

Over de commercieel onwenselijke nietige betaaltermijn van meer dan 60 dagen, die evenmin in het wettelijk systeem past

Bb 2017/65

Per 1 juli 2017 is de Wet uiterste betaaltermijn van zestig dagen voor grote ondernemingen in werking getreden. In deze bijdrage wordt deze wet besproken en worden daarbij een aantal (kritische) kanttekeningen geplaatst, maar worden ook mogelijkheden gegeven om de impact van de wet in het handelsverkeer te verzachten. Die mogelijkheden doen helaas niets af aan de verstrekkende beperking van de contractsvrijheid voor ondernemingen, waardoor geen ruimte meer bestaat voor een eigen commerciële afweging van de kleine(re) ondernemer en waardoor de wet bovendien niet past in het wettelijk systeem.

1. Inleiding

Ter implementatie van een Europese richtlijn², werd in 2002 de wettelijke handelsrente in art. 6:119a BW geregeld. Daarmee beoogde de (Europese) wetgever betalingsachterstanden in business to business-relaties te bestrijden, onder meer door een relatief hoog (wettelijk) rentepercentage en een (wettelijke) betalingstermijn van 30 dagen (tenzij anders overeengekomen). De Europese wetgever constateerde dat het doel niet (voldoende) werd bereikt. Daarom werd de betalingstermijn in de herschikte richtlijn beperkt tot in beginsel maximaal 60 dagen³ en implementeerde de Nederlandse wetgever deze beperking in art. 6:119a BW. Toch werden nog vaak langere betalingstermijnen van soms wel 120 dagen bedongen, ten koste van de vaak kleinere contractswederpartij. Dat was de Nederlandse wetgever een doorn in het oog. Daarom is met ingang van 1 juli 2017 de Wet uiterste betaaltermijn van zestig dagen voor grote ondernemingen⁴ in werking getreden. In deze bijdrage wordt deze wet besproken en worden daarbij een aantal (kritische) kanttekeningen geplaatst, maar worden ook mogelijkheden gegeven om de impact van de wet in het handelsverkeer te verzachten.

2. Wet uiterste betaaltermijn van zestig dagen voor grote ondernemingen

2.1 Wettelijke regeling tot 1 juli 2017

In beginsel staat de overeen te komen betaaltermijn ter vrije bepaling van partijen (vgl. art. 6:119a lid 1 BW). Voor

de gevallen waarin tussen ondernemingen geen betaaltermijn zou zijn overeengekomen, bepaalt art. 6:119a lid 2 BW dat de wettelijke handelsrente is verschuldigd na 30 dagen (waarvoor geen verzuim is vereist). Een soort 'wettelijke betaaltermijn'. De contractsvrijheid is ten aanzien van de maximale betaaltermijn wel beperkt. Zo bepaalt art. 6:119a lid 5 BW dat partijen een uiterste dag van betaling kunnen overeenkomen van maximaal 60 dagen, tenzij partijen uitdrukkelijk een langere termijn van betaling in de overeenkomst opnemen en deze termijn niet kennelijk onbillijk is jegens de schuldeiser. Daarbij moet tevens worden gelet op de reden van de langere termijn, de aard van de prestatie en de handelspraktijk (art. 6:119a lid 5 sub a, b en c BW).

2.2 Wettelijke regeling na 1 juli 2017

Sinds 1 juli 2017 is na lid 5 een nieuw lid 6 ingevoegd, waarin is bepaald dat partijen in afwijking van lid 5 geen betaaltermijn van meer dan 60 dagen kunnen afspreken als de schuldenaar een grote onderneming is en de schuldeiser geen grote onderneming is. Voor de definitie hiervan is aansluiting gezocht bij het jaarrekeningenrecht. Een grote onderneming voldoet *niet* aan twee van de vereisten als bedoeld in art. 2:397 leden 1 en 2 BW (zie hierna). Iedere onderneming die *wel* voldoet aan twee van de vereisten in dat art. is geen grote onderneming. Kortom, de grote onderneming mag ten gunste van zichzelf geen betaaltermijn van meer dan 60 dagen afspreken ten koste van de kleine(re) (niet grote) onderneming. Let wel, lid 6 geeft dus geen van lid 5 afwijkende regeling voor de betaaltermijnen tussen grote ondernemingen, tussen kleine(re) ondernemingen of tussen een kleine(re) betalende onderneming en een grote onderneming (dan dus de schuldeiser). Met ingang van 1 juli 2018 geldt de wet ook voor overeenkomsten die gesloten zijn voor 1 juli 2017. Partijen bij die lopende overeenkomsten hebben één jaar de tijd om eventueel overeengekomen betaaltermijnen van langer dan 60 dagen te verkorten tot (maximaal) 60 dagen.

