

De kleine letters

Een praktijkgericht juridisch onderzoek naar de onderwerpen exoneration, eigendomsvoorbehoud, opschorting, verrekening en cessie- en verpandingsverbod in relatie tot producten in Business to Consumer-verhoudingen en Business to Business-verhoudingen in algemene voorwaarden.

Van Iersel Luchtman Advocaten



Auteur: S.F. (Sophie) van Dijk

Studentnummer: 2067959

Plaats en datum uitgave: 's-Hertogenbosch, januari 2017



De kleine letters¹

Opdrachtgever: Van Iersel Luchtman Advocaten

Auteur: S.F. (Sophie) van Dijk
Studentnummer: 2067959

Afstudeermentor: mevr. mr. D. van Dal
Eerste afstudeerdocent: mevr. mr. M. Boer
Tweede afstudeerdocent: dhr. mr. B.C.M. Hooijdonk

Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg
Opleiding: HBO-Rechten

Afstudeerperiode: 05-09-2016 t/m 27-01-2017
Stageperiode: 05-09-2016 t/m 09-12-2016

Datum van verschijning: 09-01-2016
Plaats van verschijning: 's-Hertogenbosch

¹ Bronvermelding afbeelding voorpagina: www.vil.nl.

Voorwoord

Voor u ligt mijn afstudeerscriptie 'De Kleine Letters'. Deze scriptie heb ik geschreven bij Van Iersel Luchtman Advocaten in het kader van het afstuderen. Gedurende de stageperiode, lopend van 5 september 2016 tot en met 9 december 2016, heb ik in opdracht van Van Iersel Luchtman Advocaten onderzoek gedaan naar de wettelijke regeling, de afwijkingen op deze regeling en de relevante en meest recente jurisprudentie van vijf veelvoorkomende onderwerpen uit algemene voorwaarden. Naast het juridisch kader heb ik tevens praktijkonderzoek verricht, zodat de medewerkers van Van Iersel Luchtman Advocaten middels de resultaten van dit onderzoek hun cliënten gerichter kunnen adviseren bij het opstellen en beoordelen van algemene voorwaarden.

Ik volg de opleiding HBO-Rechten op de Juridische Hogeschool te Tilburg en zit in het vierde en tevens laatste jaar, wat betekent dat de student een stageperiode gaat volgen bij een organisatie. Ik heb gekozen voor de advocatuur, omdat ik graag de praktijk wil ervaren bij een advocatenkantoor. Mijn droom is om advocaat te worden en door middel van deze stage heb ik kunnen ervaren of deze werkomgeving bij mij past.

Bij dezen wil ik allereerst mijn stagementor, Dineke van Dal, hartelijk danken voor alle goede hulp een feedback, betrokkenheid en begeleiding. Ik heb een ontzettend leuke tijd gehad bij Van Iersel Luchtman Advocaten, erg veel geleerd en veel interessante besprekingen en zittingen mogen bijwonen. Daarnaast wil ik alle medewerkers van Van Iersel Luchtman Advocaten hartelijk danken voor de goede begeleiding en de leuke tijd. Tot slot wil ik mijn eerste stagedocent, Marieke Boer, hartelijk danken voor de hulp en kritische blik. Bart Hooijdonk, mijn tweede stagedocent, wil ik graag bedanken voor zijn feedback.

Na deze periode van onderzoek doen lever ik met trots het resultaat in en hoop daarbij Van Iersel Luchtman Advocaten in de toekomst te kunnen helpen bij het opstellen en beoordelen van algemene voorwaarden.

Ik wens u veel leesplezier!

Sophie van Dijk

's-Hertogenbosch, januari 2017

Inhoudsopgave

Samenvatting

Lijst van afkortingen

Hoofdstuk 1 Inleiding	11
1.1 Organisatiebeschrijving	11
1.2 Probleembeschrijving	11
1.3 Centrale vraag	12
1.4 Doelstelling	12
1.5 Leeswijzer	12
Hoofdstuk 2 Exoneratieclausules	13
2.1 Aansprakelijkheidsregeling	13
2.2 Beperkingen en uitsluitingen van aansprakelijkheid	14
2.2.1 Business to Consumer-verhoudingen	14
2.2.2 Business to Business-verhoudingen	17
2.3 Jurisprudentie	20
2.4 Tussenconclusie	22
Hoofdstuk 3 Eigendomsvoorbehoud	23
3.1 Eigendomsrecht	23
3.2 Afwijken middels eigendomsvoorbehoud	23
3.2.1 Business to Consumer-verhoudingen	23
3.2.2 Business to Business-verhoudingen	24
3.3 Jurisprudentie	26
3.4 Tussenconclusie	27
Hoofdstuk 4 Opschorting	28
4.1 Opschortingsregeling	28
4.2 Afwijkingen op de opschortingsregeling	31
4.2.1 Business to Consumer-verhoudingen	31
4.2.2 Business to Business-verhoudingen	32
4.3 Jurisprudentie	33
4.4 Tussenconclusie	35
Hoofdstuk 5 Verrekening	36
5.1 Wettelijke regeling verrekening	36
5.2 Afwijken middels verrekeningsverbod	38
5.2.1 Business to Consumer-verhoudingen	38
5.2.2 Business to Business-verhoudingen	39

5.3 Jurisprudentie	40
5.4 Tussenconclusie.....	41
Hoofdstuk 6 Cessie en pandrecht	42
6.1 Wettelijke regeling cessie en pandrecht	42
6.2 Cessie- en verpandingsverbod	43
6.3 Jurisprudentie	45
6.4 Tussenconclusie.....	47
Hoofdstuk 7 Praktijkresultaat voor VIL	48
Hoofdstuk 8 Conclusies en aanbevelingen	49
8.1 Conclusies	49
8.1.1 Exoneratieclausules	49
8.1.2 Eigendomsvoorbehoud	50
8.1.3 Opschorting.....	50
8.1.4 Verrekening	51
8.1.5 Cessie en pandrecht	51
8.2 Aanbevelingen	52
8.2.1 Exoneratieclausules	52
8.2.2 Eigendomsvoorbehoud	52
8.2.3 Opschorting.....	53
8.2.4 Verrekening	53
8.2.5 Cessie en pandrecht	53
8.2.6 Praktijkresultaat voor VIL	54
Bronnenlijst	55
Bijlagen	
Bijlage 1 Deelvragen	
Bijlage 2 Bronnen en methoden en verantwoording	
Bijlage 3 Tekstuele voorstellen bij exoneratieclausules	
Bijlage 4 Tekstuele voorstellen bij eigendomsvoorbehoud	
Bijlage 5 Tekstuele voorstellen bij opschorting	
Bijlage 6 Tekstuele voorstellen bij verrekening	
Bijlage 7 Tekstuele voorstellen bij cessie- en verpandingsverbod	
Bijlage 8 Leidraad	

De bijlagen bij dit onderzoeksrapport zijn opgenomen in een apart document.

Samenvatting

Ten aanzien van exoneratieclausules geldt dat exonereren jegens consumenten in beginsel niet is toegestaan. In Business to Business-verhoudingen is exonereren in beginsel mogelijk, tenzij sprake is van strijd met art. 3:40, 6:248 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek, dood, letsel, opzet of bewuste roekeloosheid, welbewuste misleiding of wanneer het beding de essentie van de opdracht raakt. Bij het formuleren van een clause verdient het tevens aanbeveling rekening te houden met de verzekeraarbaarheid en het verzekerd zijn.

Wat betreft het eigendomsvoorbehoud kan worden geconcludeerd dat in Business to Consumer-verhoudingen op grond van de Wet op het consumentenkrediet in relaties met krediettransacties enkele dwingendrechtelijke beperkingen tot het bedingen van het eigendomsrecht gelden. Een eigendomsvoorbehoud komt vaker voor in Business to Business-verhoudingen. De Hoge Raad heeft in het arrest Rabobank/Reuser bepaald dat de koper onder eigendomsvoorbehoud direct bij aflevering van de zaak al een voorwaardelijk eigendomsvoorbehoud verkrijgt. Er kan worden gekozen voor een beperkt, uitgebreid of verruimd eigendomsvoorbehoud. Het zal in het belang van de cliënt zijn om een uitgebreid voorbehoud op te nemen in de algemene voorwaarden. Het voordeel hiervan is dat dit ziet op eerder geleverde producten. Dit vergroot de mogelijkheden voor de cliënt om (een deel van) zijn vordering veilig te stellen.

Voor het opschortingsrecht geldt dat een beding dat de consument beperkt in zijn recht op opschorting onredelijk bezwarend wordt geacht. In Business to Business-verhoudingen geldt dat de opschortingsregeling van regeland recht is. Partijen kunnen daarom de bevoegdheid uitsluiten of beperken (bijvoorbeeld in geval van ondeugdelijke levering) of verruimen (bijvoorbeeld wanneer de verbintenissen geen samenhang vertonen). In het relevante arrest Eurostrip/Newa is door de Hoge Raad daarnaast bepaald dat de opschortingsbevoegdheid niet wordt beïnvloed door een verrekeningsverbod.

Een verrekeningsbeding wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn als in het beding verrekening jegens een consument is uitgesloten of waarin de verrekeningsbevoegdheid van de gebruiker wordt uitgebreid. Dit geldt ook voor een beding dat de consument beperkt in zijn verweermiddelen. In Business to Business-verhoudingen geldt dat de regeling van regeland recht is. Partijen kunnen de verrekeningsbevoegdheid derhalve verruimen, beperken of uitsluiten. Op grond van het arrest Eurostrip/Newa doen partijen die een omzeiling van een verrekeningsverbod willen voorkomen er verstandig aan zowel verrekening als opschorting expliciet in de algemene voorwaarden uit te sluiten.

Tot slot geldt ten aanzien van het cessie- en verpandingsverbod dat de Hoge Raad in zijn uitspraak Coface/Intergamma, na alle discussie over de vraag of sprake is van een verbintenisrechtelijke of goederenrechtelijke werking, bepaald dat bij de uitleg van het verbod als uitgangspunt geldt dat het beding in beginsel uitsluitend verbintenisrechtelijke werking heeft, tenzij uit de objectieve maatstaven uit te leggen formulering blijkt dat daarmee goederenrechtelijke werking is beoogd. Van verbintenisrechtelijke werking is in beginsel sprake als de bewoordingen “niet mag” of “niet zal” worden gebruikt. Indien “niet kunnen” of “niet kan” is gebruikt, wijst dit in beginsel op een goederenrechtelijke werking. Het verdient aanbeveling expliciet aan het beding toe te voegen welke werking partijen beogen.

Naar aanleiding van hetgeen uit dit onderzoek naar voren is gekomen, wordt aan de medewerkers van Van Iersel Luchtman Advocaten een leidraad overhandigd waarbij per onderwerp de wettelijke regeling, afwijkingen op de wettelijke regeling en jurisprudentie worden behandeld. Tevens worden per onderwerp tekstuele voorstellen gegeven die in de algemene voorwaarden kunnen worden opgenomen. De leidraad is opgenomen in de bijlagen.

Lijst van afkortingen

A-G	Advocaat-Generaal
AA	Ars Aequi. Juridisch studentenblad
afd.	Afdeling
art.	Artikel
artt.	Artikelen
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
BW	Burgerlijk Wetboek
diss.	Dissertatie
ECLI	European Case Law Identifier
enac	Exceptio non adimpleti contractus
e.v.	En verder
Fw	Faillissementswet
HvJ	Hof van Justitie
JA	Jurisprudentie Aansprakelijkheid
jo.	Juncto
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
JutD	Juridisch up to Date
LJN	Landelijk jurisprudentienummer
m.nt.	Met noot van
Mon. BW	Monografieën Burgerlijk Wetboek
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJF	Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak
nr.	Nummer
p.	Pagina
Parl. Gesch.	Parlementaire geschiedenis
Prg.	Praktijkids
r.o.	Rechtsoverweging
Rb.	Rechtbank
resp.	Respectievelijk
RvdW	Rechtspraak van de Week
TvC	Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken
Tvl	Tijdschrift voor Insolventierecht
VIL	Van Iersel Luchtman Advocaten
WCK	Wet op het consumentenkrediet
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

Hoofdstuk 1 Inleiding

Dit hoofdstuk dient ter inleiding op dit onderzoeksrapport. In dit hoofdstuk worden achtereenvolgens de organisatie, de probleembeschrijving, de centrale vraagstelling en de doelstelling besproken. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een leeswijzer.

1.1 Organisatiebeschrijving

Van Iersel Luchtman Advocaten (hierna: VIL) staat cliënten bij door heel Nederland. Het betreft met name ondernemingen en overheden, maar ook particulieren. Op internationaal gebied is VIL onderdeel van IUROPE. Hierdoor behartigt VIL ook de belangen van cliënten in het buitenland. VIL levert ondernemingen een full service juridische dienstverlening van hoge kwaliteit. Bij VIL werken bijna 40 advocaten. Het behoort tot de grotere zelfstandige kantoren in Zuid-Nederland. VIL is gespecialiseerd in een achttal rechtsgebieden, te weten Aansprakelijkheid & Procespraktijk, Onderneming & Vennootschap, Insolventie & Herstructurering, Vastgoed & Omgeving, Arbeid & Medezeggenschap, Intellectueel Eigendom & IT en Mededinging & Aanbesteding. Naast deze deskundigheid is VIL tevens gespecialiseerd in diverse branches (afval en recycling, retail en zorg).

1.2 Probleembeschrijving

VIL krijgt van (potentiële) cliënten zeer regelmatig de vraag of zij de algemene voorwaarden van hun onderneming kunnen opstellen en/of beoordelen. Beginnende ondernemers komen langs om nieuwe voorwaarden te laten opstellen door VIL en bestaande bedrijven vragen om de reeds bestaande algemene voorwaarden te controleren en te actualiseren. Het gaat om heel verschillende typen bedrijven, zoals een keukenboer of een groothandel in levensmiddelen. Het onderwerp ‘algemene voorwaarden’ is vrij algemeen en niet gericht op specifiek één rechtsgebied. Het opstellen en beoordelen van algemene voorwaarden is grotendeels maatwerk. Cliënten hebben daarbij een bepaalde prijs in gedachten.

Uit interviews met 10 advocaten bij VIL is gebleken dat er negen onderwerpen zijn waarover VIL vragen heeft of vragen krijgt vanuit de cliënten. Deze onderwerpen zijn: exoneration, eigendomsvoorbehoud, opschorting, verrekening, garanties, boetebeding, cessie- en verpandingsverbod, incassokosten en ontbinding. Van deze negen onderwerpen is een top vijf gemaakt. De onderwerpen die de meeste vragen bij de medewerkers van VIL oproepen zijn: exonerationclausules, eigendomsvoorbehoud, opschorting, verrekening en cessie- en verpandingsverbod. Er heerst onduidelijkheid binnen VIL, omdat de medewerkers niet op de hoogte zijn van de stand van zaken omtrent deze vijf onderwerpen. Om die reden zal middels jurisprudentieonderzoek inzichtelijk worden gemaakt wat voor deze vijf onderwerpen het wettelijk kader is. Tevens zal per onderwerp worden bekeken of het mogelijk is om van de wettelijke regeling af te wijken en zo ja, in hoeverre. Vervolgens zal per onderwerp de meest recente jurisprudentie worden behandeld, zodat VIL over bovenstaande vijf thema's de cliënten gerichter kan adviseren.

Er is literatuur te vinden waarin het algemene juridische stelsel van de algemene voorwaarden in afdeling (hierna: afd.) 6.5.3 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) wordt besproken, maar er bestaat echter geen overzicht voor bovengenoemde thema's met de meest recente jurisprudentie. De relevantie van dit onderzoek is dat VIL enkele veel voorkomende vragen kan behandelen en uiteindelijk op een efficiëntere manier cliënten gerichter kan adviseren bij het opstellen en beoordelen van de algemene voorwaarden voor producten in een offline omgeving. De verwachting is dat middels een overzicht met de meest recente jurisprudentie tevens een goede prijs-kwaliteitverhouding kan worden bereikt. Er zullen richtlijnen worden gegeven aan de hand van de jurisprudentie met betrekking tot de onderwerpen in zowel Business to Business- als Business to Consumer-verhoudingen. In hoofdstuk acht zullen de conclusies en aanbevelingen bij deze uitspraken worden gegeven.

Dit onderzoek richt zich enkel tot producten in de Business to Business- en Business to Consumer-verhoudingen binnen het Nederlands recht. Onder 'producten' vallen: roerende producten (art. 6:187 lid 1 BW). Met Business to Business-verhoudingen wordt bedoeld de verhouding tussen professionele partijen onderling. Met Business to Consumer-verhoudingen wordt bedoeld de verhouding tussen enerzijds een professionele partij en anderzijds een consument of een partij die een beroep kan doen op de reflexwerking van art. 6:235 BW. Bij de bespreking van wettelijke regeling en afwijkingen wordt in sommige gevallen kort jurisprudentie besproken. Dit dient enkel ter verduidelijking en aanvulling van de theorie.

1.3 Centrale vraag

De centrale vraag luidt als volgt: "Welke aanbevelingen kunnen aan Van Iersel Luchtman Advocaten worden gedaan voor de onderwerpen exoneration, eigendomsvoorbehoud, opschorting, verrekening en cessie- en verpandingsverbod in relatie tot producten in Business to Consumer-verhoudingen en Business to Business-verhoudingen, zodat de medewerkers bij het opstellen en beoordelen van de algemene voorwaarden op de hoogte zijn van de stand van zaken?"²

1.4 Doelstelling

Het doel van dit afstudeeronderzoek is om op 9 januari 2017 middels een presentatie een hulpmiddel op te leveren aan Van Iersel Luchtman Advocaten waarmee voor VIL inzichtelijk kan worden gemaakt hoe de wettelijke regeling is geregeld met betrekking tot exoneration, eigendomsvoorbehoud, opschorting, verrekening en cessie- en verpandingsverbod voor producten in relatie tot Business to Consumer-verhoudingen en Business to Business-verhoudingen, zodat de medewerkers van VIL bij het opstellen en beoordelen van algemene voorwaarden op de hoogte zijn van de stand van zaken doordat per onderwerp de meest recente jurisprudentie zal worden besproken.

1.5 Leeswijzer

Na deze inleiding volgt hoofdstuk twee. Hoofdstuk twee tot en met zes zijn op dezelfde wijze opgebouwd. In hoofdstuk twee wordt het onderwerp 'exoneratieclausules' behandeld. Het wettelijk kader met betrekking tot dit onderwerp zal worden besproken. Vervolgens wordt besproken of afwijken van de wettelijke regeling mogelijk is en zo ja, in hoeverre. Hierbij worden tevens de meest recente uitspraken behandeld die betrekking hebben op exoneration. Het derde hoofdstuk besteedt aandacht aan het onderwerp 'eigendomsvoorbehoud'. Het vierde hoofdstuk richt zich op het onderwerp 'opschorting'. Hoofdstuk vijf behandelt het onderwerp 'verrekening' en in hoofdstuk zes wordt het 'cessie- en verpandingsverbod' besproken. Hoofdstuk zeven behandelt het praktijkkader van dit onderzoek. Hierin wordt besproken op welke wijze de medewerkers van VIL op de hoogte worden gebracht van de kennisinformatie over de eerder behandelde onderwerpen.

Ter inhoudelijke afsluiting van dit onderzoeksrapport worden in hoofdstuk acht de conclusies en aanbevelingen gegeven. In dit slothoofdstuk komt alle voorgaande informatie samen en worden per hoofdstuk conclusies en aanbevelingen gegeven. Het doel van dit hoofdstuk is om per onderwerp een link te leggen tussen de relevante wettelijke regeling, de afwijkingen hierop en de jurisprudentie en wat dit voor VIL betekent wanneer zij algemene voorwaarden voor hun cliënten opstellen en beoordelen. Tot slot volgt na de conclusies en aanbevelingen de bronnenlijst.

De bijlagen bij dit rapport zijn opgenomen in een apart document.

² De deelvragen zijn opgenomen in bijlage 1 en de bronnen en verantwoording in bijlage 2.

