herstel. De Hoge Raad oordeelde dat het criterium dat sprake moet zijn van een opeisbare vordering niet in de weg lijkt te staan van opschorting als duidelijk is dat het deel van het werk dat al is verricht in ieder geval deels ondeugdelijk is verricht.

Op 31 oktober 2014 (ECLI:NL:HR:2014:3072, Bb 2014/82.1) heeft de Hoge Raad opnieuw een arrest gewezen waarin de vraag aan de orde was of een partij zich op opschorting mocht beroepen. Meest relevant was de vraag of een verrekeningsverbod aan een opschortingsrecht in de weg staat. Dit is in beginsel niet het geval.

2. Feiten

Medio 2000 heeft Eurostrip opdracht gegeven aan Nawa tot het leveren en installeren van een gedeelte van een installatie voor de productie van steenstrips. Op deze overeenkomst zijn de algemene voorwaarden van FME van toepassing verklaard. Daarin staat onder meer een verrekeningsverbod voor de opdrachtgever.

Tussen partijen is onenigheid ontstaan over de vraag of Nawa de installatie heeft geleverd conform de overeengekomen capaciteitseisen. In ieder geval weigert Eurostrip de laatste termijn en de factuur voor overeengekomen meer- en minderwerk te betalen en beroept zij zich op een opschortingsrecht. Dit wordt bevestigd in een faxbericht in oktober 2001, waarin staat dat Eurostrip haar betalingen aan Nawa zal opschorten totdat overleg tot resultaat heeft geleid dan wel anderszins sprake is van duidelijkheid over de consequenties voor Nawa van de door Eurostrip gestelde wanprestatie. Wel neemt Eurostrip de installatie in 2002 in gebruik en hebben partijen in 2004 in een vaststellingsovereenkomst bepaald dat ieder een deskundige zou benoemen om de meetmethodiek vast te stellen en daarna te meten in hoeverre de installatie voldoet. De twee partijdeskundigen komen er niet uit en vervolgens is, conform de vaststellingsovereenkomst, aan een derde deskundige (TNO) gevraagd te rapporteren. Een concept rapportage volgt in oktober 2006 en de definitieve rapportage in juli 2007.

In februari 2007 heeft Nawa Eurostrip echter al gedagvaard inzake de betaling van de facturen. Nawa heeft kort daarvoor de vaststellingsovereenkomst ontbonden omdat uit het concept TNO rapport zou zijn gebleken dat door het grote aantal wijzigingen door Eurostrip aan de installatie het niet meer mogelijk zou zijn te onderzoeken of de geleverde installatie voldeed aan de capaciteitseisen. In de door Nawa aangespannen procedure heeft Eurostrip zich op een opschortingsrecht beroepen.

Nawa is gedurende de procedure voor de rechtbank failliet gegaan. De curator heeft de procedure voortgezet.

3. Opschorting en verrekening

Op grond van art. 6:262 BW geldt dat wanneer een partij haar verbintenis niet nakomt, de wederpartij bevoegd is de nakoming van haar daartegenover staande verplichtingen op te schorten. In geval van gedeeltelijke of niet behoorlijke nakoming is opschorting slechts toegelaten, voor zover de tekortkoming haar rechtvaardigt. Op grond van art. 6:54 onder b BW bestaat geen bevoegdheid tot opschorting voor zover de nakoming van de verbintenis van de wederpartij blijvend onmogelijk is. Echter, art. 6:264 BW bepaalt dat art. 6:54 onder b BW buiten toepassing blijft bij opschorting op grond van art. 6:262 BW.

Op grond van art. 6:127 BW gaan verbintenissen tot hun gemeenschappelijk beloop teniet wanneer een schuldenaar die de bevoegdheid tot verrekening heeft, aan zijn schuldeiser verklaart dat hij zijn schuld met een vordering verrekent.

4. Oordeel Hoge Raad

Het middel in cassatie valt voor wat betreft het beroep op het opschortingsrecht door Eurostrip uiteen in twee onderdelen:

- I. Eurostrip is van oordeel dat het hof ten onrechte het beroep op opschorting vanwege het tekortschieten in de nakoming door Nawa heeft afgewezen; en
- II. Eurostrip is van oordeel dat het hof ten onrechte het beroep op opschorting vanwege haar betalingsverplichtingen in de vaststellingsovereenkomst heeft afgewezen.