2.3 Sanctie

Een grote onderneming die in strijd met de wet toch met een kleine(re) onderneming een betaaltermijn van meer dan 60 dagen afspreekt, kan van een koude kermis thuiskomen. In de slotzin van art. 6:119a lid 6 BW is bepaald dat een dergelijke afspraak nietig is. Nietig, oftewel: niet bestaand. Zonder overeengekomen, althans bestaande betaaltermijn, valt men terug op de 'wettelijke betaaltermijn' van 30 dagen. Zou de grote onderneming uitgegaan zijn van de betaaltermijn van bijvoorbeeld 120 dagen, dan zou deze onderneming op dat moment al de wettelijke handelsrente zijn verschuldigd gedurende een periode van 90 dagen. Het

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

² 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).

³ 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).

⁴ Stb. 2017, 171.

rentebedrag kan behoorlijk oplopen, want de wettelijke handelsrente is 8%.⁵

3. (Kritische) kanttekeningen bij de Wet uiterste betaaltermijn van zestig dagen voor grote ondernemingen

3.1 Lid 6 past niet in het wettelijk systeem

Volgens de wetgever heeft de wet als doel te voorkomen dat grote ondernemingen een betaaltermijn van meer dan 60 dagen hanteren als zij goederen en/of diensten afnemen van mkb-leveranciers en/of zelfstandig ondernemers. Uit onderzoek zou gebleken zijn dat langere betaaltermijnen een probleem zijn. Het probleem ontstaat doordat bepaalde grote ondernemingen misbruik zouden maken van de uitzonderingsmogelijkheid die de wet biedt [in art. 6:119a lid 5 BW, GJB] om betaaltermijnen langer dan 60 dagen op te leggen en dat de genoemde leveranciers niet bij machte zijn daar iets aan te doen vanwege de ongelijke onderhandelingspositie en de afhankelijkheidsrelatie die bestaat, aldus nog steeds de wetgever.⁶ De wetgever achtte daarom overheidsinterventie noodzakelijk.

Het is van belang te constateren dat de wettelijke bepaling in art. 6:119a lid 6 BW dus strekt tot bescherming van één van de partijen (de kleine(re)) bij een meerzijdige rechtshandeling (de overeenkomst). Afspraken die in strijd zijn met dergelijke bepalingen, zijn op grond van art. 3:40 lid 2 BW vernietigbaar. De beschermde partij kan de bepaling vernietigen. Volgens de wetgever bestaat geen reden om deze bevoegdheid aan de beschermde partij te geven wanneer die, op een tijdstip dat die geen bescherming (meer) behoeft, de meerzijdige rechtshandeling wil bevestigen.⁷ Met andere woorden: de keuze voor de wettelijke bescherming door middel van vernietiging wordt aan de beschermde partij gelaten. Dat is het wettelijk systeem, zoals bijvoorbeeld ook de handelsagent de vernietigbaarheid van een hem nadelige contractuele regeling over de klantenvergoeding kan inroepen (art. 7:445 lid 2 BW jo. art. 3:40 lid 2 BW).