Hoofdstuk 2 Exoneratieclausules

In dit hoofdstuk wordt de wettelijke regeling omtrent aansprakelijkheid beschreven. Vervolgens wordt ingegaan op de mogelijke afwijkingen van de wettelijke regeling door middel van zogenaamde exoneratieclausules. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen Business to Consumer- en Business to Business-verhoudingen. Na bespreking van de beperkingen en uitsluitingen van de aansprakelijkheid, zal de toetsing voor zowel Business to Consumer- als Business to Business-verhoudingen worden besproken. Tot slot zal de relevante en meest recente jurisprudentie worden behandeld.

2.1 Aansprakelijkheidsregeling

Het uitgangspunt van het privaatrecht is dat ieder zijn eigen schade draagt, tenzij er sprake is van een gegronde reden om de schade af te wentelen op een ander. De twee belangrijkste grondslagen zijn de wanprestatie en de onrechtmatige daad.³ Wie tekortschiet in de nakoming van een contractuele verplichting of wie jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, is in beginsel aansprakelijk voor de schade die de ander dientengevolge lijdt en dient daarvoor met zijn gehele vermogen in te staan (art. 6:74 jo. 6:162 jo. 6:96 e.v. BW).⁴ Het primaire doel van het civiele aansprakelijkheidsrecht is vergoeding. Het recht biedt de mogelijkheid van (vergoeding of) herstel opdat aanspraken worden gewaarborgd en gehandhaafd en eigenrichting kan worden voorkomen. Geschonden belangen kunnen op een door de wet voorziene wijze worden hersteld.⁵ Het aansprakelijkheidsrecht is tevens een mechanisme dat door prikkelwerking en gedragsbeïnvloeding veiligheid, preventie van schade en kwaliteit van regelgeving kan en moet waarborgen.⁶

Er zijn verschillende typen aansprakelijkheid te onderscheiden, te weten contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid. Voor beide typen is het mogelijk bepaalde afspraken te bedingen (eventueel in de algemene voorwaarden). Onder contractuele aansprakelijkheid valt de aansprakelijkheid op grond van het niet nakomen van een overeenkomst (wanprestatie). Behalve aansprakelijkheid op grond van een eigen onrechtmatige gedraging kan in een aantal gevallen ook aansprakelijkheid bestaan voor schade veroorzaakt door een toerekenbare onrechtmatige gedraging van een ander tot wie men in een bepaalde relatie staat (bijvoorbeeld een ondergeschikte) of door zaken waarvan men bezitter of (bedrijfsmatige) gebruiker is (denk aan productenaansprakelijkheid). De ander is dus zelf ex art. 6:162 BW aansprakelijk.⁷ Deze twee vormen van buitencontractuele aansprakelijkheid noemt men kwalitatieve aansprakelijkheid⁸, omdat iemand aansprakelijk is op grond van zijn hoedanigheid (kwaliteit). Een buitencontractuele aansprakelijkheid vloeit voort uit de wet.

I. Aansprakelijkheid op grond van de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW)

‘Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.’

Naast het feit dat er schade moet zijn geleden, moet er – voor het ontstaan van een verbintenis tot vergoeding van die schade – sprake zijn van een onrechtmatige daad tegenover de benadeelde, toerekenbaarheid daarvan aan de dader en een causaal verband tussen de daad en de schade.

³ Loos, AA 2007, nr. 56.

⁴ Ruygvoorn, Bb 2016, nr. 63.

⁵ Engelhard & Van Maanden 2008, p. 11.

⁶ Van Boom, NJB 2007, p. 982-991.

⁷ Brahn/Reehuis 2010, p. 355.

⁸ Brahn/Reehuis 2010, p. 340.

II. Wanprestatie bij het niet nakomen van een verbintenis (art. 6:74 BW)

'Iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend.'

Toerekenbaar tekortschieten houdt in dat de prestatie achterblijft bij de overeengekomen verbintenis. De verbintenis moet opeisbaar zijn. Dit betekent dat de schuldenaar al tot presteren verplicht is. Art. 6:74 lid 2 BW onderscheidt twee situaties, te weten nakoming is nog mogelijk of nakoming is blijvend onmogelijk. In dit laatste geval ontstaat de verplichting om schade te vergoeden direct en automatisch. Alleen bij blijvende onmogelijkheid ontstaat, mits toerekenbaar, een verplichting tot schadevergoeding buiten de verzuimregeling om.⁹

Er is sprake van wanprestatie indien de schuldenaar in verzuim is. Dit kan nadat de schuldenaar in gebreke wordt gesteld of, onder omstandigheden, zonder een ingebrekestelling. Een ingebrekestelling is niet vereist wanneer een bepaalde fatale termijn is afgesproken, wanneer de verbintenis voortvloeit uit een onrechtmatige daad of strekt tot schadevergoeding als bedoeld in art. 6:74 lid 1 BW en de verbintenis niet terstond wordt nagekomen of wanneer de schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming tekort zal schieten (art. 6:83 BW).

Schade

De wet geeft geen definitie van het begrip 'schade'. De term impliceert een (nadelige) verandering. De vraag naar de betekenis van het begrip kan niet los worden gezien van de context en derhalve moet schade worden gezien als een normatief begrip en niet als feitelijke term.¹⁰ Wel voorziet de wet in afdeling 6.1.10 in de wettelijke verplichting tot schadevergoeding. Op grond van art. 6:95 BW bestaat de schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed enerzijds in vermogensschade en anderzijds in ander nadeel, dit laatste voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft. Vermogensschade omvat zowel geleden verlies als gederfde winst (art. 6:96 lid 1 BW). In de volgende paragraaf worden de afwijkingen via exoneratieclausules behandeld.

2.2 Beperkingen en uitsluitingen van aansprakelijkheid

Er zijn verschillende typen exoneratiebedingen. De vraag is in hoeverre een onderneming haar aansprakelijkheid kan beperken of uitsluiten. Hieronder worden voorbeelden van beperkingen en uitsluitingen van de aansprakelijkheid gegeven. Deze worden later verder uitgewerkt.

- iedere aansprakelijkheid uitgesloten;
- aansprakelijkheid beperkt tot een bepaald maximumbedrag of tot de verzekeringsuitkering;
- onderscheid in aansprakelijkheidsgronden;
- gradaties van schuld;
- bepaalde soorten schade;
- bepaalde groepen (hulp-)personen.

2.2.1 Business to Consumer-verhoudingen

Exoneratiebedingen werken niet altijd. Daar dit onderzoek zich richt tot producten, zal onder Business to Consumer-verhoudingen 'consumentenkoop' worden verstaan. Wanneer sprake is van consumentenkoop, wordt de consument beschermd. Op grond van art. 7:5 BW wordt verstaan onder consumentenkoop: de koop met betrekking tot een roerende zaak die wordt gesloten door een verkoper die handelt in het kader van zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit, al dan niet mede via een andere persoon die namens hem of voor zijn

⁹ Brahn/Reehuis 2010, p. 291.

¹⁰ Engelhard & Van Maanden 2008, p. 2.

rekening optreedt, en een koper, natuurlijk persoon die handelt voor doeleinden buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit. De wet voorziet in verschillende regelingen waaruit blijkt dat niet ten nadele van de consumentkoper kan worden afgeweken, zoals art. 7:6 lid 1 BW. Dit artikel bepaalt dat de rechten en vorderingen die de wet aan de koper ter zake van een tekortkoming in de nakoming van de verplichting van de verkoper toekent, niet kunnen worden beperkt of uitgesloten. De regels voor een exoneratiebeding jegens een consumentkoper zijn derhalve veelal strenger dan wanneer sprake is van een Business to Business-verhouding of een niet-consumentenkoop. Exoneraties in algemene voorwaarden jegens consumenten worden daarom, zo blijkt uit de rechtspraak,¹¹ in veel gevallen onredelijk bezwarend geacht. De sanctie van een voor de consument nadelig afwijkend beding is vernietigbaar op grond van art. 3:40 lid 2 jo. 6:233 sub a jo. 6:236 jo. 6:237 BW. Er moet echter van nietigheid worden uitgegaan indien dat uit de strekking van de toe te passen bepaling voortvloeit.¹² Conform art. 7:6 lid 2 BW kan van de afdelingen 1-7 bij een consumentenkoop wel worden afgeweken van de artikelen 12, 13, eerste en tweede zin, 26, 35, doch bedingen in algemene voorwaarden waarbij ten nadele van de koper wordt afgeweken van die artikelen, worden als onredelijk bezwarend aangemerkt.

De grijze en zwarte lijst

Een contractuele afwijking van de aansprakelijkheden door middel van een exoneratiebeding heeft de wetgever ook in een overeenkomst met een consument niet volledig willen verbieden.¹³ De wet heeft het de consument daarom eenvoudiger gemaakt door een zwarte en grijze lijst op te nemen (art. 6:236 resp. 6:237 BW). De consument wordt hierdoor beschermd tegen exoneratiebedingen. De lijsten zijn alleen van toepassing indien de wederpartij een natuurlijk persoon is die hetzij geen vrij beroep of bedrijf uitoefent, hetzij overeenkomsten sluit die met zijn beroeps- of bedrijfsactiviteiten geen verband hebben.¹⁴ De grijze lijst bevat een lijst met bedingen die, voor zover zij deel uitmaken van algemene voorwaarden in een overeenkomst met een consument, vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn en dus vernietigbaar op grond van art. 6:233 onder a BW. Het betreft slechts een vermoeden, dus staat voor de gebruiker tegenbewijs open.¹⁵ Vaak slaagt de gebruiker er niet in om dit tegenbewijs te leveren. De zwarte lijst bevat bepalingen die in ieder geval als onredelijk bezwarend worden aangemerkt in de algemene voorwaarden. Beide lijsten zijn dwingend wanneer het gaat om van toepassing verklaarde algemene voorwaarden met een consument. Ingevolge art. 6:237 sub f BW wordt een beding dat de gebruiker of een derde geheel of ten dele bevrijdt van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding vermoed onredelijk bezwarend te zijn. De gebruiker kan vervolgens tegenbewijs leveren om dit vermoeden te weerleggen.

De kleine ondernemer verkeert, in verhouding tot de grotere bedrijven, in een zwakkere positie. Onder bepaalde omstandigheden kan ook de kleine ondernemer zich beroepen op de grijze en zwarte lijst. Dit wordt de reflexwerking genoemd. Een voorbeeld hiervan kan zijn een niet bedrijfsmatig handelende vereniging of stichting of een kleine eenmanszaak, waarbij het voornamelijk geldt wanneer de transactie iets anders dan de normale bedrijfsactiviteit betreft.¹⁶

Voor exoneratieclausules jegens consumenten of bedrijven die een beroep kunnen doen op de reflexwerking geldt dan ook dat exoneraties niet zijn toegestaan, tenzij de gebruiker het rechtsvermoeden van de onredelijke bezwarendheid middels het in art. 6:237 aanhef BW bedoelde tegenbewijs kan ontzenuwen. Kortom, het uitgangspunt is dus dat exoneratie jegens de consument niet is toegestaan, tenzij het echt niet anders kan.

¹¹ Rb. Utrecht 16 maart 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ0382, *NJF* 2011/308.

¹² Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, art. 7:6.

¹³ Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2010, p. 322.

¹⁴ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/499.

¹⁵ Brahn/Reehuis 2010, p. 246.

¹⁶ Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2010.

Exoneratie voor gevolgen dood of letsel¹⁷

Uit de rechtspraak blijkt dat exoneratie voor de schadelijke gevolgen van dood of letsel in de regel niet wordt aanvaard in consumententransacties en derhalve onredelijk bezwarend wordt geacht.¹⁸ In het arrest *Skeelercursus*¹⁹ was een valhelm aanbevolen, maar niet verplicht gesteld. De cursist in kwestie maakte een dodelijke achterwaartse val zonder helm. De Hoge Raad overwoog dat de exoneratie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was en buiten toepassing diende te blijven op basis van de buitengewoon ernstige gevolgen, de aard en ernst van het verwijt dat de organisator van de cursus trof en de omstandigheid dat hij tegen de aansprakelijkheid was verzekerd. Daarnaast wordt een beroep op een exoneratiebeding door de gebruiker sneller gerechtvaardigd wanneer het risico op ongevallen onverzekerbaar is.²⁰ Het hebben van een verzekering is bij de beoordeling van een exoneratieberoep doorslaggevend geweest in een zaak bij de rechtbank Breda²¹. Het hof Den Bosch²² acht in voornoemde zaak in hoger beroep na afweging van alle relevante omstandigheden het beroep op de exoneratieclausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar ondanks er een verzekering was afgesloten. Uitspraken waarin ten aanzien van exoneratieclausules het in art. 6:237 aanhef BW bedoelde tegenbewijs werd geleverd zijn zeldzaam. Wanneer een beroep wordt gedaan op exoneratie en de verkoper heeft het gebrek verzwegen terwijl hij het wist of hem van het niet-kennen een verwijt kan worden gemaakt, is dit beroep ongeoorloofd.

Beperkende werking redelijkheid en billijkheid

Een belangrijk arrest dat niet onbesproken mag blijven, is het arrest van *Saladin/HBU*.²³ De Hoge Raad heeft in deze casus aan de hand van vijf omstandigheden, ook wel de 'omstandighedencatalogus' genoemd, beoordeeld of HBU een succesvol beroep op het exoneratiebeding kon doen. Daarvoor werd getoetst of het beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Voor deze toetsing zijn vijf omstandigheden van belang, te weten de zwaarte van de schuld (met daarbij in acht genomen de aard en ernst van de bij de gedraging betrokken belangen), de aard en verdere inhoud van de overeenkomst, de maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van partijen, de wijze waarop het beding tot stand is gekomen en de mate waarin de wederpartij van de strekking van het beding op de hoogte was. Aan de hand van deze vijf omstandigheden kon HBU een geslaagd beroep doen op het exoneratiebeding.

Toetsing van de exoneratieclausule

Consumenten en kleine ondernemingen, niet de grote ondernemer zoals bedoeld in art. 6:235 BW, kunnen een beroep doen op art. 6:233 jo. 6:234 BW. Daarnaast is de Richtlijn oneerlijke bedingen²⁴ bij consumentenovereenkomsten van toepassing. Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat art. 6 lid 1 van de richtlijn bepaalt dat een oneerlijk beding de consument niet bindt en dat het niet nodig is dat de consument een dergelijk beding van tevoren met succes heeft betwist.²⁵ Daarnaast heeft het Hof van Justitie, zo blijkt uit vaste rechtspraak, bepaald

¹⁷ Het is voorstelbaar dat dit ook geldt voor Business to Business-verhoudingen.

¹⁸ Rb. Overijssel 16 maart 2016, ECLI:NL:ROVE:2016:1118, *NJF* 2016/237, Gerechtshof Arnhem 17 juni 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AH8810, *NJ* 2005, 135 en Rb. Zutphen 26 mei 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BM6031.

¹⁹ HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4042, *NJ* 2007, 141, m.nt. C.J.H. van Brunner (*Skeelercursus*).

²⁰ M. van Beurden, 'Exoneratie en verzekering', *Aansprakelijkheid & Verzekering*, www.vbk.nl.

²¹ Rb. Breda 7 maart 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BV8015, *JA* 2012/103.

²² Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 mei 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1426.

²³ HR 19 mei 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4745, *NJ* 1967/261, m.nt. G.J. Scholten (*Saladin/HBU*).

²⁴ Richtlijn 93/13/EEG.

²⁵ HvJ 4 juni 2009, zaak C-243/08, p.I-4713, *NJ* 2009, 395, m.nt. M.R. Mok, *TvC* 2009/5, p. 191, m.nt. M.B.M. Loos (*Pannon*), punt 28.

dat de rechter zo nodig²⁶ ambtshalve dient te beoordelen of een beding onredelijk bezwarend is.

2.2.2 Business to Business-verhoudingen

De artikelen 6:74 jo. 6:162 jo. 6:96 e.v. BW zijn van regelend recht en dus kunnen professionele partijen onderling hiervan afwijken door de aansprakelijkheid middels exoneratieclausules contractueel uit te sluiten of te beperken. In de praktijk zullen ondernemers er vaak voor kiezen hun risico's te beperken. Exoneratieclausules zijn in de alledaagse praktijk dan ook zeer gebruikelijk²⁷ en tevens een algemeen geaccepteerd fenomeen, omdat het dekken van alle risico's middels een verzekering vaak erg kostbaar is. Aansprakelijkheid kan leiden tot een faillissement. Een exoneratieclausule is hiervoor een goede oplossing. Partijen zijn immers – op grond van contractsvrijheid – vrij om de inhoud van een overeenkomst te bepalen. De vrijheid om van de wettelijke regeling af te wijken, heeft wel grenzen.

Wettelijke grondslagen

Op het beginsel van contractsvrijheid geldt, zoals eerder vermeld, een aantal uitzonderingen. Deze worden hieronder besproken.

Inhoud of strekking

Een exoneratiebeding kan ten eerste worden bestreden ingeval de inhoud of strekking van algemene voorwaarden op grond van art. 3:40 lid 1 BW in strijd is met de goede zeden of openbare orde en op grond van art. 3:40 lid 2 BW in strijd is met de wet indien (i) het sluiten van de overeenkomst door de wet is verboden, (ii) de overeengekomen prestatie door de wet is verboden en (iii) wanneer de overeengekomen prestatie leidt tot overtreding van een wettelijk verbod. Daarnaast speelt bij de openbare orde de wijze waarop de samenleving is ingericht een rol (art. 3:40 lid 1 BW).²⁸ Goede zeden houdt een verwijzing naar het ongeschreven recht in, in het bijzonder de in onze samenleving als fundamenteel ervaren normen die de moraliteit betreffen (art. 3:40 lid 1 BW).

Maatstaven redelijkheid en billijkheid

Tevens kan een exoneratiebeding worden bestreden indien het beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is conform art. 6:248 lid 2 BW. Bij de beoordeling hiervan spelen verschillende criteria een rol, zoals de omstandigheid dat het gaat om een beding in de algemene voorwaarden, de aard en inhoud van de overeenkomst waarin het beding is opgenomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van partijen.²⁹ Een grote wederpartij kan op grond van art. 6:235 BW geen beroep doen op art. 6:233 jo. 6:234 BW, dus zal een beroep moeten worden gedaan op de maatstaven van redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 lid 2 BW.

Onredelijk bezwarend

De regeling omtrent de vernietigbaarheid van exoneratieclausules in algemene voorwaarden is opgenomen in art. 6:233 sub a BW. Op grond van dit artikel kan een exoneratieclausule worden vernietigd wanneer deze onredelijk bezwarend is voor de wederpartij. Bij deze beoordeling speelt een aantal omstandigheden een belangrijke rol, te weten de aard van de overeenkomst, de omstandigheden van het geval, de wijze van totstandkoming van de algemene voorwaarden en de wederzijds kenbare belangen van partijen. Het gevolg van een

²⁶ Art. 3 lid 1 van de richtlijn komt overeen met de norm van art. 6:233 onder a BW, waardoor er geen noodzaak tot (aanvullende) ambtshalve toetsing aan de richtlijn bestaat wanneer de consument zelf een beroep doet op de onredelijkheid.

²⁷ Brahn/Reehuis 2010, p. 299.

²⁸ Brahn/Reehuis 2010, p. 450-458.

²⁹ HR 25 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9329, NJ 1986, 714.

onredelijk bezwarend beding is vernietigbaarheid. Het beding is tot het moment van vernietiging geldig en heeft de ermee beoogde rechtsgevolgen. Door vernietiging vervalt de geldigheid van het beding. Wanneer de rechter oordeelt dat het beding onredelijk bezwarend is, dient het beding in beginsel buiten toepassing te worden gelaten. De rechter zal na hoor en wederhoor partijen hiervan in kennis stellen en hen in de gelegenheid stellen hierover hun standpunt kenbaar te maken.

Situaties in de rechtspraak

Naast de wettelijke bepalingen waarin exonereren in bepaalde gevallen niet is toegestaan, zijn in de rechtspraak tevens situaties ontstaan waarin exoneratieclausules niet worden aanvaard.