Met het eerste onderdeel is de Hoge Raad snel klaar. Het hof had geoordeeld dat het faillissement van Nawa de mogelijkheid tot nakoming door Nawa ingrijpend had gewijzigd. Vervolgens was volgens het hof uit de houding van partijen in en buiten rechte gebleken dat nakoming door Nawa in het geheel niet meer aan de orde was en ook niet door Eurostrip werd nagestreefd. Opschorting leidt niet tot verval van de verbintenis, maar slechts tot uitstel in afwachting van enige andere actie. Het opschortingsrecht is dan ook bedoeld als een pressiemiddel om een wederpartij ertoe te bewegen om ook zijn kant van een wederkerige overeenkomst na te

¹ Mr. E.J. Offers is advocaat bij Van Benthem & Keulen N.V. te Utrecht.

komen. Nu nakoming niet langer werd gevorderd, was het hof van oordeel dat de basis om op grond van ondeugdelijke nakoming op te schorten ook was vervallen. De Hoge Raad volgt het feitelijke oordeel van het hof en oordeelt dat dit niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd is.

Met het tweede onderdeel klaagt Eurostrip over de beslissing van het hof dat artikel X uit de van toepassing zijnde FME voorwaarden verhindert dat Eurostrip een opschortingsrecht toekomt uit hoofde van een recht op schadevergoeding. Het hof was van oordeel dat dit verweer van Nawa slaagde omdat een toewijzing van schadevergoeding op grond van het verrekeningsverbod toch niet zou kunnen worden verrekend. Volgens het hof bleek uit het faxbericht van oktober 2001 impliciet dat Eurostrip zich wenste te beroepen op opschorting in afwachting van een beroep op verrekening met haar aanspraken op schadevergoeding vanwege de door Nawa gepleegde wanprestatie. De advocaat-generaal volgt de door het hof vastgestelde feiten (ECLI:NL:PHR:2014:1708), maar de Hoge Raad niet.

De Hoge Raad ziet niet in waarom Eurostrip niet haar verplichting tot betaling zou mogen opschorten totdat haar tegenvordering wordt voldaan. De Hoge Raad brengt in herinnering dat een verrekeningsverbod slechts meebrengt dat Eurostrip zich niet geheel of ten dele van haar betalingsverplichting kan kwijten door het uitbrengen van een verrekeningsverklaring. Echter, dit staat los van een opschortingsbevoegdheid die ertoe strekt pressie uit te oefenen opdat de aan Eurostrip toekomende schadevergoeding wordt voldaan. Voor zover het hof dit heeft miskend, is het uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Voor zover het hof niet is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, vindt de Hoge Raad het oordeel van het hof onbegrijpelijk omdat nergens uit de feiten blijkt dat Eurostrip zich op verrekening wenste te beroepen.

5. Conclusie

Het hof legt de feiten zo uit dat Eurostrip het opschortingsrecht hanteerde in afwachting van de mogelijkheid op een later moment een vastgestelde schadevergoeding te kunnen verrekenen met de openstaande facturen. De advocaat-generaal volgt het hof dat in dat geval een verrekeningsverbod aan de mogelijkheid tot opschorting in de weg staat. De Hoge Raad volgt dit oordeel niet en laat geen misverstand bestaan dat opschorting en verrekening twee verschillende rechtsfiguren zijn.

De vraag rijst in dat kader natuurlijk wel hoe de uitkomst van de procedure zou zijn geweest indien het opschortingsrecht expliciet zou zijn gekoppeld geweest aan een toekomstige verrekening terwijl de mogelijkheid van verrekening expliciet is uitgesloten. Opschorting totdat een daartegenover staande verplichting tot betaling van (vervangende) schadevergoeding is voldaan, behoort dus wel tot de mogelijkheden. Het verdient daarmee aanbeveling om, indien een beroep tot opschorting wordt gedaan, duidelijk aan te geven waarop die opschorting is gestoeld. Aan de zijde van de wederpartij geldt dat met het opnemen van een opschortingsverbod de contractpartner een voor de praktijk zeer belangrijk wapen uit handen wordt geslagen.