3.2 De keuze aan de kleine onderneming is van essentieel commercieel belang

Het wettelijk systeem, dat de keuze tot vernietiging van de contractuele bepaling aan de beschermde partij laat, kan van essentieel commercieel belang zijn. Een kleine(re) onderneming kan jegens een grote onderneming vanuit commercieel oogpunt bereid zijn concessies te doen ten aanzien van de over een te komen betaaltermijnen. Sterker nog, de kans bestaat dat de grote onderneming geen overeenkomst zou willen sluiten met de kleine(re) onderneming, als die geen betaaltermijn van meer dan 60 dagen wil afspreken. In dat geval wordt aan de bescherming die art. 6:119a lid 6 BW beoogt te bieden niet eens toegekomen, omdat geen overeenkomst tot stand kwam. De kleine(re) onderneming heeft

dan niet de kans de door hem wellicht zo gewenste omzet te realiseren, terwijl hij die kans wel zou hebben als de betaaltermijn van meer dan 60 dagen vernietigbaar zou zijn. Het is dan aan de kleine(re) onderneming overgelaten of die de overeenkomst op dat punt in stand zou willen laten, hetgeen ook een commerciële afweging zal zijn. Partijen zouden weliswaar in weerwil van de wet een betaaltermijn van meer dan 60 dagen afspreken (afgezien van uiteraard compliance regels voor (specifiek) grote ondernemingen), maar wanneer zij elkaar onverhoopt voor een rechter zullen treffen, is het niet ondenkbaar dat de rechter bij een eventuele veroordeling tot betaling van de wettelijke handelsrente ambtshalve (alsnog) ten nadele van de grote onderneming de 'wettelijke betaaltermijn' van 30 dagen tot uitgangspunt zal nemen.

3.3 Met lid 5 had de (kleine(re)) onderneming al de beoogde bescherming

Bij voorgaande is bovendien van belang op te merken dat in art. 6:119a lid 5 BW de met lid 6 beoogde bescherming voor niet grote ondernemingen reeds was gegeven. Lid 5 geldt overigens voor handelstransacties tussen alle partijen, ongeacht hun omvang, en heeft dus een breder bereik. Op grond van lid 5 moeten partijen ten eerste *uitdrukkelijk* een betalingstermijn van meer dan 60 dagen overeenkomen. Aan die voorwaarde is niet voldaan als de termijn in de algemene voorwaarden is opgenomen en daarover niet expliciet is onderhandeld.⁸ De conclusie is dan dat de langere termijn niet werd overeengekomen, zodat wordt teruggevallen op de 'wettelijke betaaltermijn' van 30 dagen. Ten tweede mag die langere termijn niet *kennelijk* onbillijk zijn, waarbij onder meer de reden van de langere betaaltermijn van belang is. Dat zal dus moeten worden toegelicht door partijen, waarbij de reden van een leverancierskrediet vermoedelijk niet snel billijk zal zijn. Wanneer de langere betaaltermijn kennelijk onbillijk is, kan deze op grond van art. 6:248 lid 2 BW, dan wel 6:2 lid 2 BW niet van toepassing zijn of, wanneer die is opgenomen in een algemene voorwaarde, op grond van art. 6:233 sub a BW vernietigbaar zijn. De vraag rijst wat lid 6 hieraan toevoegt. Dat de kleine(re) onderneming voor de bescherming van lid 5 naar de rechter zou moeten, zodat de door de wetgever gememoreerde overheidsbescherming van de kleine(re) onderneming met lid 6 nodig zou zijn, overtuigt in dat kader niet: wanneer een partij de bescherming van lid 5 wenst en niet krijgt van de grote onderneming, zal de verstandhouding mogelijk toch al zijn verstoord.

3.4 Onwerkbaar definitie van ondernemingen

Naast de zo gewenste contractsvrijheid en vrijheid te kiezen voor bescherming, lijkt de definiëring van de grote en kleine(re) onderneming niet werkbaar in de praktijk. Weliswaar heeft de wetgever aansluiting gezocht bij de bekende vereisten uit het jaarrekeningenrecht, maar het is ten tijde van het sluiten van een overeenkomst praktisch nagenoeg onmogelijk om op eenvoudige wijze vast te stellen of de