Opzet en bewuste roekeloosheid

Uit de rechtspraak blijkt dat een beroep op exoneratie in beginsel ontoelaatbaar wordt geacht in geval van opzet en bewuste roekeloosheid van de schuldenaar of van een tot zijn bedrijfsleiding behorend persoon.³⁰ Volgens vaste rechtspraak is het in strijd met de goede zeden om zich contractueel vrij te tekenen voor schade als gevolg van opzet of bewuste roekeloosheid van de schuldenaar of van met de leiding van zijn bedrijf belaste personen. Wordt aansprakelijkheid in deze gevallen uitgesloten, dan is een beroep op exoneratie in het algemeen ongeoorloofd. Deze regel geldt niet in geval sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van een niet-leidinggevende ondergeschikte. Bij de toetsing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 lid 2 BW zijn alle omstandigheden van het geval van belang, waaronder ook de gevolgen van het verzuim en in hoeverre de daardoor ontstane schade door de verzekering is gedekt.³¹ Duyvensz is van mening dat de toetsing aan de omstandigheden van het geval tot rechtsonzekerheid leidt, omdat de uitkomst in veel gevallen moeilijk te voorspellen is.³² Een exoneratiebeding is in zo'n geval nietig op grond van art. 3:40 BW. Dit betreft in beginsel partiële nietigheid op grond van art. 3:41 BW, zodat het de werking van het overige in het exoneratiebeding onverlet laat.³³

In een zaak uit 2006³⁴ is een in algemene voorwaarden opgenomen exoneratiebeding tussen twee professionele partijen met een bestendige handelsrelatie onredelijk bezwarend geacht, nu het beding geen ruimte bood voor aansprakelijkheid boven het factuurbedrag in geval van opzet of grove schuld. De aansprakelijkheid was in casu te allen tijde beperkt tot het factuurbedrag en, zo oordeelde de rechtbank, dus ook indien sprake is van opzet of grove schuld. Het beroep op algehele vernietiging slaagt. Het begrip bewuste roekeloosheid wordt in het kader van exoneraties in de lagere rechtspraak op verschillende manieren ingevuld. Vaak wordt ook de term 'grove schuld' gehanteerd, omdat deze term bijvoorbeeld in een exoneratieclausule is opgenomen. De rechtbank en het hof zien de begrippen 'grove schuld' en 'bewuste roekeloosheid' als synoniem.³⁵

Welbewuste misleiding

Naast bovenstaande situatie is ook in de situatie waarin sprake is van welbewuste misleiding een beroep op exoneratie ongeoorloofd. Dit is voor de hand liggend, aangezien een welbewuste misleiding in de opzetsfeer ligt.³⁶ Een andere situatie is wanneer de schuldenaar een ernstig verwijt kan worden gemaakt van onwetendheid van de gebreken die het door hem verkochte goed betreft en hij bovendien de koper "zelfs" niet op de hoogte heeft gesteld van

³⁰ HR 12 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2524, NJ 1998, 208 (*Gemeente Stein/Driessen*).

³¹ HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6913, NJ 2004, 585, r.o. 3.6 (*Kuunders/Swinkels*).

³² Duyvensz, *WPNR* 2011, nr. 6878.

³³ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4335, NJF 2015/511, r.o. 3.6.2.

³⁴ Rb. 's-Hertogenbosch 22 november 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:BJ1472.

³⁵ Rb. Leeuwarden 21 januari 2004, ECLI:NL:RBLLE:2004:AO2276 en Gerechtshof 's-Gravenhage 19 januari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL0046, JA 2010, 35.

³⁶ HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2492, NJ 1998, 657, m.nt. W.M. Kleijn.

de omstandigheden die, indien de koper daarvan op de hoogte was, het bestaan van de gebreken aan het licht hadden kunnen brengen. In zo'n geval kan de schuldenaar evenmin een beroep doen op een exoneration, aldus de Hoge Raad.³⁷ De enkele omstandigheid dat de verkoper behoort te weten dat een zaak gebrekkig is, maar hem van het niet onderkennen van dat gebrek geen ernstig verwijt kan worden gemaakt is onvoldoende om een beroep op een exoneration ontoelaatbaar te achten.^{38,39}

Kern van de prestatie

Uit een recente uitspraak van de rechtbank Overijssel⁴⁰ blijkt dat een exonerationbeding dat de essentie van de opdracht raakt (ook wel: kern van de prestatie) niet wordt geaccepteerd. In casu werd Acmaa ingeschakeld om een asbestinventarisatie uit te voeren bij Coop. In de toepasselijke algemene voorwaarden van Acmaa was een beding opgenomen waarin stond dat Acmaa niet aansprakelijk is voor enige schade geleden door de opdrachtgever of derden, welke voortvloeien uit het niet ontdekken van asbesthoudende materialen bij het uitvoeren van asbestinventarisaties (r.o. 3.4). Acmaa heeft een volledig onderzoek gedaan en concludeerde dat er geen asbest is gedetecteerd. Ook benoemt Acmaa dat niet volledig kan worden uitgesloten dat asbesthoudende onderdelen worden aangetroffen die tijdens het onderzoek niet zijn opgemerkt, bijvoorbeeld door onderdelen die niet visueel te detecteren zijn (zoals asbest boven vaste plafondplaten). Dit was volgens de rechtbank echter eenvoudig visueel waar te nemen door een plaat op te tillen, derhalve zonder destructief onderzoek. De rechtbank verwerpt het beroep van Acmaa op de aansprakelijkheidsbeperking in de algemene voorwaarden, oordeelt dat Acmaa niet naar behoren heeft gepresteerd en in beginsel aansprakelijk is voor de geleden schade en veroordeelt Acmaa tot betaling aan Coop.

Tegenstrijdige aansprakelijkheidsclausule: welke bepaling prevaleert?

Een garantiebepaling houdt in dat de garantiegever instaat voor het bereiken van een bepaald resultaat of voor een bepaalde eigenschap. Dit is een algemene bepaling, want het begrip 'garantie' heeft geen vastomlijnde betekenis^{41,42}. Jongeneel is van mening dat een garantieclausule in beginsel voorrang heeft boven een exonerationclausule. Dit is gebaseerd op de gedachte dat men niet met de ene hand mag wegnemen wat men met de andere hand geeft. Een exonerationclausule mag derhalve een garantieclausule niet zonder betekenis laten.⁴³ De Hoge Raad heeft in een casus⁴⁴ geoordeeld dat er geen rechtsregel bestaat dat een specifieke bepaling vóór een algemene bepaling gaat. In casu ging het om een aannemingsovereenkomst tussen een dakbedekker en een eigenaar van een loods. In de overeenkomst werd verwezen naar twee tegenstrijdige aansprakelijkheidsclausules, te weten een aansprakelijkheidsbeperking in de algemene voorwaarden en een garantieclausule in een technisch reglement. Nadat door de werkzaamheden van de dakbedekker schade is ontstaan, heeft het hof – terecht volgens de Hoge Raad – het Haviltex-criterium als uitgangspunt genomen. Geconcludeerd kan worden dat op basis van deze uitspraak bij de uitleg van een overeenkomst niet de (ongeschreven) regel geldt dat een specifieke bepaling in de overeenkomst prevaleert boven een bepaling in de algemene voorwaarden. Welk beding de voorkeur verdient, wordt uitgewerkt aan de hand van het Haviltex-criterium. Hoewel het in deze zaak ging om een aannemingsovereenkomst, is het voorstelbaar dat deze uitspraak ook zou gelden voor koopovereenkomsten.⁴⁵

³⁷ HR 7 mei 1982, *NJ* 1983, 509.

³⁸ HR 25 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5383, *JOR* 2005, 168, m.nt. J.J. Dammingh.

³⁹ Duyvensz, *WPNR* 2011, nr. 6878.

⁴⁰ Rb. Overijssel 16 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1118, *NJF* 2016/237, r.o. 3.3.

⁴¹ HR 22 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1930, *NJ* 1996, 300.

⁴² Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2010, p. 419.

⁴³ Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2010, p. 317.

⁴⁴ HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5583, *NJ* 2003, 506 (*Vos Logistics/Heipro*).

⁴⁵ Van Loon 2014.

Toetsing van de exonerationclausule

Wat betreft de toetsing gaat art. 6:233 sub a BW uit van vernietigbaarheid en het Nederlands recht kent het systeem dat de rechter een vernietigbaarheidssanctie ambtshalve toetst. Uit de uitspraak van het hof Arnhem-Leeuwarden (deze uitspraak wordt nader toegelicht in paragraaf 2.3) volgt dat het niet in absolute zin zo is dat bij Business to Business-verhoudingen een uitsluiting van aansprakelijkheid toelaatbaar is. Er dient rekening te worden gehouden met het volgende: *“Bij de beoordeling van deze grieven stelt het hof voorop dat bij toetsing aan de in art. 6:233 sub a BW gegeven norm moet worden gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval. Die beoordeling dient dus plaats te vinden aan de hand van alle omstandigheden van het geval.”* Mochten de algemene voorwaarden deze toets doorstaan, dan stelt het hof dat ontwikkelingen na de contractssluiting een beroep op het beding nog onaanvaardbaarder maken in de zin van art. 6:248 lid 2 BW. Art. 6:248 lid 2 BW dient ambtshalve te worden getoetst. Dit houdt in dat de rechter zowel een plicht als bevoegdheid heeft ambtshalve te onderzoeken of een beding oneerlijk is. Deze plicht bevat alle bedingen.⁴⁶⁴⁷ Het berust op een concrete toetsing van de omstandigheden. De formulering ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid’ brengt tot uitdrukking dat de rechter bij de toepassing van het tweede lid van dit artikel de nodige terughoudendheid zal moeten betrachten. De bedoelde formulering mag dan ook niet worden verkort tot ‘strijd met redelijkheid en billijkheid’.⁴⁸⁴⁹ Voorts geeft de slotzin van art. 3:40 lid 2 BW de rechter de ruimte om ambtshalve te toetsen.

2.3 Jurisprudentie

In deze paragraaf zal de meest recente en relevante jurisprudentie worden besproken die ziet op exonerationclausules in algemene voorwaarden.

Exoneratiebeding en aansprakelijkheidsverzekering

In deze casus van de Hoge Raad d.d. 24 juni 2016⁵⁰ had B B.V. (hierna: B) bij Veka Scheepsbouw B.V. (hierna: Veka) een casco van een multifunctioneel ‘beunschip’ besteld. Het casco had ongebruikelijk grote afmetingen. Veka gaf aan een derde (in casu: eiser) opdracht constructietekeningen te maken. Op basis van deze tekeningen is het schip gebouwd. Op een later moment werd het schip met nat zand geladen, waardoor het schip vervolgens in het midden is geknikt. Dit is een constructiefout door onjuiste berekeningen. De verzekeraar heeft aan B de schade betaald en heeft van Veka een vergoeding gevorderd van de schade. Veka beroept zich op de van toepassing verklaarde Metaalunievoorwaarden waarin een exonerationbeding is opgenomen dat bepaalt dat voor vergoeding alleen in aanmerking komt de schade waartegen de opdrachtnemer verzekerd is, dan wel redelijkerwijs verzekerd had behoren te zijn.

De rechtsvraag die centraal staat is of het onbegrijpelijk is dat het hof niet van doorslaggevend belang heeft geacht dat eiser voor zijn aansprakelijkheid slechts een verzekeringsdekking had kunnen krijgen tot maximaal het bedrag van de factuur. Het hof heeft onderzocht of de schade redelijkerwijze verzekerd had behoren te zijn en komt tot de conclusie dat eiser een beroepsaansprakelijkheidsverzekering had kunnen afsluiten waarbij de RVOI-voorwaarden 2001 verplicht zouden zijn gesteld die de aansprakelijkheid van eiser zouden hebben beperkt tot het bedrag van de factuur. Het zou voor eiser lastig zijn geweest om een verzekering tegen het bedrijfsrisico af te sluiten, maar niet onmogelijk en evenmin onbetaalbaar en niet

⁴⁶ HvJ 4 juni 2009, zaak C-243/08, p.I-4713, *NJ* 2009, 395, m.nt. M.R. Mok, *TvC* 2009/5, p. 191, r.o. 35.

⁴⁷ Loos, *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraktijk* 2014, nr. 1.

⁴⁸ HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2540, *NJ* 1998, 363, m.nt. A.R. Bloembergen (*Gemeente Apeldoorn/Duisterhof*).

⁴⁹ Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, art. 6:248.

⁵⁰ HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1280, *NJB* 2016, 1405.

ongebruikelijk. Van eiser had dus verwacht mogen worden dat zij zich inspande een deugdelijke dekking te verkrijgen. Dit heeft zij nagelaten. Eiser kan daardoor geen beroep doen op het exoneratiebeding. Dit heeft eiser nagelaten. Het hof is daarom van mening dat eiser bij deze stand van zaken zich niet kan beroepen op het feit dat de schade redelijkerwijze niet verzekerd had behoren te zijn. Haar komt geen beroep toe op het exoneratiebeding. De Hoge Raad heeft het arrest van het hof vernietigd en verwijst het geding naar het hof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing.

Opzet of grove schuld

In deze zaak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch⁵¹ was het de vraag of sprake is van opzet of grove schuld die in de weg staan aan een beroep op een exoneratiebeding. Appellante, een hortensiakweker, kocht jaarlijks potten bij geïntimeerde, leverancier. Appellante kocht ± 700.000 potten. De algemene voorwaarden van geïntimeerde waren hierop van toepassing. Later blijkt dat de leverancier tekort is geschoten in de nakoming van de koopovereenkomst door ondeugdelijke potten te leveren, met als gevolg dat appellante schade heeft geleden. Tussen partijen is een exoneratieclausule overeengekomen die de schadevergoeding beperkt tot de factuurwaarde. De leverancier is verzekerd voor schade. Het hof acht dat het in strijd is met goede zeden om zich contractueel vrij te tekenen voor schade als gevolg van opzet of grove schuld ex art. 3:40 BW. Dat door appellante met de geïntimeerde was afgesproken dat niet-lichtdoorlatende potten zouden worden besteld, betekent niet dat sprake is van opzet of grove schuld. Het exoneratiebeding is niet onredelijk bezwarend in de zin van art. 6:233 onder a BW en is evenmin onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW). Dat geïntimeerde is verzekerd, betekent niet dat het beding wel onredelijk bezwarend is. Appellante haalt uitspraken⁵² aan waaruit volgt dat de omstandigheid dat een aansprakelijke partij verzekerd is tegen schade, een belangrijke factor is bij de beantwoording van de vraag of het exoneratiebeding onredelijk bezwarend is, maar dit op zichzelf niet doorslaggevend is. In deze zaken gaat het echter om ernstig verwijtbare fouten van de aansprakelijke partijen met ernstige gevolgen, terwijl het in casu gaat over een toerekenbare tekortkoming en niet om ernstig verwijtbaar handelen. Daarnaast is sprake van een duidelijke, niet ongebruikelijke aansprakelijkheidsbeperking. Niet blijkt dat een beroep op deze beperking naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht. Dat de leverancier is verzekerd, brengt niet mee dat hij zich niet kan beroepen op de desbetreffende algemene voorwaarde.⁵³

Onredelijk bezwarend en onaanvaardbaar ex art. 6:248 lid 2 BW?

In casu⁵⁴ ging het geschil over de aankoop van een niet correct werkende hijskraan. De afnemer vorderde onder meer vergoeding van zijn inmiddels geleden schade. De rechtbank heeft deze vordering in eerste aanleg afgewezen. In hoger beroep was het de vraag of een artikel in de algemene voorwaarden, betreffende de uitsluiting van de aansprakelijkheid, onredelijk bezwarend is dan wel naar de maatstaven van redelijk- en billijkheid onaanvaardbaar is. In de set algemene voorwaarden die van toepassing was verklaard, was opgenomen dat “indien de klacht door leverancier gegrond wordt bevonden, hij uitsluitend verplicht is de ondeugdelijke zaken te herstellen, dan wel te vervangen, dan wel te crediteren, een en ander te leveranciers keuze, zonder dat afnemer daarnaast enig recht kan doen gelden op welke vergoeding dan ook”. Deze bepaling wijst erop dat de afnemer bij klachten enkel aanspraak kan maken op herstel, vervanging of terugbetaling en dat vergoeding van eventueel geleden schade uitgesloten is in geval van wanprestatie. De hijskraan was beperkt bruikbaar en de afnemer vorderde (i) dat bovengenoemde bepaling een ongebruikelijke voorwaarde is, omdat de gebruiker de mogelijkheid wordt geboden zich eenzijdig aan haar verplichting tot

⁵¹ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4335, *NJF* 2015, 511.

⁵² HR 12 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5783, *NJ* 2000/412 en HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6913, *NJ* 2004, 585 (*Kuunders/Swinkels*).

⁵³ RCR 2016/16.

⁵⁴ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 december 2013, *Prg.* 2014/64.

nakoming te onttrekken, (ii) gelijktijdige uitsluiting van enig recht op schadevergoeding en (iii) dat dit ertoe zou leiden dat de afnemer genoeg moet nemen met een incompleet product dat niet kan worden gebruikt op de wijze waarop partijen dat voor ogen hadden bij het sluiten van de overeenkomst.

Het hof oordeelt dat het niet in absolute zin zo is dat bij Business to Business-verhoudingen een uitsluiting van aansprakelijkheid toelaatbaar is (r.o. 5.4). Bij de toetsing van de in art. 6:233 sub a BW gegeven norm moet tevens worden gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval. Die beoordeling dient plaats te vinden aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Wanneer een algemene voorwaarde toetsing op grond van deze bepaling doorstaat, kunnen ontwikkelingen na de contractssluiting een beroep op het beding nog onaanvaardbaar maken ex art. 6:248 lid 2 BW (r.o. 5.3). De conclusie luidt dat alle omstandigheden van het geval, gelezen in hun onderlinge verband, niet de conclusie kunnen dragen dat het beding op zichzelf als onredelijk bezwarend moet worden aangemerkt, noch dat een beroep op die clausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat geen feiten of omstandigheden zijn gesteld die zich na de contractssluiting hebben voorgedaan, en die een beroep op het beding alsnog onaanvaardbaar maken (r.o. 5.7).⁵⁵

2.4 Tussenconclusie

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat het uitgangspunt van de aansprakelijkheidsregeling is dat ieder zijn eigen schade draagt. De belangrijkste grondslagen hiervoor zijn de wanprestatie en de onrechtmatige daad. Voor Business to Consumer-verhoudingen geldt dat consumenten in veel gevallen worden beschermd. Indien sprake is van een consumentenkoop, kan niet ten nadele van de consumentkoper worden afgeweken. Rechten en vorderingen die de wet aan de koper ter zake van een tekortkoming in de nakoming van de verplichting van de verkoper toekent, kunnen niet worden beperkt of uitgesloten. Veelal worden exonerationen jegens de consument onredelijk bezwarend geacht met als gevolg vernietigbaarheid op grond van art. 3:40 lid 2 jo. 6:233 sub a jo. 6:236 jo. 6:237 BW. Er is sprake van nietigheid indien dit uit de strekking van de bepaling voortvloeit. De consument wordt naast art. 7:6 BW ook beschermd door de grijze en zwarte lijst. Een beding dat de gebruiker of een derde geheel bevrijdt van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn (art. 6:237 sub f BW). Exonereren voor schadelijke gevolgen van dood of letsel wordt per definitie niet geaccepteerd.

Voor Business to Business-verhoudingen geldt dat de regeling van regelend recht is. Partijen kunnen middels een exonerationclausule de aansprakelijkheid uitsluiten of beperken. Het uitgangspunt is contractsvrijheid. Hierop gelden de volgende uitzonderingen. De inhoud of strekking van algemene voorwaarden mag niet in strijd zijn met art. 3:40 lid 2 BW. Daarnaast kan een exonerationbeding enerzijds worden bestreden indien het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW). Dit berust immers op een concrete toetsing van de omstandigheden, waarbij met name een gebrek aan zorgvuldigheid in de uitvoering zwaar weegt.⁵⁶ Anderzijds kan een exonerationbeding worden bestreden wanneer het beding onredelijk bezwarend is op grond van art. 6:233 sub a BW. Uit de rechtspraak blijkt dat exonereren niet is toegestaan wanneer sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid, welbewuste misleiding en wanneer het beding de kern van de prestatie raakt. Uit onderzochte jurisprudentie is gebleken dat de rechter in zijn overweging meeneemt of een aansprakelijkheidsverzekering is afgesloten en zo niet, of de schade redelijkerwijze verzekerd had kunnen zijn.