5 Sinds 1 juli 2016 is de wettelijke handelsrente 8%. De Nederlandsche Bank, 'Renten', *dnb.nl* 5 augustus 2017.

6 Kamerstukken II 2016/17, 34559, 3, p. 6.

7 Parl. Gesch. Boek 3, p. 190.

8 Kamerstukken II 2012/13, 3, p. 10.

transactie plaatsvindt tussen 'een rechtspersoon die op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata, niet heeft voldaan aan ten minste twee van de vereisten, bedoeld in art. 397, leden 1 en 2 van Boek 2 BW, en de schuldeiser een natuurlijk persoon is die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf of een rechtspersoon, die gedurende die periode aan ten minste twee van die vereisten heeft voldaan', zoals art. 6:119a lid 6 BW voorschrijft. Samenvattend is van een grote onderneming sprake als op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata, aan twee of drie van de volgende vereisten is voldaan (met inachtneming van art. 2:397 lid 2 BW):

- a. meer dan € 20 miljoen balanswaarde;
- b. meer dan € 40 miljoen netto-omzet;
- c. het gemiddeld aantal werknemers over het boekjaar bedraagt meer dan 250.

Daarbij is overigens de vraag of de informatie beschikbaar is. Het is bijvoorbeeld niet uitgesloten dat gecontracteerd wordt met een rechtspersoon die nog geen twee opeenvolgende balansdata bestaat, zodat niet kan worden vastgesteld wat de omvang van de onderneming is.

4. Mogelijkheden ter verzachting van de impact van de wet

4.1 Inleiding

Wat van de kritische kanttekeningen op de wettelijke regeling voor nu ook zij, partijen die betrokken zijn bij handelstransacties zullen zich daaraan moeten conformeren. Dat betekent dat een grote onderneming geen betaaltermijn van langer dan 60 dagen van de niet grote onderneming mag bedingen. Desondanks lijken wel mogelijkheden te bestaan om de impact van de wet in het handelsverkeer te verzachten.

4.2 Ontstaansmoment vordering afhankelijk van een opschortende voorwaarde

Art. 6:119a BW regelt de schadevergoeding wegens vertraging in de voldoening van een geldsom die is verschuldigd op grond van een handelsovereenkomst. Aldus gaat dit artikel uit van een ontstane betalingsverplichting, die, zonder overeengekomen betalingstermijn, terstond opeisbaar is (art. 6:38 BW). Met het overeenkomen van een betalingsstermijn wordt de opeisbaarheid van de betalingsverplichting uitgesteld (art. 6:39 lid 1 BW). Na het verstrijken van de overeengekomen betalingstermijn is de betalingsverplichting alsnog *opeisbaar* en vanaf dat moment is ook de wettelijke handelsrente over het bedrag verschuldigd. Om de impact van de wet te verzachten, kunnen partijen het ontstaansmoment van de vordering echter uitstellen. Een niet bestaande vordering is (logischerwijs) evenmin opeisbaar en daarover kan dus geen wettelijke handelsrente verschuldigd zijn. Het ontstaansmoment van een vordering kan worden uitgesteld door deze afhankelijk te maken van een opschortende voorwaarde. Een opschortende voorwaarde doet de werking van de verbintenis eerst met het plaatsvinden van de gebeurtenis aanvangen (art. 6:22 BW). Zodra de

opschortende voorwaarde is vervuld, *ontstaat* de betalingsverplichting en is de betalingsverplichting *opeisbaar*, tenzij partijen ook een betalingstermijn zijn overeengekomen.

In een ABC-verhouding, waarbij de onderaannemer C een kleine(re) onderneming is en aannemer B een grote onderneming is, zou een opschortende voorwaarde een 'paid if and when paid-bepaling' kunnen zijn. De vordering van de onderaannemer op de aannemer ontstaat pas als de opdrachtgever A aan de aannemer heeft betaald ('if paid'). Zolang de opdrachtgever niet aan de aannemer heeft betaald, is de aannemer geen geld verschuldigd aan de onderaannemer, zodat evenmin een betaaltermijn gaat lopen. Om de onderaannemer tegemoet te komen zou dan wel een korte betaaltermijn kunnen worden afgesproken, zodat, wanneer de aannemer is betaald, de onderaannemer ook op korte termijn zal worden betaald. Overigens moet hierbij wel worden opgemerkt dat de wetgever heeft beoogd 'sluiproutes'⁹ ter omzeiling van de ratio van deze wet zoveel mogelijk te voorkomen, zodat deze clausule om die reden nietig zou kunnen zijn (art. 3:40 leden 1 en 2 BW).