⁵⁵ E. van de Pas, 'Totale uitsluiting van aansprakelijkheid bij wanprestatie in algemene voorwaarden: mag dat?' *Dirkzwager* 17 maart 2014, www.dirkzwageriteit.nl.

⁵⁶ Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2010, p. 576.

Hoofdstuk 3 Eigendomsvoorbehoud

In het derde hoofdstuk wordt de wettelijke regeling omtrent eigendomsvoorbehoud besproken. Daarnaast zullen de afwijkingen op de wettelijke regeling worden besproken. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen Business to Consumer- en Business to Business-verhoudingen. Tot slot zal de relevante en meest recente jurisprudentie worden besproken. Dit onderwerp zal zich richten op het eigendomsvoorbehoud opgenomen in de algemene voorwaarden van koopovereenkomsten, daar dit bij VIL het meest voorkomend is.

3.1 Eigendomsrecht

Het eigendomsrecht is het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben (art. 5:1 BW). Een koper wordt eigenaar op het moment van levering, ook al is de koopsom nog niet (geheel) voldaan. Betaling van de koopprijs is immers conform de wet geen voorwaarde voor eigendomsoverdracht. De vereisten voor een geldige eigendomsoverdracht zijn op grond van art. 3:84 lid 1 BW (i) levering, (ii) krachtens een geldige titel, (iii) verricht door iemand die bevoegd is over het geleverde goed te beschikken.

3.2 Afwijken middels eigendomsvoorbehoud

Wanneer de koper niet betaalt, is de verkoper zijn goederen kwijt. Om deze situatie te voorkomen, kan een eigendomsvoorbehoud worden bedongen. Dit moet vóór of tijdens het sluiten van de koopovereenkomst geschieden. Het eigendomsvoorbehoud is de overdracht onder opschortende voorwaarde van voldoening door de verkrijger van de door hem verschuldigde prestatie en dient derhalve als een belangrijk middel dat strekt tot zekerheid. De verkoper voorkomt hiermee dat de koper eigenaar wordt van de goederen zonder te betalen. De verkoper zal eigenaar van de goederen blijven totdat de koopprijs volledig is voldaan door de koper. Het ziet op het voorbehouden van eigendom van roerende zaken, niet-registergoederen (art. 3:90 jo. 3:91 BW). De levering ter uitvoering van een verbintenis tot overdracht onder opschortende voorwaarde geschiedt op grond van art. 3:91 BW middels machtsverschaffing. Dit is een bijzondere wijze vergeleken met de normale regeling, waar bij de overdracht van roerende zaken, niet-registergoederen aan de verkrijger het bezit wordt verschaft (art. 3:90 BW).

De bepalingen van art. 3:92 lid 1 jo. 3:91 jo. 3:84 lid 1 en lid 4 BW vormen de wettelijke constructie van het eigendomsvoorbehoud en bepalen de inhoud, de wijze van realisering en de werking ervan. Uit art. 3:92 BW blijkt dat het eigendomsvoorbehoud daadwerkelijk moet worden overeengekomen. Echter, het artikel vermeldt niet op welke wijze dit dient te geschieden. Bij voorkeur schriftelijk, bijvoorbeeld in de algemene voorwaarden. In de volgende paragrafen zullen achtereenvolgens de Business to Consumer- en de Business to Business-verhoudingen worden besproken.

3.2.1 Business to Consumer-verhoudingen

In de praktijk blijkt dat een eigendomsvoorbehoud, opgenomen in de algemene voorwaarden, veelal voorkomt in de relatie tussen professionele verkopers en afnemers (Business to Business-verhouding). In de relatie tussen professionele verkopers en particulieren (Business to Consumer-verhouding) komt het veel minder voor. Gaat het in deze laatste verhouding om zogenaamde krediettransacties in de zin van de Wet op het consumentenkrediet (hierna: WCK), dan bestaat op grond van art. 40 e.v. WCK een aantal bijzondere beperkingen van dwingend recht met betrekking tot het bedingen en uitoefenen van een eigendomsvoorbehoud.⁵⁷ Een eigendomsvoorbehoud kan alleen worden bedongen ten aanzien van de roerende zaak die met de kredietovereenkomst wordt aangeschaft. Deze regel is een uitzondering op art. 3:92 lid 2 BW. Deze beperking geldt om overkreditering tegen te

⁵⁷ Asser/Van Mierlo 3-VI, 2016/522.

gaan.⁵⁸ Een verbreding van het eigendomsvoorbehoud kent op grond van art. 40 WCK grenzen ingeval op een transactie de WCK van toepassing is. Het valt echter buiten het bereik van dit onderzoek om deze grenzen verder uit te werken, gezien het feit dit onderzoek zich richt tot producten en dit hoofdstuk enkel tot koopovereenkomsten.

3.2.2 Business to Business-verhoudingen

Het eigendomsvoorbehoud is summierlijk geregeld in art. 3:92 BW. Op deze manier kunnen professionele verkopers zich wapenen tegen wanbetaling door de koper. Op grond van art. 3:92 lid 1 BW geldt het vermoeden dat de vervreemder zich verbindt tot overdracht onder opschortende voorwaarde van voldoening van de prestatie. De strekking van dit wettelijke vermoeden is tweeledig. Enerzijds wordt de verkoper door behoud van zijn eigendomsrecht beschermd totdat de koper aan zijn betalingsverplichting heeft voldaan. Anderzijds wordt de koper beschermd doordat hij de eigendom verkrijgt zodra hij voldoet aan zijn betalingsverplichting.

Tenietgaan van het eigendomsvoorbehoud

In art. 3:92 lid 3 BW wordt opgesomd op welke wijze het eigendomsvoorbehoud teniet gaat. Het gaat teniet zodra de opschortende voorwaarde in vervulling gaat en dus de overeengekomen tegenprestatie wordt voldaan. Dit is de meest voorkomende wijze van tenietgaan. Tevens gaat het eigendomsvoorbehoud teniet door schuldeisersverzuim in de zin van art. 6:60 BW, indien de leverancier afstand doet van het recht conform art. 6:160 BW of wanneer de verjaring van de rechtsvordering ter zake van de tegenprestatie is voltooid. Het eigendomsrecht vervalt daarnaast als het niet meer identificeerbaar is en de goederen hun zelfstandigheid verliezen als gevolg van natrekking, vermenging of zaakvorming krachtens de artikelen 5:3 jo. 5:15 jo. 5:16 BW. Een eigendomsvoorbehoud kan derhalve enkel worden bedongen voor tastbare en identificeerbare roerende zaken. De verkoper moet kunnen aantonen welke goederen hij heeft geleverd. Is dit niet mogelijk, dan kunnen deze goederen niet worden teruggevorderd. De verkoper doet er goed aan om zijn producten te markeren met de bedrijfsnaam. Indien sprake is van dezelfde soort zaken bij verschillende leveranciers, dan moet kunnen achterhaald welke zaak van wie is (denk bijvoorbeeld aan het plakken van identificatiestickers op de goederen).⁵⁹

De verkoper kan zich evenmin op het eigendomsvoorbehoud beroepen als de koper de producten aan derden heeft doorverkocht. De derde is daarmee eigenaar geworden op grond van derdenbescherming ex art. 3:86 lid 1 BW, tenzij hij wist of kon weten dat de producten onder eigendomsvoorbehoud waren geleverd en dus de koopsom nog niet was voldaan. Vereist is dat de derde ten tijde van de levering te goeder trouw was (art. 3:11 BW) en dat de levering anders dan om niet geschiedde.

In het kader van de normale bedrijfsuitoefening

Een koper die een onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaak doorverkoopt aan een derde, is in beginsel niet bevoegd over die zaak te beschikken en dus kan hij niet de eigendom van die zaak aan een derde overdragen. Dit kan anders zijn wanneer de derde bijvoorbeeld een beroep doet op derdenbescherming. Voorgaande situatie wordt door kopers als hinderlijk ervaren, omdat zij de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken willen gebruiken om aan derden door te verkopen. Wanneer dan een eigendomsvoorbehoud is bedongen, staat dit hieraan in de weg. Om die reden nemen leveranciers vaak in hun algemene voorwaarden op dat de koper wel bevoegd is de zaak aan een derde te verkopen en te leveren en dat de eigendom van die zaak vervolgens overgaat op die derde, ondanks de koper de leverancier nog niet heeft betaald. Hierbij is echter van belang dat sprake is van een handeling in het kader

⁵⁸ Biemans 2013, p. 64-65.

⁵⁹ M. van Dongen, 'Het nut van een eigendomsvoorbehoud', *Dirkzwager* 10 september 2012, www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl.

van de normale bedrijfsuitoefening. Het hof Arnhem-Leeuwarden⁶⁰ heeft bepaald dat bij de uitleg van het begrip 'normale bedrijfsuitoefening' van belang is wat in de betreffende branche gebruikelijk is, wat de kenbare belangen van partijen zijn en hoe de bepaling over de normale bedrijfsuitoefening in de algemene voorwaarden is geformuleerd. Onder 'gebruik' valt het verkopen en leveren van de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken aan derden, indien die derden zich jegens de koper hebben verbonden de zaken ook direct na levering te betalen.⁶¹

Beperkt, uitgebreid en verruimd eigendomsvoorbehoud

Ondernemingen kunnen de vorm van het eigendomsvoorbehoud kiezen. Er wordt onderscheid gemaakt tussen een beperkt, uitgebreid en verruimd eigendomsvoorbehoud. Een beperkt eigendomsvoorbehoud houdt in dat het voorbehoud alleen geldt voor onbetaalde zaken die expliciet op de onderliggende facturen staan vermeld, onder voorwaarde dat deze nog bij de afnemer worden aangetroffen. Dit gaat niet verder dan de eigendom ter zake één levering. Een voorbeeld hierbij is dat X zich de eigendom van de geleverde zaken voorbehoudt totdat die betreffende zaken zijn betaald. Een uitgebreid eigendomsvoorbehoud houdt in dat alle goederen mogen worden teruggenomen die aantoonbaar door de betreffende leverancier zijn geleverd, mits deze nog aanwezig zijn bij de afnemer en met een maximum van het openstaande bedrag. Het omvat de vorderingen van de leverancier uit eerdere of latere leveringen. Het voorbeeld hierbij is dat X zich de eigendom van alle geleverde zaken voorbehoudt totdat aan alle betalingsverplichtingen is voldaan.

De wettelijke constructie van het eigendomsvoorbehoud is niet beperkt tot de vordering ter zake de koopprijs. De verkoper kan het eigendomsvoorbehoud echter niet 'verbreden' tot elke willekeurige vordering. Art. 3:92 lid 2 BW geeft een limitatieve opsomming van vorderingen tot voldoening waarvan de verkoper zich geldig de eigendom kan voorbehouden. Het eigendomsvoorbehoud kan verlengd worden, zodat het kan strekken voor tegenprestaties ook uit andere overeenkomsten krachtens welke de verkrijger zaken geleverd krijgt, alsmede voor vorderingen uit tekortkoming van dergelijke overeenkomsten. Een eigendomsvoorbehoud kan slechts geldig worden bedongen ter zake van vorderingen (i) betreffende de tegenprestatie voor door de vervreemder aan de verkrijger krachtens overeenkomst geleverde of nog te leveren zaken, (ii) betreffende de tegenprestatie voor krachtens een zodanige overeenkomst tevens ten behoeve van de verkrijger verrichte of te verrichten werkzaamheden en (iii) wegens tekortschieten in de nakoming van zodanige overeenkomsten.

Art. 3:92 lid 2 BW staat het tot slot tevens toe dat een verruimd (ofwel: verbreed) eigendomsvoorbehoud kan worden bedongen. Het voorbehoud hoeft niet beperkt te zijn tot enkel de koopprijs, maar kan ook de vergoeding voor bijbehorende werkzaamheden bevatten, waardoor het niet alleen ziet op de tegenprestatie voor de onderhavige leverantie, maar ook op eerder verrichte en nog te verrichten leveringen met bijkomende werkzaamheden. Deze mogelijkheid geeft het eigendomsvoorbehoud een doorlopend karakter. Het strekt zich uit tot alle geleverde zaken, niet alleen als zekerheid voor betaling van de koopprijs, maar ook voor (bij)geleverde diensten.⁶²

Te ruime omschrijving

Indien de verkoper zich voor andere dan de in art. 3:92 lid 2 BW genoemde vorderingen de eigendom wil voorbehouden, is het eigendomsvoorbehoud niet in zijn geheel nietig, maar slechts het deel dat de vorderingen betreft die niet onder de daarin gegeven omschrijving vallen. Uitoefening van een eigendomsvoorbehoud is dus slechts voor de in art. 3:92 lid 2 BW genoemde vorderingen mogelijk, daarbuiten heeft het geen werking.

⁶⁰ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 8 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1819.

⁶¹ A. Slaski, 'Eigendomsvoorbehoud: in het kader van de normale bedrijfsuitoefening', *Dirkzwager* 14 oktober 2016, www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl.

⁶² Reehuis 2013, p. 29.

Faillissement

Wanneer de koper failliet gaat, plukt de leverancier de vruchten van zijn bedongen eigendomsvoorbehoud. Indien een eigendomsvoorbehoud op rechtsgeldige wijze is overeengekomen, zal dit namelijk werking hebben in een faillissement van de koper. Een faillissement heeft immers in beginsel geen invloed op de bestaande rechtsverhouding tussen koper en verkoper. De koper blijft verplicht de koopprijs te voldoen en de verkoper blijft eigenaar totdat hij de betaling heeft ontvangen. Zodra de koper failliet is verklaard, kan de verkoper zijn vordering indienen bij de curator. Daarbij dient hij aan te geven dat hij zich beroept op zijn eigendomsvoorbehoud. Indien de verkoper zich de eigendom van de goederen voorbehoudt en dus eigenaar van de zaak is, blijven de goederen buiten de faillissementsboedel en kunnen deze door de verkoper worden gerevindiceerd (art. 5:2 BW). De verkoper moet van de curator de gelegenheid krijgen de goederen terug te halen, mits het eigendomsvoorbehoud op de juiste wijze is bedongen.⁶³

3.3 Jurisprudentie

Eigenaar volgens eigendomsvoorbehoud⁶⁴

De vraag die in dit geding centraal staat, is wie eigenaar is van de kabels. Alhadra B.V. (hierna: Alhadra) heeft aan Coopra B.V. (hierna: Coopra) kabels verkocht en geleverd onder eigendomsvoorbehoud. Coopra wordt pas eigenaar van de kabels als zij heeft betaald. Coopra was dan niet bevoegd de kabels door te verkopen. Tussen partijen kan tevens worden afgesproken dat de koper, ondanks het eigendomsvoorbehoud, bevoegd is het gekochte in het kader van de normale bedrijfsuitoefening door te verkopen. De kabels zijn aansluitend door Coopra doorverkocht en geleverd aan HTM en RET. Aangezien Coopra haar betalingsverplichtingen niet is nagekomen en in staat van faillissement is verklaard, heeft Alhadra ten laste van Coopra beslag gelegd op de kabels die zich onder HTM en RET bevonden. Alhadra vordert een verklaring voor recht dat de kabels eigendom van Alhadra zijn. Zij stelt zich daartoe op het standpunt dat zij krachtens het eigendomsvoorbehoud nog steeds eigenaar van de kabels is. Het hof oordeelt dat Coopra in beginsel pas eigenaar wordt zodra zij de kabels heeft betaald, doch dat partijen (impliciet) kunnen afspreken dat Coopra bevoegd is de kabels door te verkopen. Het hof gaat er in casu van uit dat Coopra hiertoe bevoegd was, hetgeen impliceert dat HTM en RET in beginsel eigenaar zijn geworden van de kabels. Dit kan, naar 's Hofs oordeel, anders zijn als Coopra eveneens onder eigendomsvoorbehoud heeft geleverd. Het hof is van mening dat Alhadra haar stellingen, dat Coopra de kabels onder een tweede eigendomsvoorbehoud heeft verkocht en geleverd, onvoldoende heeft onderbouwd en wijst de vordering van Alhadra af.⁶⁵

Koper onder eigendomsvoorbehoud verkrijgt pandrecht

Zeer recent heeft de Hoge Raad een opvallende uitspraak gedaan in de zaak Rabobank/Reuser.⁶⁶ Het hof 's-Gravenhage oordeelde reeds in voornoemde casus dat een koper onder eigendomsvoorbehoud geen eigenaar werd, ook niet voorwaardelijk, voordat de aan dit voorbehoud gekoppelde voorwaarde was vervuld. In de meeste gevallen was de voorwaarde een betaling. De Hoge Raad heeft vervolgens in zijn arrest van 3 juni 2016 geoordeeld dat een koper onder eigendomsvoorbehoud direct bij aflevering van de zaak al een voorwaardelijk eigendomsrecht verkrijgt waarover hij in juridische zin ook al kan beschikken door er bijvoorbeeld een pandrecht op te vestigen.⁶⁷ De vraag die centraal stond, was of een voorwaardelijk eigendomsrecht vatbaar is voor verpanding. De Hoge Raad beantwoordde deze vraag bevestigend. Als een onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaak

⁶³ Reehuis 2013, p. 90.

⁶⁴ Gerechtshof 's-Gravenhage 13 september 2007, JOR 2008/78 (Alhadra/Van Rootselaar q.q.).

⁶⁵ 'Eigendomsvoorbehoud Hof 's-Gravenhage 13 september 2007', *Journal Insolventie, Financiering & Zekerheden* 2008, nr. 5.

⁶⁶ HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, NJ 2016/290, m.nt. Verstijlen (Rabobank/Reuser).

⁶⁷ Smetsers, *JutD* 2016, nr. 0095.

vooraangaand aan een faillissement van de schuldenaar rechtsgeldig wordt verpand aan de bank ontstaat daarmee een onvoorwaardelijk pandrecht op het voorwaardelijk eigendomsrecht. Als de (resterende) koopsom daarna aan de verkoper wordt voldaan, gaat de eigendom op de schuldenaar over en wordt dit pandrecht van rechtswege een pandrecht op de onvoorwaardelijke eigendom van de zaak.⁶⁸

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever een systeem voor ogen heeft gehad waarbij de verkrijger van een zaak onder eigendomsvoorbehoud voorwaardelijk eigenaar zou worden en dat het door hem verkregen eigendomsrecht een voorwaardelijk recht is.⁶⁹ Kort samengevat is het oordeel van de Hoge Raad dat de koper onder eigendomsvoorbehoud ten aanzien van de onder eigendomsvoorbehoud aan hem geleverde zaak een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde verkrijgt dat hij – vóór het vervullen van die voorwaarde – faillissementsbestendig kan verpanden.⁷⁰ Deze uitspraak zal met name van groot belang zijn voor de financierings- en insolventiepraktijk, omdat het de positie van financiers versterkt. Tevens kan het voor hen in het vervolg nuttig zijn om na faillietverklaring van de debiteur van de financier (het restant van) de koopsom van de aan de financier verpande zaken te voldoen, zodat deze zaken onder het pandrecht komen te vallen. Dit zal voornamelijk zinvol zijn indien het te betalen restantbedrag lager is dan de waarde van de zaak. Voorheen was dit niet het geval, omdat de zaken dan in de boedel vielen en dus door de curator konden worden verkocht.⁷¹

3.4 Tussenconclusie

Het eigendomsrecht is het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben. De wet bepaalt niet dat een eigendomsoverdracht pas tot stand komt zodra de koopprijs is voldaan, daarom wordt een koper eigenaar op het moment van levering. Door het opnemen van een eigendomsvoorbehoud in algemene voorwaarden kunnen partijen het voorbehoud van eigendom van roerende zaken, niet-registergoederen regelen. Voor Business to Consumer-verhoudingen geldt voor het bedingen van een eigendomsvoorbehoud in geval van krediettransacties een aantal bijzondere beperkingen van dwingend recht. Geconcludeerd kan worden dat een eigendomsvoorbehoud veelal voorkomt in de Business to Business-verhouding. In dit laatste geval geldt dan ook dat professionele verkopers zich kunnen wapenen tegen wanbetaling door de koper (art. 3:92 BW). Partijen kunnen verschillende vormen van het eigendomsvoorbehoud kiezen, te weten een beperkte, uitgebreide en verruimde vorm. Het voorbehoud zal daarnaast in geval van een faillissement van de koper zijn werking hebben.

Uit onderzochte rechtspraak blijkt dat het hof 's-Gravenhage heeft geoordeeld dat een koper onder eigendomsvoorbehoud geen eigenaar werd, ook niet voorwaardelijk, voordat de aan dit voorbehoud gekoppelde voorwaarde was vervuld. In het arrest Rabobank/Reuser overwoog de Hoge Raad dat een koper onder eigendomsvoorbehoud direct bij aflevering van de zaak al een voorwaardelijk eigendomsrecht verkrijgt en dus kan hij dit voorwaardelijke recht ook onder deze voorwaarden bezwaren of vervreemden (art. 3:84 lid 4 BW). Deze uitspraak is van groot belang voor de financierings- en insolventiepraktijk en hiermee is de positie van financiers en pandhouders versterkt.

⁶⁸ R. Faase, 'Is voorwaardelijke eigendom vatbaar voor verpanding?', *Dirkzwager* 6 juni 2016, www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl.

⁶⁹ Smetsers, *JutD* 2016, nr. 0095.

⁷⁰ Van der Wiel & Houdijk, *TvI* 2016, nr. 31.

⁷¹ F.F.A. Smetsers, 'Hoge Raad: koper onder eigendomsvoorbehoud verkrijgt voorwaardelijk eigendomsrechten kan pandrecht vestigen', *VIL* 4 juni 2016, www.vil.nl.

Hoofdstuk 4 Opschorting

In dit hoofdstuk wordt de wettelijke regeling omtrent opschorting gegeven. Vervolgens zal worden bekeken of kan worden afgeweken van de wettelijke regeling en zo ja, in hoeverre dit mogelijk is. Voor de wettelijke regeling wordt onderscheid gemaakt tussen enerzijds consumentenkoop en anderzijds wederkerige overeenkomsten. Ten aanzien van de afwijkingen op de wettelijke regeling wordt onderscheid gemaakt tussen Business to Consumer- en Business to Business-verhoudingen. Tot slot worden de meest recente uitspraken omtrent opschorting besproken.

4.1 Opschortingsregeling

De wettelijke regels omtrent opschorting zijn op verschillende plaatsen in de wet te vinden, te weten in afd. 6.1.7 (art. 6:52 e.v. BW), art. 6:262 e.v. en 7:27 BW. Opschorting is een van de remedies waarin de wet voorziet wanneer een wederpartij zijn verplichtingen uit hoofde van een overeenkomst niet of niet behoorlijk nakomt. Opschorting is de bevoegdheid van de schuldenaar tot uitstellen van de eigen prestatie totdat de wederpartij aan zijn prestatie heeft voldaan (art. 6:52 lid 1 BW).

Er zijn drie vereisten voor de uitoefening van het opschortingsrecht. Ten eerste dient de partij die zich op het opschortingsrecht beroept een opeisbare vordering te hebben. De vraag of een vordering opeisbaar is, moet blijken uit de uitleg van de daaraan ten grondslag liggende overeenkomst c.q. rechtshandeling of wettelijke regeling. In het algemeen zijn op grond van art. 6:38 BW⁷² vorderingen direct opeisbaar, tenzij uit de aard of inhoud van de overeenkomst iets anders voortvloeit.⁷³ Ten tweede moet er sprake zijn van niet-nakoming van de wederpartij. Tot slot moet er voldaan zijn aan het ‘connexiteitsvereiste’. Dit houdt in dat tussen de verbintenis van de schuldenaar en de vordering op de wederpartij voldoende samenhang moet bestaan om de opschorting te rechtvaardigen.⁷⁴ Van samenhang is sprake als de vordering en de verplichting voortvloeien uit dezelfde of een soortgelijke overeenkomst met de wederpartij, zo blijkt uit art. 6:52 lid 2 BW.⁷⁵ Er kan voldoende samenhang zijn indien partijen regelmatig zaken met elkaar hebben gedaan. Aan het begrip ‘regelmatig’ moeten niet al te zware eisen worden gesteld. Tweemaal zaken doen kan al regelmatig zijn.⁷⁶ Een opschortingsrecht kan op grond van art. 6:53 BW ook worden ingeroepen tegen de schuldeisers van de wederpartij.⁷⁷

Uitzonderingen op het vereiste van een opeisbare vordering

Op het vereiste van de opeisbaarheid van een vordering gelden drie uitzonderingen. Ten eerste blijft na verjaring van de vordering op de wederpartij de bevoegdheid tot opschorting in stand op grond van art. 6:56 BW. Ten tweede kan de schuldenaar in drie gevallen nakoming opschorten terwijl zijn tegenvordering nog niet opeisbaar is (art. 6:80 BW). Dit wordt ook wel de ‘anticipatory breach’ genoemd. Het enige harde vereiste voor opschorting, dat er sprake moet zijn van een opeisbare vordering op de wederpartij, is niet zo hard als het lijkt. Met art. 6:80 BW kan worden opgeschort zonder dat sprake is van een opeisbare vordering op de wederpartij indien er goede gronden zijn om aan te nemen dat de wederpartij niet zal nakomen. Daarnaast kan worden opgeschort indien vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk zal zijn en indien de schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming tekort zal schieten. Ten derde geeft art. 6:263 BW (de

⁷² Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, art. 6:52.

⁷³ Asser/Sieburgh 6-I 2016/240-242.

⁷⁴ Dammingh & Klomp, *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraktijk* 2014, nr. 7.

⁷⁵ K. Harmsen, ‘Het opschorten van verplichtingen uit een overeenkomst’, *Dirkzwager* 23 februari 2015, www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl.

⁷⁶ Dammingh & Klomp, *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraktijk* 2014, nr. 7.

⁷⁷ ‘Wat als zowel opdrachtgever als opdrachtnemer zich op hun opschortingsrecht beroepen?’, *Rassers* 28 mei 2013, www.rassers.nl.

'onzekerheidsexceptie') de tot 'Vorleistung'⁷⁸ verplichte partij de bevoegdheid om de nakoming van haar verbintenis op te schorten, ondanks het feit dat zij nog geen opeisbare vordering op haar wederpartij heeft, indien na het sluiten van de overeenkomst te harer kennis gekomen omstandigheden haar goede grond geven te vrezen dat de wederpartij haar daartegenover staande verplichtingen niet zal nakomen. Dit is een aanvulling op art. 6:80 BW en geldt als een nog verdergaande mogelijkheid. Ingeval er goede grond bestaat te vrezen dat slechts gedeeltelijk of niet behoorlijk zal worden nagekomen, is de opschorting slechts toegelaten voor zover de tekortkoming haar rechtvaardigt (art. 6:263 lid 2 BW).⁷⁹ Tevens wordt aan de schuldenaar een opschortingsrecht verleend in een aantal gevallen waar geen tegenvordering is (zie art. 6:37 jo. 6:117 jo. 6:139 lid 1 BW). Tot slot heeft de cedent in beginsel een opschortingsrecht na cessie van een vordering⁸⁰

In art. 6:52 BW is de algemene opschortingsbevoegdheid geregeld. Dit geldt als *lex generalis*. Art. 6:262 BW geldt als de *lex specialis*. Dit artikel kan voor het geval van opschorting ter zake van tegenover elkaar staande verplichtingen uit wederkerige overeenkomsten worden beschouwd als een toepassing van art. 6:52 BW, de algemene regeling omtrent opschorting.

Typen opschortingsrechten

Er bestaan verschillende opschortingsrechten, te weten het algemene opschortingsrecht (art. 6:52 BW), de *exceptio non adimpleti contractus* (art. 6:262 BW), de onzekerheidsexceptie (art. 6:263 BW), het retentierecht (art. 3:290 BW) en de speciale gevallen waarin de wet een opschortingsrecht toekent (artt. 6:37, 6:46 lid 2, 6:48 lid 3, 6:49 lid 4 en 6:117 BW). Tot slot worden de bijzondere vormen van opschorting besproken, enerzijds voor consumentenkoop en anderzijds voor wederkerige overeenkomsten.

Exceptio non adimpleti contractus

De '*exceptio non adimpleti contractus*' is een bijzondere vorm van opschorting en wel in geval van een wederkerige overeenkomst waarbij de daaruit voortvloeiende verbintenissen tegenover elkaar staan (afd. 6.5.5). De *exceptio non adimpleti contractus*, ook wel '*enac*' genoemd (art. 6:262 BW), houdt in dat wanneer de ene partij niet nakomt, de andere partij de nakoming van zijn daartegenover staande verplichting mag opschorten. Het kan worden ingeroepen wanneer tegenover elkaar staande verplichtingen aan de orde zijn. De zekerheid die de *enac* biedt, is er primair op gericht om slechts te hoeven presteren tegen daadwerkelijke contraprestatie.

Onzekerheidsexceptie

Art. 6:263 BW geeft een uitbreiding van de algemene regeling van het opschortingsrecht, specifiek voor wederkerige overeenkomsten. Dit wordt de onzekerheidsexceptie genoemd. De verplichtingen van de wederpartij moeten wel verplichtingen zijn die tegenover die van de wederpartij staan die een beroep op de exceptie doet.⁸¹ De onzekerheidsexceptie houdt in dat de partij die verplicht is het eerst te presteren, zijn verplichtingen mag opschorten wanneer na het sluiten van de overeenkomst te harer kennis gekomen omstandigheden haar goede grond geven te vrezen dat de wederpartij de schuldenaar de verplichtingen aan zijn kant niet zal nakomen. Het kent een opschortingsrecht toe aan degene die als eerste moet presteren en dus geen opschortingsbevoegdheid aan art. 6:262 BW kan ontleen, omdat zijn vordering op de wederpartij nog niet opeisbaar is. Ingeval er goede grond bestaat te vrezen dat slechts gedeeltelijk of niet behoorlijk zal worden nagekomen, bepaalt lid 2 (de redelijkheidstoets) dat de opschorting slechts is toegelaten voor zover de tekortkoming haar rechtvaardigt.

Retentierechten

⁷⁸ Vaak zal uit de wet of overeenkomst voortvloeien dat de ene partij verplicht is vóór de andere partij te presteren. Bij zo'n verplichting heeft alleen de partij die als laatste mag presteren eventueel een opschortingsrecht (Mon. BW nr. B32b 2013/8.5).

⁷⁹ Asser/Hijma 7-I* 2013/412.

⁸⁰ Streefkerk 2013, 2013/9.5.

⁸¹ GS Verbintenissenrecht, art. 6:263 BW, aant. 1.

Het retentierecht is geregeld in art. 3:290 BW. Dit recht houdt de bevoegdheid in die aan een schuldeiser toekomt om de nakoming van een verplichting tot afgifte van een zaak aan zijn schuldenaar op te schorten, totdat de vordering wordt voldaan. In het artikel wordt verwezen naar 'de bij de wet aangegeven gevallen'. Dit duidt erop dat art. 3:290 BW verwijst naar art. 6:52 BW, waarin de criteria worden gegeven wanneer iemand een retentierecht toekomt. Op grond van art. 6:57 BW zijn de bepalingen van afd. 6.1.7 van toepassing op een retentierecht ex art. 3:290 BW, voor zover daarvan niet in afd. 3.10.4 is afgeweken.

Speciale gevallen

Tot slot bestaan er nog de speciale gevallen. Deze zijn opgenomen in artt. 6:37, 6:46 lid 2, 6:48 lid 3, 6:49 lid 4 en 6:117 BW. Art. 6:37 BW bepaalt bijvoorbeeld dat de schuldenaar bevoegd is zijn verbintenis op te schorten zodra hij op redelijke gronden twijfelt aan wie de betaling moet geschieden (art. 6:37 BW).

Consumentenkoop

In geval van een consumentenkoop is afd. 7.1.1 van toepassing. Art. 7:27 jo. 7:6 BW geeft een specifieke regeling voor consumentenkoopovereenkomsten waar niet van kan worden afgeweken gezien het dwingendrechtelijke karakter. Deze bepaling heeft echter niets aanvullends naast art. 6:262 en 6:263 BW.

Wederkerige overeenkomsten

Voor de Business to Business-verhouding geeft art. 6:262 BW de bijzondere regels bij wederkerige overeenkomsten. Een vereiste voor een beroep op opschorting, in verband met tegenover elkaar staande verplichtingen uit een wederkerige overeenkomst, is het proportionaliteitsvereiste (art. 6:262 lid 2 BW). Dit vereiste, ook wel de redelijkheidstoets genoemd, geldt ook voor de bevoegdheid in art. 6:52 BW, zo blijkt uit het arrest Ammerlaan/Enthoven (de uitspraak zal later worden besproken).

Functies van opschortingsrechten

Het opschortingsrecht kent drie functies. Ten eerste kan het dienen als pressiemiddel waarmee druk kan worden uitgeoefend op de contractuele wederpartij. De functie is dan ook vooral de wederpartij te 'prikken' om alsnog correct na te komen. Ten tweede heeft opschorting een zekerheidsfunctie. De schuldenaar heeft een soort zekerheidsrecht jegens zijn wederpartij door de prestatie welke hij verschuldigd is onder zich te houden. Het opschortingsrecht dient daarom tevens als middel om zich te wapenen tegen het risico van eventuele insolventie van de wederpartij indien deze tekortschiet in de nakoming. Tot slot kan opschorting een opstap naar ontbinding zijn.⁸²

Opschorting als tijdelijke oplossing

Opschorting biedt slechts een tijdelijke oplossing. Indien een geslaagd beroep is gedaan op het opschortingsrecht, is geen sprake van een tekortkoming aan de zijde van de opschortende partij. De opeisbaarheid van de verbintenis herleeft echter zodra de wederpartij zijn verplichtingen weer nakomt.

Melding en toepassing van het opschortingsrecht

In de wet is niets bepaald ten aanzien van de vraag of, en zo ja wanneer de schuldenaar de wederpartij moet mededelen dat en waarom er wordt opgeschort. De Hoge Raad spreekt in eerder gewezen arresten over 'een mededeling omtrent de grond waarop de opschorting plaatsvindt'⁸³ en dat 'wordt meegedeeld dat en op welke grond de opschorting plaatsvindt'^{84, 85}. Voor het uitoefenen van een opschortingsbevoegdheid is in beginsel niet altijd nodig dat de

⁸² Streefkerk 2013, p. 11.

⁸³ HR 4 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0097, NJ 1991, 723 (Gelling/Jessurun).

⁸⁴ HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU5663, NJ 2006, 158 (Spector/Fotoshop).

⁸⁵ Stolp, MvV 2011, nr. 6.

schuldenaar voorafgaand aan de (gerechtelijke) procedure de schuldeiser mededeling doet van de opschorting.⁸⁶ Het niet presteren mag achteraf door een advocaat in een procedure worden gekwalificeerd als het zich beroepen op een opschortingsbevoegdheid.⁸⁷ Daar het een bevoegdheid is, krijgt opschorting pas rechtsgevolg doordat van deze bevoegdheid gebruik wordt gemaakt. Dit gebruik staat ter vrije keuze van de schuldenaar. Een opschortingsrecht is een materieel verweer dat processueel door een exceptie geldend wordt gemaakt en daarom zal de schuldeiser een vordering tot nakoming moeten instellen. De rechter zal het opschortingsrecht niet ambtshalve (mogen) toepassen. Wordt er geen gebruik gemaakt van het opschortingsrecht, dan kan de prestatie niet als onverschuldigd worden teruggevorderd.⁸⁸

Geen bevoegdheid tot opschorting

Op grond van art. 6:54 BW bestaat geen bevoegdheid tot opschorting voor zover de nakoming van de verbintenis van de wederpartij wordt verhinderd door schuldeisersverzuim (sub a). De schuldenaar verliest de bevoegdheid tot opschorting voor zover hij als schuldeiser verhindert dat zijn wederpartij jegens hem nakomt. Eveneens wordt de bevoegdheid tot opschorting uitgesloten voor zover de nakoming van de verbintenis van de wederpartij blijvend onmogelijk is (sub b). Tot slot bestaat geen opschortingsbevoegdheid voor zover op de vordering van de wederpartij geen beslag is toegelaten (sub c) en zodra zekerheid is gesteld voor de voldoening van de verbintenis van de wederpartij (art. 6:55 BW).

Nog niet vaststaande omvang van tegenvordering

Op grond van het arrest Ammerlaan/Enthoven⁸⁹ heeft Hoge Raad bepaald dat een schuldenaar de nakoming van zijn verbintenis mag opschorten wanneer hij een (opeisbare) tegenvordering op zijn schuldeiser heeft waarvan de omvang nog niet vaststaat, dit met het oog op een toekomstige verrekeningsbevoegdheid. Indien de omvang van een vordering tot schadevergoeding pas in een later stadium komt vast te staan, is die vordering opeisbaar vanaf het moment dat de schade is geleden en aan de voorwaarden voor aansprakelijkheid is voldaan. Degene die zich op het opschortingsrecht beroept, zal zijn gestelde tegenvordering en de omvang daarvan moeten onderbouwen. De enkele omstandigheid dat de tegenvordering of de omvang daarvan door de wederpartij betwist wordt en dat niet eenvoudig is vast te stellen wie van beide partijen gelijk heeft, maakt een beroep op het opschortingsbevoegdheid niet ondenkbaar.

4.2 Afwijkingen op de opschortingsregeling

In deze paragraaf worden de afwijkingen op de opschortingsregeling besproken voor zowel de Business to Consumer- als de Business to Business-verhoudingen.

4.2.1 Business to Consumer-verhoudingen

Bij Business to Consumer-verhoudingen speelt het opschortingsrecht een belangrijke rol en dient het voornamelijk als pressiemiddel en voor het inbouwen van zekerheid. De consument geniet middels dit recht bescherming tegen ondeugdelijke diensten of leveranties van de wederpartij (denk bijvoorbeeld aan huur, koop of medische verrichtingen). Zonder de prikkel van het opschortingsrecht als pressiemiddel is de wederpartij vaak veel moeizamer tot deugdelijke nakoming te bewegen.

Art. 7:6 BW geeft aan dat bij een consumentenkoop dwingend recht van toepassing is en van de afdelingen 1-7 niet ten nadele van de koper kan worden afgeweken. Voor art. 7:27 BW geldt daarom dat in geval van consumentenkoop niet van deze regeling kan worden afgeweken. Een beding dat in geval van een consumentenkoop ten nadele van de koper afwijkt van de wettelijke opschortingsregeling, maar dat geen deel uitmaakt van de algemene

⁸⁶ HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:95, NJ 2014, 236 (Kenter/Slierings).

⁸⁷ HR 8 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7343, NJ 2002, 199 (Hendriks/Peters).

⁸⁸ MvA II, Parl. Gesch. 6, p. 208.

⁸⁹ HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610, NJ 2009, 50, m.nt. Jac. Hijma (Ammerlaan/Enthoven).

voorwaarden zoals bedoeld in afd. 6.5.3, is geoorloofd. Zo'n beding valt ook niet onder de dwingendrechtelijke bescherming van de koper bij een consumentenkoop uit hoofde van art. 7:6 lid 1 BW, aangezien een opschortingsrecht geen recht 'ter zake van een tekortkoming van de verkoper is'.

Zwarte en grijze lijst

Voor consumenten, en dus niet enkel de consumentkoper, zijn de zwarte en grijze lijst van toepassing (art. 6:236 jo. 6:237 BW). Op grond van art. 6:236 sub c jo. 6:233 sub a BW zijn bedingen in algemene voorwaarden die het contractuele evenwicht aantasten door de consument te beperken in zijn recht op opschorting onredelijk bezwarend en daarmee vernietigbaar.⁹⁰ De gebruiker mag de wettelijke bevoegdheid tot opschorting van de nakoming, toekomend aan de wederpartij, niet uitsluiten of beperken. Niet onder deze bepalingen vallen bedingen die het recht op opschorting slechts indirect beperken, zoals bedingen over de bewijslastverdeling (sub k), over de vorm van uit te brengen verklaringen (sub l), over verjaring van de rechtsvordering tot ontbinding (sub g) of bedingen die een contractuele vervalltermijn inhouden (art. 6:237 sub h BW). Onredelijk bezwarend is volgens het slot van sub c ook een beding dat de gebruiker van de algemene voorwaarden zich jegens een consument een verdergaande bevoegdheid bedingt dan hem volgens de wet toekomt, bijvoorbeeld tot gevallen waarin de verbintenis in verband met art. 6:52 BW onvoldoende samenhang vertoont met zijn vordering op de consument.⁹¹ Hieronder vallen evenmin bedingen die zien op de volgorde waarin de prestaties moeten worden verricht, hoewel deze indirect de opschortingsbevoegdheid van de consument inperken.⁹² Denk hierbij aan een beding dat de koper tot vooruitbetaling verplicht (art. 7:26 lid 2 tweede zin).