4.3 Lage(re) contractuele rente

Het gevolg van het overschrijden van de betaaltermijn is dat de grote onderneming (schuldenaar) de wettelijke handelsrente van 8% is verschuldigd. De wetgever heeft echter expliciet overwogen dat art. 6:119a lid 6 BW de huidige regeling over welke rente is verschuldigd niet verandert. Volgens de wetgever staat het partijen vrij om daarover afwijkende afspraken te maken. Afstand doen van de wettelijke handelsrente zal volgens de wetgever echter nietig zijn.¹⁰ Om de impact van de wet te verzachten kunnen partijen bijvoorbeeld wel een lage(re) contractuele rente overeenkomen. Deze rente zal dan wel meer dan nihil moeten zijn, omdat het anders als een sluiproute kan worden beschouwd.

4.4 De vordering tot betaling van renten verjaard

Tot slot nog een opmerking die de grote onderneming mogelijk maar deels gerust zal stellen. Niet zelden gaan partijen een langdurige handelsrelatie met elkaar aan. Gesteld dat de partijen dan een betaaltermijn van meer dan 60 dagen, bijvoorbeeld 120 dagen, hebben afgesproken (om bijvoorbeeld commerciële redenen). Zolang de verstandhoudingen goed zijn, zal de kleine(re) onderneming naar verwachting geen probleem van de nietige afspraak maken. Als onverhoopt de verstandhouding slecht wordt, zal de kleine(re) onderneming alsnog de nietigheid van de betaaltermijn van 120 dagen kunnen invoeren. In geval van een handelsrelatie van meerdere jaren en/of die bestaan heeft uit meerdere orders, kan dat om aanzienlijke bedragen gaan. De vraag rijst of de kleine(re) onderneming dan de wettelijke handelsrente kan vorderen voor de 90 dagen die de grote onderneming de 'wettelijke betaaltermijn' van 30 dagen steeds overschreed door na 120 dagen te betalen. Dat lijkt wel zo te zijn, omdat de wettelijke handelsrente van rechtswege is verschuldigd

⁹ Kamerstukken II 2016/17, 34559, 3, p. 9, 16 en 20.

¹⁰ Kamerstukken II 2016/17, 34559, 3, p. 8.

na het verstrijken van de 'wettelijke betaaltermijn' van 30 dagen en de schuldenaar niet in verzuim hoeft te verkeren (art. 6:119a lid 2 aanhef BW). De vordering tot betaling van renten verjaart wel na verloop van vijf jaren, zodat de periode waarover de wettelijke handelsrente is verschuldigd is beperkt (art. 3:308 BW).

5. Afrondend

Uit verschillende blogs¹¹ en gehoorde reacties van ondernemers blijkt dat kritiek op de wet breder wordt gedragen. Met name het feit dat de contractsvrijheid zodanig is beperkt dat de kleine(re) ondernemer geen eigen commerciële afweging meer mag (en kan) maken over de overeen te komen betaaltermijn, stuit tegen de borst. Mogelijk dat de kritiek bij de evaluatie van de wet in 2020¹² zal leiden tot een wetswijziging naar vernietigbaarheid van de langere betaaltermijn, zoals in feite al is geregeld in lid 5. Dat sluit aan bij de commerciële wens én past in het systeem van de wet. Bovendien biedt het dezelfde bescherming.

11 Zie bijvoorbeeld J. Spanjaard, '60 dagen maximaal 60 dagen' *lagrolaw.nl* 7 augustus 2017; S. Verdonk, 'Maximale betalingstermijn zestig dagen per 1 juli 2017', *smitstvandenbroek.nl* 7 augustus 2017.

12 *Stb.* 2017, 170 (art. IIA, p. 2).