4.2.2 Business to Business-verhoudingen

Artt. 6:52, 6:262 en 6:263 BW zijn van regelend recht. Partijen kunnen om die reden contractueel van de wettelijke regels omtrent opschorting afwijken. De bevoegdheid tot opschorting kan door partijen worden uitgesloten, beperkt of juist worden uitgebreid. De opschortingsbevoegdheid kan contractueel worden verruimd door bijvoorbeeld geen samenhang te eisen of te bepalen dat een opschortingsrecht niet vervalt ten gevolge van zekerheidsstelling. De wettelijke vereisten zullen dan worden versoepeld. Tevens kan een bestaande wettelijke opschortingsbevoegdheid worden uitgesloten of beperkt, bijvoorbeeld voor het geval van ondeugdelijke levering.

Invloeden op het opschortingsrecht

Door bepaalde afspraken te bedingen in algemene voorwaarden kan het opschortingsrecht indirect worden beïnvloed. Voor de toepassing van het opschortingsrecht dient de opschortende partij een opeisbare vordering te hebben op de andere partij. De partij die op grond van de wet of overeenkomst als eerste moet presteren, kan geen beroep doen op de exceptie, tenzij art. 6:263 BW de bevoegdheid geeft om nakoming van de verbintenis op te schorten. Voor zover in het contract niets is bepaald over welke partij als eerste moet presteren, zal het ongeschreven recht bepalen of partijen gelijk moeten oversteken en welke partij het eerst moet presteren.⁹³ Het uitgangspunt is niet het gelijktijdig presteren. Een afwijking van de wettelijke regeling hoeft niet met zo veel woorden in een overeenkomst te zijn opgenomen. Uit de uitleg van de van toepassing verklaarde overeenkomst zal moeten blijken of en in welke opzichten van de wettelijke regeling is afgeweken.⁹⁴

⁹⁰ Streefkerk 2013, p. 6.

⁹¹ Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, art. 6:236.

⁹² Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, art. 6:52.

⁹³ Parl. Gesch. Boek 6 NBW, p. 994.

⁹⁴ HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0345, *NJ* 2013, 155 (*ANVR/IATA*).

4.3 Jurisprudentie

Verrekeningsverbod staat niet in de weg aan opschortingsrecht

In onderstaand arrest staat de vraag centraal of een contractueel verrekeningsverbod in de weg staat aan een beroep op opschorting. Uit het arrest van de Hoge Raad d.d. 31 oktober 2014⁹⁵ blijkt dat opschorting toelaatbaar is wanneer partijen verrekening contractueel hebben uitgesloten. Hieraan staat derhalve niet in de weg dat opschorting tot gevolg heeft dat het verrekeningsverbod feitelijk wordt omzeild.

Partijen sloten een overeenkomst waarbij Eurostrip aan Nawa opdracht gaf om een gedeelte van een installatie voor de productie van steenstrips te leveren en installeren. Op deze overeenkomst waren de algemene voorwaarden van FME van toepassing. In 2000 is door partijen een opdrachtbevestiging opgemaakt waarin als een van de uitgangspunten stond vermeld dat de installatie een capaciteit zou hebben van 325 m² per uur. Echter, de installatie bleek deze capaciteit bij lange na niet te halen. Om die reden stelde Eurostrip niet gehouden te zijn tot betaling. Nawa verlangde betaling van Eurostrip. In 2004 hebben partijen een vaststellingsovereenkomst gesloten waaruit bleek dat elke partij een deskundige zou benoemen. Tevens was opgenomen dat als deze deskundigen onderling niet eens konden worden, een gezamenlijke derde deskundige zou worden aangewezen. Dit laatste is vervolgens gebeurd. Nadat de derde deskundige in 2006 een conceptrapport had uitgebracht, heeft de advocaat van Nawa enkele dagen later aan Eurostrip medegedeeld dat hij de vaststellingsovereenkomst buitengerechtelijk zou ontbinden, omdat was gebleken dat Eurostrip na het onderzoek door de eerste deskundige wijzigingen aan de installatie had aangebracht. Uiteindelijk is Nawa failliet verklaard. Nawa vordert betaling door Eurostrip van de openstaande facturen. Eurostrip beroept zich op een opschortingsrecht en heeft in reconventie gedeeltelijke/gehele ontbinding van de vaststellingsovereenkomst, alsmede schadevergoeding, gevorderd.

In eerste aanleg en hoger beroep is geoordeeld dat Eurostrip de betaling van de koopprijs niet mocht opschorten tot het moment dat de verkoper de schadevergoeding zou hebben betaald. Tevens stond het verrekeningsverbod in de weg aan opschorting.

De regel is dat opschorting alleen is toegestaan met het oog op een vervolgactie. In casu was de enige in aanmerking komende vervolgactie, verrekening, contractueel uitgesloten. Geconcludeerd kan worden dat in dat geval opschorting in principe niet is toegestaan. Het hof oordeelde dat het Eurostrip niet was toegestaan om de betaling van openstaande facturen op te schorten, omdat verrekening contractueel was uitgesloten. De Hoge Raad oordeelde echter anders en heeft de uitspraak van het hof vernietigd: *“Het verrekeningsverbod brengt in dit verband immers slechts mee dat (...) 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 toekomstige schadevergoeding wordt voldaan. Die opschortingsbevoegdheid wordt dan ook niet beïnvloed door het verrekeningsverbod.”* Naar het oordeel van de Hoge Raad valt niet in te zien waarom Eurostrip niet haar verplichting tot betaling zou mogen opschorten totdat haar tegenvordering was voldaan. Uit dit arrest bleek eveneens dat het opschortingsrecht is bedoeld als pressiemiddel om de wederpartij ertoe te bewegen ook zijn kant van de wederkerige overeenkomst na te komen.

⁹⁵ HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3072, NJ 2015/85, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Eurostrip/Nawa).

Opschorting mogelijk indien werk nog niet opgeleverd

In casu heeft de Hoge Raad⁹⁶ geoordeeld dat een beroep op een opschortingsrecht ook mogelijk kan zijn indien de wederpartij het werk nog niet heeft opgeleverd en de tekortkoming nog kan worden hersteld. Eiseres gaf aannemer de opdracht om de dakbedekking van haar woning te vernieuwen. Zij drong erop aan dat dit zo snel mogelijk moest gebeuren. Ondanks het aandringen, staakt de aannemer zijn werkzaamheden voordat het dak gereed is. In mei 2009 stuurt de aannemer eiseres een factuur van de tot dan toe uitgevoerde werkzaamheden. Op dat moment heeft eiseres al twee facturen voldaan. Eiseres stelt zich op het standpunt dat de werkzaamheden door de aannemer niet naar behoren zijn uitgevoerd en zij derhalve de factuur niet zal betalen zolang niet alle gebreken zijn hersteld. Eiseres geeft de aannemer tien dagen de tijd om de tekortkomingen en gebreken te herstellen en vat een uitblijvende of afwijzende reactie op als een bevestiging van het verzuim. Tevens schakelt zij een deskundige in om de gebreken in kaart te brengen. Een maand later biedt de aannemer aan de werkzaamheden alsnog uit te voeren, mits eiseres € 10.000,- betaalt. Hier gaat eiseres niet mee akkoord en stuurt de aannemer het deskundigenrapport waaruit blijkt dat wel degelijk sprake is van tekortkomingen. De aannemer biedt nogmaals aan om de tekortkomingen (deels) te verhelpen, mits eiseres het openstaande bedrag betaalt dan wel een bankgarantie afgeeft. Ook hier gaat eiseres niet mee akkoord en zij ontbindt daarom gedeeltelijk de overeenkomst.

De rechtbank oordeelt dat eiseres haar betalingsverplichting mocht opschorten totdat de aannemer het werk zou herstellen. Het hof is echter van mening dat eiseres in redelijkheid geen beroep kan doen op het opschortingsrecht, omdat zij niet is ingegaan op het voorstel van de aannemer om de tekortkomingen te verhelpen onder voorwaarde van betaling van het openstaande bedrag. Het hof overweegt tevens dat de deugdelijkheid van de door eiseres ingestelde tegenvordering niet van belang is, omdat het werk nog niet af was en waar nodig kon worden hersteld, terwijl niet was gebleken dat de aannemer daartoe niet (meer) bereid was. Dit zou echter anders kunnen zijn indien sprake was van ondeugdelijk uitgevoerde werkzaamheden die zich niet meer voor herstel leenden. Advocaat-Generaal (hierna: A-G) Wissink is het met het hof eens en acht de toetsing door het hof juist. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof en oordeelt dat zij ten onrechte niet had onderzocht of de door eiseres ingestelde tegenvordering, strekkende tot het uitvoeren van herstelwerkzaamheden, bestaat en of de omvang van die tegenvordering voldoende is om het beroep op opschorting te kunnen rechtvaardigen.

In dit arrest bevestigt de Hoge Raad dat een beroep op het opschortingsrecht ook mogelijk zou kunnen zijn indien de wederpartij het werk nog niet heeft opgeleverd en de tekortkoming nog kan worden hersteld⁹⁷ en dat voor het uitoefenen van een opschortingsbevoegdheid in beginsel niet nodig is dat de schuldenaar reeds voorafgaand aan de (gerechtelijke) procedure mededeling van de opschorting doet aan de schuldeiser. Het is geoorloofd dat het eerder niet presteren door een schuldenaar in de procedure als 'opschorting' wordt gekwalificeerd.⁹⁸

Aannemer schiet tekort in zijn werk

In casu had aannemer een laadkuil gebouwd voor opdrachtgever. Partijen kregen discussie over de kwaliteit van deze laadkuil. Opdrachtgever vorderde herstel door de aannemer, maar aannemer reageerde hier niet op. Opdrachtgever schortte vervolgens de betaling van de facturen op (ruim € 75.000,-). Aannemer achtte dit onredelijk en beriep zich op zijn retentierecht. De Raad van Arbitrage voor de Bouw⁹⁹ (hierna: de Raad van Arbitrage) boog zich over deze kwestie en kende de opdrachtgever een schadevergoeding à € 15.000,- toe in verband met de gebrekkige kwaliteit van de laadkuil. Gelet op het feit dat opdrachtgever in zijn gelijk werd gesteld, was hij aldus gerechtigd om in verband met het gebrek een gedeelte op te

⁹⁶ HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:95, NJ 2014, 236 (*Kenter/Slierings*).

⁹⁷ Smit, *Bb* 2014, nr. 18.

⁹⁸ Dammingh & Klomp, *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraktijk* 2015, nr. 3.

⁹⁹ Raad van Arbitrage voor de Bouw 11 mei 2016, nr. 35 297.

schorten. De Raad van Arbitrage oordeelde dat de opdrachtgever teveel had opgeschort, omdat hij ruim € 75.000,- onbetaald had gelaten.

Uit deze uitspraak blijkt dat er een zekere beperking is gesteld aan de uitoefening van het opschortingsrecht. De opschorting moet derhalve in een zekere verhouding staan tot de openstaande vordering(en). De aannemer schiet tekort in zijn werk waardoor de opdrachtgever zijn betalingsverplichting mag opschorten, maar de opschorting moet echter wel in verhouding staan tot het gebrek. Ter illustratie: bij een nieuwbouwwoning kan geen bedrag van € 10.000,- worden achtergehouden wanneer enkel een stopcontact ontbreekt.¹⁰⁰

4.4 Tussenconclusie

Opschorting is geregeld in art. 6:52 e.v., 6:262 en 7:27 BW. Het is de bevoegdheid van de schuldenaar tot het uitstellen van zijn eigen prestatie wanneer een wederpartij zijn verplichtingen uit hoofde van een overeenkomst niet (behoorlijk) nakomt. Het opschortingsrecht dient als pressiemiddel, verschaft de schuldenaar een zekerheidsrecht en het kan tevens een stap naar ontbinding zijn. Opschorting biedt echter slechts een tijdelijke oplossing, daar de opeisbaarheid van de verbintenis herleeft zodra de wederpartij zijn verplichtingen weer nakomt. Voor een geslaagd beroep moet sprake zijn van (i) een opeisbare vordering, (ii) niet-nakoming van de wederpartij en (iii) het connexiteitsvereiste. Er zijn verschillende opschortingsrechten, te weten het algemene opschortingsrecht, de enac, de onzekerheidsexceptie en de speciale gevallen aangewezen in de wet. Art. 6:54 BW voorziet in de gevallen waarin geen bevoegdheid tot opschorting wordt verleend. Indien sprake is van een consumentenkoop, bepaalt art. 7:27 BW dat niet kan worden afgeweken van de dwingendrechtelijke regelingen. In het geval bedingen in algemene voorwaarden het contractuele evenwicht aantasten door de consument te beperken in zijn recht op opschorting, wordt de consument door de grijze lijst beschermd. Deze bedingen worden onredelijk bezwarend geacht. De gebruiker mag de wettelijke bevoegdheid tot opschorting van de nakoming, toekomend aan de wederpartij, niet uitsluiten of beperken. Voor wat betreft de wederkerige overeenkomsten, geeft art. 6:262 BW de bijzondere regels. De artikelen 6:52 jo. 6:262 jo. 6:263 BW zijn van regelend recht en dus kunnen partijen van deze regelingen afwijken. De bevoegdheid tot opschorting kan door partijen derhalve worden uitgesloten, beperkt of verruimd.

Reeds uit het arrest Ammerlaan/Enthoven bleek dat een schuldenaar de nakoming van zijn verbintenis mag opschorten wanneer hij een (opeisbare) tegenvordering op zijn schuldeiser heeft waarvan de omvang nog niet vaststaat, dit met het oog op een toekomstige verrekeningsbevoegdheid. Vervolgens heeft de Hoge Raad in het arrest Kenter/Slierings bevestigd dat een beroep op opschorting ook mogelijk kan zijn indien de wederpartij het werk nog niet heeft opgeleverd en de tekortkoming nog kan worden hersteld. Ook is bevestigd dat voor het uitoefenen van de opschortingsbevoegdheid in beginsel niet nodig is dat de schuldenaar voorafgaand aan de procedure mededeling van de opschorting doet aan de schuldeiser. Het is geoorloofd het niet eerder presteren door schuldenaar in de procedure als 'opschorting' te kwalificeren. Tot slot blijkt uit de lijn in de onderzochte jurisprudentie dat een verrekeningsverbod niet in de weg staat aan het opschortingsrecht. Opschorting is alleen toegestaan met het oog op een vervolgactie. In het arrest Eurostrip/Newa ging het om de vraag of een contractueel verrekeningsverbod in de weg staat aan opschorting ter verkrijging van een schadevergoeding. De Hoge Raad overwoog dat opschorting er toe strekt pressie uit te oefenen en dat de opschortingsbevoegdheid wordt niet beïnvloed door het verrekeningsverbod. Daarnaast dient dit arrest als een aanvulling op voornoemd ontwikkelde 'stelsel' van het ruimhartig toestaan van een beroep op opschorting. Opschorting is ook toelaatbaar wanneer partijen verrekening contractueel hebben uitgesloten.¹⁰¹

¹⁰⁰ M. Guit, 'Opschortingsrecht bij wanprestatie aannemer niet onbeperkt', *AMS Advocaten* 30 juni 2016, www.amsadvocaten.nl.

¹⁰¹ Dammingh & Klomp, *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraak* 2015, nr. 3.

Hoofdstuk 5 Verrekening

In dit hoofdstuk wordt de wettelijke regeling omtrent verrekening besproken. Vervolgens wordt bekeken of middels een verrekeningsverbod van de wettelijke regeling kan worden afgeweken en zo ja, in hoeverre dit mogelijk is. Bij de bespreking van de afwijkingen op de wettelijke regeling wordt onderscheid gemaakt tussen Business to Consumer- en Business to Business-verhoudingen. Tot slot wordt de meest recente jurisprudentie besproken.

5.1 Wettelijke regeling verrekening

Verrekening is het 'wegstrepen' van een schuld aan een (rechts)persoon tegen een vordering op dezelfde (rechts)persoon. In de meeste gevallen gaat het bij verrekening om geldvorderingen, maar dit hoeft niet altijd zo te zijn. Indien er sprake is van geldvorderingen, moeten deze worden verrekend in dezelfde valuta. Als het gaat om verschillende valuta, moeten de bedragen worden omgerekend volgens de geldende wisselkoers. Bij verrekening van goederen moeten de goederen in ieder geval in soort en kwaliteit vergelijkbaar zijn. Een geldvordering en een vordering tot levering van een goed, of een geldvordering en een vordering tot overdracht van een merkrecht¹⁰² kunnen niet worden beschouwd als gelijksortig en dus is verrekening in die gevallen niet toegestaan.

Algemeen

In afd. 6.1.12 BW is verrekening geregeld (art. 6:127 e.v. BW). Art. 6:127 BW geeft een aantal vereisten voor een geslaagd beroep op verrekening. Wanneer een schuldenaar die de bevoegdheid tot verrekening heeft, aan zijn schuldeiser verklaart dat hij zijn schuld met een vordering verrekent, gaan beide verbintenissen tot hun gemeenschappelijke beloop teniet, zo bepaalt lid 1. Eén van beide partijen moet verklaren dat hij zijn schuld met een vordering verrekent. De regeling omtrent de verrekeningsverklaring wordt later in deze paragraaf nader uitgewerkt. Niet noodzakelijk is dat de omvang van de vorderingen gelijk is. Wanneer deze verschilt, gaan de schulden teniet tot de hoogte van de kleinste schuld.¹⁰³

Vereisten voor verrekening

Op grond van art. 6:127 lid 2 BW heeft een schuldenaar de bevoegdheid tot verrekening, wanneer hij een prestatie te vorderen heeft die beantwoordt aan zijn schuld jegens dezelfde wederpartij en hij bevoegd is zowel tot betaling van de schuld als tot het afdwingen van de betaling van de vordering. Beide partijen moeten elkaars schuldeiser en schuldenaar zijn. Het tweede lid noemt vier cumulatieve vereisten voor een verrekeningsberoep, te weten (i) wederkerigheid van partijen, (ii) de te vorderen prestatie van de schuldenaar moet beantwoorden aan zijn schuld (gelijksortigheid), (iii) de schuldenaar is bevoegd tot betaling van zijn schuld en (iv) de schuldenaar is bevoegd de nakoming van de vordering af te dwingen. Het derde lid, dat een laatste negatief vereiste formuleert, laat zien dat de bevoegdheid tot verrekening niet bestaat ten aanzien van een vordering en een schuld die in van elkaar gescheiden vermogens vallen.¹⁰⁴

De partij die zich op verrekening beroept, moet een opeisbare vordering hebben op de wederpartij. De eigen schuld die deze partij bij zijn wederpartij heeft, hoeft echter niet opeisbaar te zijn. Een vordering is niet-opeisbaar als de afgesproken betalingstermijn nog niet is verstreken, als sprake is van een natuurlijke verbintenis (dat is een verbintenis die niet meer afdwingbaar is) of als de schuldenaar zijn betaling kan opschorten.

Functies van verrekening

Verrekening is een van de makkelijkere manieren om een vordering te innen en het heeft verschillende functies. Ten eerste heeft het een betalingsfunctie. Door verrekening wordt het

¹⁰² Gerechtshof Amsterdam 17 mei 1990, rolnr. 281/90 SGK, n.g.

¹⁰³ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009/220.

¹⁰⁴ Faber 2005, p. 18.

betalingsverkeer vereenvoudigd. Wanneer twee partijen over en weer elkaars schuldeiser en schuldenaar zijn, zijn zij bevoegd betaling te vorderen en kunnen zij hun verbintenissen door verrekening voldoen. Ten tweede heeft het een zekerheidsfunctie. De schuldenaar voldoet niet alleen zijn schuld aan zijn wederpartij, tevens dwingt hij betaling van zijn vordering af.

Afdwingbaar

Voor een geslaagd beroep op verrekening dient de vordering van de verrekenende partij afdwingbaar te zijn op grond van art. 6:127 lid 2 BW. Op dit vereiste geldt een tweetal uitzonderingen conform art. 6:131 BW, te weten verjaring (lid 1) en uitstel (lid 2). De bevoegdheid tot verrekening eindigt niet door verjaring van de rechtsvordering. Na verjaring resteert een natuurlijke verbintenis die als zodanig niet afdwingbaar is (art. 6:3 BW). Verjaring maakt aan een verkregen verrekeningsbevoegdheid echter geen einde.¹⁰⁵ Uitstel van betaling of executie, bij wijze van gunst door de schuldeiser verleend, staat evenmin aan verrekening door de schuldenaar in de weg.

Verrekening als verweer

In sommige gevallen kan verrekening als verweer worden gebruikt (art. 6:136 BW). De rechter is evenwel bevoegd een beroep op verrekening te passeren, ook als aan alle vereisten van art. 6:127 BW is voldaan, als niet eenvoudig is vast te stellen of er verrekend mag worden, bijvoorbeeld als het onduidelijk is of er een verband bestaat tussen de vorderingen over en weer of over de mogelijkheden van verhaal op de andere partij. Een beroep op verrekening kan als verweermiddel dienen bij ontbinding. Wanneer een partij de overeenkomst ontbindt door middel van een verklaring heeft de andere partij die tot verrekening bevoegd is de mogelijkheid om onverwijld een beroep te doen op verrekening en daarmee aan de ontbindingsverklaring haar werking ontnemen. In dit geval gaat verrekening vóór ontbinding.

Terugwerkende kracht: betaalde rente

De hoofdregel is dat als gevolg van verrekening met terugwerkende kracht de schulden worden verrekend op het moment dat verrekening mogelijk is (art. 6:129 lid 1 BW). De verrekening werkt terug tot het tijdstip waarop de bevoegdheid tot verrekening is ontstaan. Hierop geldt een drietal uitzonderingen, te weten indien opeisbare rente is betaald over hetzij de vordering van de schuldenaar, hetzij de vordering van de schuldeiser, hetzij beide vorderingen.¹⁰⁶ In deze gevallen werkt de verrekening niet geheel terug tot het tijdstip waarop de verrekeningsbevoegdheid is ontstaan. De verrekening wordt geacht te zijn ingetreden aan het eind van de laatste termijn waarover opeisbare rente is voldaan. Tot dat tijdstip geldt over en weer dat betaalde rente niet als onverschuldigd kan worden teruggevorderd en tevens dat verschenen, doch niet betaalde rente verschuldigd blijft.¹⁰⁷

Verrekeningsverklaring

Als hoofdregel geldt dat verrekening niet van rechtswege plaatsvindt. Voor verrekening is op grond van art. 6:127 jo. 6:128 lid 1 BW een verrekeningsverklaring nodig van de schuldenaar waarin hij zijn schuldeiser laat weten dat hij een beroep wil doen op verrekening. Gezien het feit dat de verklaring vormvrij is, mag de schuldenaar zelf bepalen op welke manier deze verklaring wordt gegeven. Op grond van art. 3:37 lid 1 BW kan zij in iedere vorm geschieden. Dit kan bijvoorbeeld mondeling, schriftelijk of stilzwijgend. Om haar werking te hebben, moet de verklaring op grond van art. 3:37 lid 3 BW de wederpartij hebben bereikt (ook wel: ontvangsttheorie). Als de verklaring de geadresseerde niet heeft bereikt, heeft deze toch haar werking indien de oorzaak van het niet bereiken in de risicosfeer van de geadresseerde ligt.¹⁰⁸

¹⁰⁵ TM, Parl. Gesch. 6, p. 503.

¹⁰⁶ Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, art. 6:129.

¹⁰⁷ Eindverslag I, Parl. Gesch. 6, p. 498.

¹⁰⁸ HR 23 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1455, NJ 1995, 27 (Poortvliet/Zeebeleg).

Op de hoofdregel van de verrekeningsverklaring geldt één uitzondering, te weten wanneer sprake is van een rekening-courant verhouding. In een dergelijk geval geschiedt de verrekening ex art. 6:140 BW van rechtswege.¹⁰⁹ Met het aangaan van een rekening-courant verhouding stellen partijen zich tot doel dat de geldschulden die zij jegens elkaar zullen krijgen niet afzonderlijk worden afgerekend, maar met elkaar worden verrekend. De verhoudingen kunnen onderling zo verschillend van aard zijn, dat het niet mogelijk is een geheel van voor alle rekening-courant verhoudingen geldende regels op te stellen.¹¹⁰

Aan een verrekeningsverklaring kan de werking worden ontnomen door de schuldenaar tot wie zij was gericht, indien deze de betaling van zijn schuld had kunnen weigeren (art. 6:132 BW). De wederpartij kan een beroep doen op de weigeringsgrond, onverwijld nadat die verklaring werd uitgebracht en de wederpartij tot dit beroep in staat was (bijvoorbeeld nadat hij de vernietigings- of ontbindingsgrond heeft ontdekt).

Verrekening in faillissement

Wanneer één van de partijen failliet wordt verklaard en partijen over en weer nog openstaande vorderingen hebben op elkaar, zal de curator van de failliet de wederpartij aanschrijven dat die alsnog moet betalen. Deze partij kan gedurende het faillissement nog wel een beroep doen op verrekening. De bevoegdheid voor een beroep op verrekening is in een faillissementssituatie ruimer dan buiten een faillissement. Een vordering op de failliet hoeft namelijk niet opeisbaar te zijn. Art. 53 van de Faillissementswet (hierna: Fw) noemt het vereiste dat beide vorderingen zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen die vóór de faillietverklaring zijn verricht. Het is echter niet mogelijk de schuld van een derde over te nemen zodat een verrekeningsmogelijkheid wordt gecreëerd. De curator kan art. 6:136 BW, verrekening als verweer, niet invoeren op grond van art. 53 lid 3 Fw. Zowel een schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is bevoegd tot verrekening, ook wanneer de vordering op de gefailleerde niet-opeisbaar is

In een recente uitspraak van de Hoge Raad¹¹¹ stond de vraag centraal of een koopsom uit vóór faillietverklaring met schuldenaar gesloten koopovereenkomst kon worden verrekend met een vordering op de gefailleerde. In beginsel kan degene die zowel schuldenaar als schuldeiser van gefailleerde is, zijn schuld met zijn vordering op gefailleerde verrekenen indien beide zijn ontstaan vóór faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen vóór faillietverklaring met de gefailleerde verricht. Artt. 54 jo. 55 Fw maken hier een uitzondering op. Hieruit blijkt dat verrekening niet of slechts onder bepaalde voorwaarden is toegestaan. Eiseres heeft niet de schulden van derden aan gefailleerde overgenomen van derden, maar heeft de vorderingen van gefailleerde op de derden gekocht van gefailleerde. Anders dan het hof heeft overwogen, rechtvaardigt deze strekking niet om het toepassingsbereik van deze bepaling te doen uitstrekken tot een geval als het onderhavige, waarin voor de faillietverklaring een goed van de schuldenaar wordt gekocht en aldus een verrekenbare schuld wordt gecreëerd.

5.2 Afwijken middels verrekeningsverbod

In deze paragraaf worden de afwijkingen op de regeling van verrekening besproken voor zowel de Business to Consumer- als de Business to Business-verhoudingen.

5.2.1 Business to Consumer-verhoudingen

Verrekening verschaft de consument een sterke positie in een faillissement van de gebruiker. Ondanks het hier gaat om een consumentenkoop, is het dwingend recht voor een consumentenkoop conform art. 7:6 BW niet van toepassing. In dit artikel zijn de bepalingen die de rechten en vorderingen van de koper regelen ter zake van een tekortkoming van de

¹⁰⁹ HR 23 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1455, NJ 1995, 27 (*Poortvliet/Zeebeleg*).

¹¹⁰ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/250.

¹¹¹ HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1825, NJ 2015/353.

verkoper – buiten Boek 7 – eveneens van dwingend recht voor een consumentenkoop. Echter, uit de toelichting op art. 7:6 lid 1 BW blijkt dat uit de verwijzing naar de tekortkoming van de verkoper voortvloeit dat de regels ter zake verrekening niet van dwingend recht zijn, omdat deze niet afhankelijk zijn van een tekortkoming.¹¹² Een beding waarin verrekening wordt uitgesloten of beperkt of waarin een verrekeningsbevoegdheid van de gebruiker wordt uitgebreid, valt dan ook onder het bereik van art. 6:237 onder g BW en wordt derhalve vermoed onredelijk bezwarend te zijn. De gebruiker kan het bewijs, zoals bedoeld in de aanhef van art. 6:237 BW¹¹³, leveren en aantonen dat het overeengekomen beding niet onredelijk bezwarend is omdat hij er een gerechtvaardigd belang bij heeft, bijvoorbeeld als hij een omvangrijke en ingewikkelde administratie moet voeren.¹¹⁴ Wanneer de bevoegdheid van de gebruiker wordt uitgebreid, wordt hierbij niet als onredelijk bezwarend aangemerkt een beding dat de verzekeraar de bevoegdheid geeft een vordering uit een beleningsovereenkomst met de verzekeringnemer te verrekenen met zijn schuld aan een derde begunstigde.¹¹⁵

Naast het artikel in de grijze lijst is in de zwarte lijst een bepaling opgenomen over de situatie dat de rechten van de gebruiker op een derde overgaan (art. 6:236 sub f BW). Een beding dat in het geval de consument met een nieuwe schuldeiser wordt geconfronteerd en hem beperkt in zijn verweermiddelen of bevoegdheden, bijvoorbeeld die tot verrekening op grond van art. 6:130 BW, wordt als onredelijk bezwarend aangemerkt. Dit laatste artikel geeft de grenzen aan waarbinnen de schuldenaar de bevoegdheid heeft om een tegenvordering op de gebruiker in verrekening te brengen. Ten aanzien van de verrekeningsbevoegdheid is het bepaalde in art. 6:236 sub f BW strenger dan hetgeen is bepaald in art. 6:237 sub g BW.

5.2.2 Business to Business-verhoudingen

De wettelijke bepalingen omtrent verrekening zijn van regelend recht (art. 6:127 e.v. BW). Partijen kunnen derhalve eventueel in de algemene voorwaarden overeenkomen of, en zo ja onder welke voorwaarden verrekening kan worden toegepast. Zij kunnen bijvoorbeeld afspreken dat verrekening enkel is toegestaan met een schriftelijke verklaring¹¹⁶. Daarnaast kunnen partijen overeenkomen dat bepaalde vorderingen niet kunnen worden verrekend of dat verrekening niet mogelijk is als verweer tegen bepaalde vorderingen van de wederpartij.¹¹⁷ Voornamelijk bij koop-, huur- en geldleningsovereenkomsten wordt veelvuldig gebruik gemaakt van een verrekeningsverbod. In huurovereenkomsten is bijvoorbeeld regelmatig een verbod opgenomen om vorderingen op de verhuurder met de huurprijs te verrekenen.¹¹⁸

Uitbreiden, beperken en uitsluiten

Partijen kunnen de bevoegdheid tot verrekening verruimen, beperken of uitsluiten, omdat er sprake is van regelend recht.¹¹⁹ Contractuele bedingen ter uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid buiten faillissement, surséance of schuldsaneringsregeling kunnen mede worden ingeroepen jegens derden, een pandhouder of een beslaglegger daaronder begrepen.¹²⁰ De bevoegdheid tot verrekening kan worden beperkt of uitgesloten door de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 jo 6:248 BW), met name in geval van rechtsverwerking. Een beroep op verrekening komt bijvoorbeeld in strijd met de redelijkheid en billijkheid indien de wederpartij de schuldenaar een redelijke termijn stelt waarbinnen hij van zijn bevoegdheid tot

¹¹² Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, art. 7:6.

¹¹³ MvT, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1651.

¹¹⁴ Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2010, p. 272.

¹¹⁵ Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, art. 6:237 sub g.

¹¹⁶ Aan den Toorn, *BV Rendement* 2011, nr. 4, p. 20-21.

¹¹⁷ C.M.H.C. Vinken, 'Banning ABC – Verrekening', *Banning* 16 december 2014, www.banning.nl.

¹¹⁸ P. Bos, 'Verrekenen verboden, maar opschorten mag wel', *Wieringa Advocaten* 7 november 2014, www.wieringa-advocaten.nl.

¹¹⁹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/223.

¹²⁰ HR 20 januari 1984, ECLI:NL:PHR:1984:AG4739, *NJ* 1984, 512 (*Ontvanger/Barendregt*).

verrekening gebruik dient te maken, en de schuldenaar die termijn laat verstrijken zonder zich op verrekening te beroepen.¹²¹ Verrekening kan mogelijk zijn wanneer de door de wet voor verrekening gestelde vereisten niet aanwezig zijn. Partijen kunnen overeenkomen dat, wanneer zij in de toekomst wederkerig elkaars schuldenaar worden, hun schulden verrekend zullen worden, ook indien zij niet voldoen aan de wettelijke vereisten. Zij kunnen bestaande schulden vervolgens tegen elkaar laten wegvallen, zonder dat voldaan wordt aan de wettelijke voorwaarden.

Indien sprake is van een Business to Business-verhouding, kan een beroep op een beding tot uitsluiting van de verrekeningsbevoegdheid middels inhoudelijke toetsing onredelijk bezwarend worden geacht op grond van art. 6:233 onder a of 6:248 lid 2 BW.

5.3 Jurisprudentie

Uitsluiting van verrekening tijdens faillissement

In een zaak die aanhangig was bij de rechtbank Utrecht¹²² hadden partij A en partij B (hierna: gedaagde) een dealerovereenkomst. Deze zakelijke relatie werd beëindigd door het faillissement van A. In de tussen partijen van toepassing verklaarde algemene voorwaarden was een verrekeningsverbod opgenomen. In het faillissement vorderden de curatoren van gedaagde betaling van openstaande vorderingen. Gedaagde beroept zich vervolgens op verrekening en stelt dat de uitsluiting van verrekening niet van toepassing is, omdat het uitsluiten in de algemene voorwaarden niet geldt in geval van een faillissement. Subsidiair vordert gedaagde dat het verrekeningsverbod onredelijk bezwarend is, althans naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

De rechtbank oordeelt in casu dat een verrekeningsverbod in algemene voorwaarden in beginsel ook in een faillissement geldt, tenzij uit de tekst van de algemene voorwaarden of anderszins blijkt dat partijen de bedoeling hebben gehad de werking van het verrekeningsverbod in geval van faillissement uit te sluiten. Gedaagde moet bewijzen dat partijen iets anders wensten overeen te komen. Uit de tekst van het beding blijkt niet dat partijen de bedoeling hadden de werking van verrekening uit te sluiten in geval van een faillissement.

Partijen zijn beide professionele ondernemingen en opereren in dezelfde bedrijfstak. Gedaagde komt niet in aanmerking voor een beroep op de reflexwerking, gelet op de aard van de overeenkomst en het financiële belang. De rechtbank acht het beding ook niet anderszins onredelijk bezwarend en veroordeelt gedaagde tot betaling.

Verrekeningsverbod staat niet in de weg aan opschortingsrecht

Zoals in hoofdstuk vier reeds is besproken, heeft de Hoge Raad in de recente uitspraak Eurostrip/Newa¹²³ geoordeeld dat een beding waarin verrekening is uitgesloten op zichzelf niet in de weg staat aan een beroep van de schuldenaar op een opschortingsrecht. Voor de betreffende casus wordt korthedshalve naar paragraaf 4.3 verwezen en zal deze bespreking zich richten op het verrekeningsverbod.

In casu is sprake van een koopovereenkomst waarop algemene voorwaarden van toepassing zijn verklaard. In deze voorwaarden was een verrekeningsverbod opgenomen.¹²⁴ De vraag die voorlag was of dit verbod ook aan opschorting in de weg stond. In de conclusie d.d. 11 juli 2014 merkt A-G Langemeijer op dat verrekening en opschorting twee uiteenlopende

¹²¹ Faber 2005, nr. 20.

¹²² Rb. Utrecht 13 mei 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BI7115.

¹²³ HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3072, NJ 2015/85, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Eurostrip/Newa*).

¹²⁴ P. Bos, 'Verrekenen verboden, maar opschorten mag wel', *Wieringa Advocaten* 7 november 2014, www.wieringa-advocaten.nl.

rechtsfiguren zijn¹²⁵ en derhalve een beding waarin verrekening is uitgesloten op zichzelf niet in de weg staat aan een beroep van de schuldenaar op een opschortingsrecht. Als deze twee rechtsfiguren niet aan elkaar gekoppeld zijn in de algemene voorwaarden, mag deze koppeling ook niet zomaar worden gemaakt. De rechtbank en het hof oordeelden dat Eurostrip zich niet op opschorting kon beroepen, omdat het overeengekomen verrekeningsverbod in de weg stond aan opschorting.¹²⁶ De Hoge Raad stelt Eurostrip in het gelijk. Er 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 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.

5.4 Tussenconclusie

Verrekening is het ‘wegstrepen’ van een schuld aan een (rechts)persoon tegen een vordering op dezelfde (rechts)persoon. Verrekening is geregeld in art. 6:127 e.v. BW. Verrekening kent twee functies, te weten een betalingsfunctie en een zekerheidsfunctie. Voor een geslaagd beroep op verrekening moet de vordering van de verrekende partij afdwingbaar zijn en is een verrekeningsverklaring nodig. Eveneens kan verrekening als verweermiddel worden gebruikt bij ontbinding en kan gedurende een faillissement nog een beroep worden gedaan op verrekening.

Ten aanzien van Business to Consumer-verhoudingen wordt een beding waarin verrekening is uitgesloten of beperkt of waarin de verrekeningsbevoegdheid van de gebruiker wordt uitgebreid, vermoed onredelijk bezwarend te zijn, zo blijkt uit de grijze lijst (art. 6:237 sub g BW). In de zwarte lijst wordt een beding dat in het geval de consument met een nieuwe schuldeiser wordt geconfronteerd, en die hem beperkt in zijn verweermiddelen of bevoegdheden (bijvoorbeeld verrekening) per definitie als onredelijk bezwarend aangemerkt (art. 6:236 sub f BW).

Voor Business to Business-verhoudingen geldt dat de wettelijke bepalingen ten aanzien van verrekening van regeland recht zijn. Partijen kunnen de verrekeningsbevoegdheid beperken, verruimen of uitsluiten en daarmee onderling bedingen of, en zo ja onder welke voorwaarden verrekening is toegestaan.

De rechtbank heeft overwogen dat een verrekeningsverbod in algemene voorwaarden in beginsel ook in een faillissement geldt, tenzij uit de tekst van de algemene voorwaarden of anderszins blijkt dat partijen de bedoeling hebben gehad de werking van dit beding in faillissement uit te sluiten. Evenals in het hoofdstuk over opschorting is besproken, speelt ook bij verrekening het arrest Eurostrip/Newa een belangrijke rol. Een beding waarin verrekening is uitgesloten, staat op zichzelf niet in de weg aan een beroep van de schuldenaar op een opschortingsrecht. Opschorting is daarnaast ook bedoeld om als pressiemiddel te dienen.

¹²⁵ Offers, *Bb* 2014, nr. 82.

¹²⁶ A.C. van Campen, ‘Verrekeningsverbod vormt geen beletsel voor opschorting’, *VIL* 18 november 2014, www.vil.nl.

Hoofdstuk 6 Cessie en pandrecht

In dit hoofdstuk wordt de wettelijke regeling omtrent cessie en pandrecht besproken. Tevens zal worden beschreven of afwijken van de wettelijke regelingen middels een cessie- of verpandingsverbod mogelijk is en zo ja, in hoeverre. Tot slot wordt de meest recente jurisprudentie besproken.

6.1 Wettelijke regeling cessie en pandrecht

Cessie

Cessie is de levering van een vordering op naam. Met 'op naam' wordt bedoeld dat de vordering niet aan order of aan toonder is gesteld en betekent aldus uitsluitend dat de schuldenaar een schuld heeft aan een schuldeiser die niet door een order- of toonderclausule al bij voorbaat vervangbaar is gesteld.¹²⁷ Er zijn twee vormen voor het leveren van een vordering op naam, te weten een openbare cessie en stille cessie (art. 3:94 BW). De openbare cessie geschiedt middels een daartoe bestemde akte in combinatie met een mededeling van de overdracht aan de schuldenaar. Deze akte kan authentiek of onderhands worden opgemaakt. De akte moet doen blijken dat zij tot levering van de erin bedoelde vordering(en) is bestemd en hoeft niet tweezijdig te zijn. De mededeling kan in iedere vorm geschieden en kan zowel door de vervreemder als de verkrijger worden gedaan. De mededeling heeft alleen betrekking op het feit dat een akte is opgemaakt, niet op de inhoud van de akte.¹²⁸ Een stille cessie geschiedt middels een authentieke of geregistreerde onderhandse akte. Hiervoor is echter geen mededeling aan de schuldenaar vereist. In tegenstelling tot een openbare cessie komt bij een stille cessie middels geregistreerde onderhandse akte deze pas door registratie van de onderhandse akte bij de Belastingdienst tot stand.

Pandrecht

Een pandrecht is, na het eigendomsrecht, het sterkste recht. Het betreft een zekerheidsrecht en tevens een beperkt recht (art. 3:227 lid 1 BW). Er zijn twee typen pandrechten, te weten een vuistpand en een bezitloos pandrecht (ook wel: stil pandrecht). Een vuistpand kan op grond van art. 3:236 lid 1 BW worden gevestigd op alle roerende, niet-registerzaken, toonder- of ordervorderingen of op het recht van vruchtgebruik. Een stil pandrecht kan op grond van art. 3:237 lid 1 BW worden gevestigd op een roerende zaak, recht aan toonder of vorderingen op naam. De algemene regel van art. 3:97 BW bepaalt dat een pandrecht kan worden gevestigd op toekomstige vorderingen. Echter, deze mogelijkheid is voor een stil pandrecht beperkt tot toekomstige vorderingen die rechtstreeks zullen worden verkregen uit een ten tijde van de verpanding reeds bestaande rechtsverhouding (art. 3:239 lid 1 BW).¹²⁹ Het gewezen arrest *Dix q.q./ING*¹³⁰ is een overwinning voor de huidige financieringspraktijk, omdat een door de banken gevonden constructie ertoe heeft geleid dat ook absoluut toekomstige vorderingen stil kunnen worden verpand ex art. 3:239 BW.¹³¹ Het doel van het vestigen van een pandrecht is het hebben van zekerheid dat een vordering daadwerkelijk wordt voldaan. De vestiging van een pandrecht geschiedt openbaar of stil. Bij een openbaar pandrecht ontvangt de schuldenaar een mededeling en bij een stil pandrecht wordt geen mededeling gedaan aan de schuldenaar. Een stil pandrecht kan worden omgezet in een openbaar pandrecht door middel van een mededeling aan de schuldenaar. De pandhouder is hiertoe op grond van art. 3:239 lid 3 BW bevoegd als de pandgever zijn afspraken niet nakomt of gegronde vrees bestaat dat hij zijn afspraken niet nakomt. De slotzin van dit artikel bepaalt ook dat pandhouder en pandgever kunnen afspreken dat de mededelingsbevoegdheid op een ander tijdstip ingaat. Is de pandhouder een bank, dan kunnen partijen bedingen dat tot mededeling kan worden

¹²⁷ Brahn/Reehuis 2010, p. 117.

¹²⁸ Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, art. 3:94.

¹²⁹ Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/228.

¹³⁰ HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6947, NJ 2012/261, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Dix q.q./ING*).

¹³¹ Van Buchem & De Man, *Onderneming en Financiering* 2012, nr. 2.

overgegaan wanneer blijkt dat de pandgever, in strijd met de toepasselijke overeenkomst, zijn bankzaken laat lopen via een andere bank.¹³²

Faillissement

Een pandrecht verschaft de pandhouder twee belangrijke voordelen ten opzichte van de andere schuldeisers. De pandhouder verkrijgt het recht van parate executie en hij is separatist bij een faillissement of wanneer sprake is van de schuldsanering natuurlijke personen. Wanneer de pandgever failliet gaat, tast dit het pandrecht niet aan. De pandhouder mag nog steeds de verpande vorderingen incasseren. Indien sprake is van een stil pandrecht mag de pandhouder zijn pandrecht nog steeds omzetten in een openbaar pandrecht door mededeling te doen aan de schuldenaar. Een pandrecht wordt hoog in de rang geplaatst. De pandhouder wordt daardoor voldaan vóórdat de rest van de schuldeisers wordt voldaan.

Vestiging pandrecht en overdracht vordering

Voor een geldige cessie en verpanding is op grond van art. 3:84 lid 1 BW een levering/vestiging krachtens een geldige titel door een beschikkingsbevoegde vereist.

Overdraagbaarheid

De hoofdregel is dat eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten overdraagbaar zijn, tenzij de wet of aard van het recht zich tegen een overdracht verzet (art. 3:83 lid 1 BW). Op grond van art. 3:83 lid 2 BW kunnen schuldeiser en schuldenaar, in het kader van contractsvrijheid, de overdraagbaarheid van vorderingsrechten door een beding in de algemene voorwaarden uitsluiten. Deze verboden zullen in paragraaf 6.2 worden besproken.

6.2 Cessie- en verpandingsverbod

In deze paragraaf zullen het cessie- en verpandingsverbod samen worden besproken. Er zal bij deze bespreking geen onderscheid worden gemaakt, omdat de bepalingen veelal in één beding worden opgenomen. In afwijking van de hoofdregel van art. 3:83 lid 1 BW kunnen partijen op grond van art. 3:83 lid 2 BW de overdraagbaarheid van vorderingen uitsluiten. De hoofdregel is namelijk contractsvrijheid. Partijen kunnen op grond hiervan de grenzen en inhoud van het vorderingsrecht bepalen. Uit deze bevoegdheid vloeit voort dat partijen ook de overdraagbaarheid kunnen regelen in algemene voorwaarden.¹³³ Op grond van de contractsvrijheid zijn partijen eveneens vrij om af te spreken dat een vordering die een partij heeft of zal hebben niet aan een ander zal worden verpand.

Een afwijking op de hoofdregel van contractsvrijheid zal normaal gesproken geen of weinig problemen opleveren. Dit is anders wanneer de verkoper zijn vorderingen niet meer kan voldoen. Een schuldeiser heeft belang bij een vrije overdraagbaarheid en verpandbaarheid van zijn vorderingen. Vorderingen zijn voor veel ondernemingen de meest waardevolle vermogensobjecten die kunnen dienen als zekerheidsobject bij het verkrijgen van een financiering.

Goederenrechtelijke of verbintenisrechtelijke werking?

Middels art. 3:83 lid 2 BW kunnen partijen overeenkomen dat het beding goederenrechtelijke werking krijgt. Een verbod heeft pas goederenrechtelijke werking als dit ook expliciet blijkt uit de tekst van het beding.¹³⁴ Bij de toepasselijkheid van art. 3:83 lid 2 BW is de onoverdraagbaarheid niet gebaseerd op de beschikkingsonbevoegdheid van de schuldeiser, maar op de onoverdraagbaarheid van de vordering zelf. In de literatuur is de wens uitgesproken dat slechts verbintenisrechtelijke werking aan een niet-overdraagbaarheidsbeding of een niet-verpandbaarheidsbeding wordt toegekend.¹³⁵

¹³² Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/219.

¹³³ Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, art. 3:83 lid 2.

¹³⁴ HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, *NJB* 2014, 681 (*Coface/Intergamma*).

¹³⁵ Rb. Utrecht 2 maart 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BR3743, *JOR* 2012, 195, m.nt. M.J.H. Orval.

Een cessie- of verpandingsverbod houdt in dat de schuldeiser zijn vordering(en) op de schuldenaar niet mag overdragen of verpanden aan een derde. Het verbod dient slechts in het belang van de schuldenaar. Hiermee probeert hij te voorkomen dat hij moet betalen aan een andere persoon dan zijn oorspronkelijke schuldeiser. Een verbod op verpanding is mogelijk, maar het gevolg van zo'n beding is niet altijd hetzelfde. Naast het niet-overdraagbaar maken van een vordering, zorgt art. 3:98 BW, de zogenoemde schakelbepaling, ervoor dat ook de verpandbaarheid van een vordering met goederenrechtelijke werking kan worden uitgesloten. Een verpandingsverbod kan door partijen bedoeld zijn om slechts verbintenisrechtelijke werking te hebben, in die zin dat een verpanding in strijd met dit verbod wel leidt tot een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst, maar niet in de weg staat aan een rechtsgeldige verpanding van de vordering.

Wisseling van schuldeisers

Bij een cessieverbod is de schuldeiser niet bevoegd zijn vordering(en) op de schuldenaar over te dragen (ook wel: cederen) aan een derde. Zowel bij een verpandingsverbod als bij een cessieverbod mag geen wisseling van schuldeisers plaatsvinden. Enkel de oorspronkelijke schuldeiser is bevoegd tot het innen van de vordering op de schuldenaar.

Gevolgen verboden

Een cessie- of verpandingsverbod heeft tot gevolg dat vorderingen niet langer als zekerheid kunnen dienen. Het handelsverkeer zou ernstig worden belemmerd en ondernemingen worden beperkt in het verkrijgen van een financiering. Dit is volgens Goossens echter nooit degelijk onderzocht.¹³⁶ Orval schrijft in zijn noot, onder de uitspraak van de rechtbank Utrecht d.d. 2 maart 2011, dat het ertoe kan leiden dat debiteurenportefeuilles niet kunnen dienen als onderpand voor een financiering of dat vorderingen niet kunnen worden betrokken in een factoringarrangement. Ondernemingen kunnen daartoe niet op deze wijze voorzien in hun liquiditeitsbehoefte.¹³⁷

Nadeel bedrijfsvoering

Indien tussen schuldeiser en afnemer een verpandings- of cessieverbod is overeengekomen, kan de schuldeiser hier ook nadeel van ondervinden in de bedrijfsvoering. Wanneer de schuldeiser een financiering wenst, vraagt de financier vaak om een pandrecht op de inventaris, voorraden en vorderingen. Wanneer deze activa niet verpand kunnen worden vanwege een verpandingsverbod, zal de bank deze niet meenemen in de berekening van de hoogte van de te verstrekken financiering. Dit heeft als gevolg dat de onderneming minder financiering kan aantrekken.¹³⁸

Formulering van het verbod

Een schuldeiser die de vrijheid wil hebben om zijn vordering over te dragen of te verpanden, hoeft in beginsel niets te doen. Als een schuldenaar juist niet wil dat de schuldeiser zijn positie vrijelijk overdraagt of verpand aan een derde, zal hij dit met zoveel woorden moeten bepalen als hij zijn schuldeiser daarin ook met goederenrechtelijk effect wil beperken. Dit is anders zodra uit de omstandigheden van het geval kan worden afgeleid dat partijen ook goederenrechtelijk effect hebben beoogd. Dit moet dan gebeuren door de formulering van dat verbod naar objectieve maatstaven uit te leggen. De formulering van een verpandingsverbod is derhalve van essentieel belang. Als het beding op de verkeerde manier wordt opgesteld, zal het een ongewenste werking hebben. Een verpandingsverbod heeft slechts werking tussen

¹³⁶ Goossens, *MvV* 2013, nr. 6.

¹³⁷ Rb. Utrecht 2 maart 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BR3743, *JOR* 2012, 195, m.nt. M.J.H. Orval.

¹³⁸ C.A.M. Nijhuis, 'Cessie- en verpandingsverboden: goederenrechtelijke werking niet meer het uitgangspunt', *Nysingh* 27 maart 2014, www.nysingh.nl.

partijen (verbintenisrechtelijk¹³⁹) en de werking naar derden (goederenrechtelijk¹⁴⁰) is slechts van toepassing wanneer dit uit de formulering blijkt.¹⁴¹ Wil de schuldeiser volledige zekerheid hebben dat een verpandingsverbod geen goederenrechtelijk effect heeft, dan doet hij er goed aan om met zoveel woorden te bepalen dat de reikwijdte van dat verbod slechts verbintenisrechtelijk is.¹⁴² Indien er onenigheid over de uitleg van een beding ontstaat tussen professionele partijen die zelf waren betrokken bij het opstellen van het beding, ligt een objectieve uitleg vaak voor de hand. Dit betekent in de praktijk dat schriftelijke bedingen in beginsel taalkundig worden uitgelegd. In 2013 overwoog de Hoge Raad in het arrest *Lundiform/Mexx*¹⁴³ dat aan de tekst van een beding overeengekomen tussen twee professionele partijen groot gewicht toekomt, maar de overige omstandigheden van het geval kunnen met zich mee brengen dat er een andere betekenis aan de contractuele bepaling wordt toegekend.¹⁴⁴

6.3 Jurisprudentie

HR Oryx/Van Eesteren¹⁴⁵

In deze uitspraak is de rechtsvraag of het verpandingsverbod goederenrechtelijke werking heeft en wat de gevolgen hiervan zijn. De Hoge Raad overwoog dat het verpandingsverbod in de weg staat aan de geldigheid van verpanding. Op grond van art. 3:83 lid 2 BW kan de overdraagbaarheid van een vordering worden uitgesloten. Overdracht in strijd met zo'n beding levert niet slechts wanprestatie van de gerechtigde tot de vordering tegenover zijn schuldenaar op, maar heeft tevens ongelding van die overdracht tot gevolg.¹⁴⁶ Een cessieverbod leidt niet tot beschikkingsonbevoegdheid van de gerechtigde tot de vordering en heeft ongeldigheid van een overdracht in strijd met het beding tot gevolg.¹⁴⁷¹⁴⁸ Een beding dat de overdracht van een vordering verbiedt in algemene voorwaarden houdt op grond van art. 3:83 lid 2 BW ook daadwerkelijk overdracht en zelfs verpanding tegen.

Uitleg onoverdraagbaarheidsbeding

De vraag die in deze zaak centraal stond, was of een cessieverbod automatisch met zich meebrengt dat geen pandrecht mag en/of kan worden gevestigd op een rechtsvordering op naam.¹⁴⁹ Partijen verschillen over de uitleg van een beding. Het doel was de overdraagbaarheid van vorderingen uit te sluiten, maar het was de vraag of daarmee een verpandingsverbod is overeengekomen. De rechtbank¹⁵⁰ oordeelt dat partijen zowel de overdraagbaarheid als de verpandbaarheid van vorderingen kunnen uitsluiten op grond van art. 3:83 lid 2 jo. 3:98 BW, maar dat niet zonder meer kan worden aangenomen dat een beding waarin de overdraagbaarheid van een vordering wordt uitgesloten ook betekent dat de vordering niet kan worden verpand. Een cedent is vervolgens niet beschikkingsonbevoegd, maar hij kan de vordering alleen niet overdragen. Dit zegt niets over de bevoegdheid en mogelijkheid om de vordering te verpanden. Partijen hadden echter met zoveel woorden in de overeenkomst op moeten nemen indien zij ook verpanding onmogelijk hadden willen maken.

¹³⁹ Verbintenisrechtelijke werking houdt in dat een vordering wel mag worden verpand, maar de schuldeiser pleegt dan wanprestatie tegenover de wederpartij.

¹⁴⁰ Goederenrechtelijke werking houdt in dat de vordering door het beding onoverdraagbaar is geworden.

¹⁴¹ 'Verpandingsverbod in algemene voorwaarden', *Abenslag* 25 juni 2014, www.abenslag.nl.

¹⁴² 'Cessie- en verpandingsverboden van vorderingen verliezen meestal goederenrechtelijk effect', *De Brauw* 25 maart 2014, www.debrauw.nl.

¹⁴³ HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, *NJ* 2013/214 (*Lundiform/Mexx*).

¹⁴⁴ Mellenbergh, *MvV* 2016, nr. 9.

¹⁴⁵ HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0168, *NJ* 2004, 281, m.nt. H.J. Snijders (*Oryx/Van Eesteren*).

¹⁴⁶ Zie in dit kader tevens Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, art. 3:83.

¹⁴⁷ Steneker, *Pandrecht* (Mon. BW nr. B12a) 2012/51.

¹⁴⁸ Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, art. 3:83 lid 2.

¹⁴⁹ Nuijten, *JutD* 2013, nr. 0036.

¹⁵⁰ Rb. Arnhem 19 december 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY9349.

De conclusie luidt derhalve dat niet ieder cessieverbod tevens een verpandingsverbod behelst.¹⁵¹ In hoger beroep acht het hof¹⁵² van belang of de toepasselijke bepaling¹⁵³ een verbintenisrechtelijke of goederenrechtelijke werking heeft. Dit is een kwestie van uitleg naar objectieve maatstaven met inachtneming van de Haviltex-maatstaf. Het uitgangspunt bij de uitleg van een onoverdraagbaarheidsbeding is dat zij uitsluitend verbintenisrechtelijke werking heeft, tenzij uit de naar objectieve maatstaven uit te leggen formulering daarvan blijkt dat daarmee goederenrechtelijke werking als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW is beoogd. Verwezen wordt naar de uitspraak Coface/Intergamma. Bij de uitleg van voornoemde bepaling moet bovengenoemd uitgangspunt worden genomen. De tekst van de bepaling richt zich enerzijds niet duidelijk tot de partijen, in die zin dat uit de tekst duidelijk is dat de partijen zich jegens elkaar hebben verbonden hun vorderingen op elkaar niet zonder toestemming over te dragen. Anderzijds richt de tekst zich evenmin duidelijk op de vorderingen in die zin dat uit die tekst duidelijk is dat partijen overeenkomen dat de vorderingen zonder toestemming onoverdraagbaar zijn. Wel biedt de tekst enige aanknopingspunten voor de uitleg van de verbintenisrechtelijke werking. Het beding bepaalt dat de wederpartij haar toestemming niet op onredelijke gronden mag onthouden. Dit richt zich dus duidelijk jegens partijen en heeft in zoverre verbintenisrechtelijke werking. Er kan van worden uitgegaan dat het gehele artikel verbintenisrechtelijke werking heeft. De Haviltex-omstandigheden hebben onvoldoende weerslag gevonden in de bewoordingen van het beding om naar objectieve maatstaven tot een andere uitleg te komen dan de verbintenisrechtelijke werking.

Goederenrechtelijk effect bij verpandingsverbod¹⁵⁴

Partijen zijn in beginsel vrij overeen te komen dat een vermogensrecht niet overdraagbaar is. Of, in het geval van vorderingsrechten, een uitsluiting of beperking van de vervreemdingsbevoegdheid goederenrechtelijke werking heeft, dan wel dat partijen hebben willen volstaan met alleen een obligatoire uitsluiting van de vervreemdingsbevoegdheid, is een kwestie van uitleg.¹⁵⁵ De vraag of een verpandingsverbod in algemene voorwaarden goederenrechtelijke werking heeft, moet worden uitgelegd aan de hand van het Haviltex-criterium en dus niet zuiver taalkundig. De rechtbank oordeelt dat er echter omstandigheden kunnen zijn die een geobjectiveerde uitleg van het beding rechtvaardigen. In casu waren partijen twee professionele partijen. Zij hebben niet gesproken over het verpandingsverbod in de algemene voorwaarden. De rechtbank legt het verbod daarom uit aan de hand van een objectieve maatstaf en overweegt dat het voor de hand liggend is dat partijen hebben beoogd de mogelijkheid van verpanding met goederenrechtelijk effect uit te sluiten, gelet op het systeem van de wet en het feit dat de schuldenaar de bedoeling zal hebben om niet geconfronteerd te worden met een andere dan de door hem gekozen schuldeiser. De conclusie is dat een verpandingsverbod in de algemene voorwaarden in beginsel goederenrechtelijke werking heeft, ondanks de bewoordingen waarin dat beding is opgenomen.

HR Coface/Intergamma¹⁵⁶

Na alle discussie omtrent de werking van een cessie- en verpandingsverbod is de Hoge Raad tot een oordeel gekomen. De Hoge Raad maakt met zijn eerder gewezen arrest Onyx/Van Eesteren duidelijk dat de uitleg van een verpandingsverbod dient te geschieden naar objectieve maatstaven, maar die uitleg mag niet uitsluitend taalkundig geschieden. Bij de uitleg moet rekening worden gehouden met de voor derden kenbare bedoeling van partijen en

¹⁵¹ Goossens, *MvV* 2013, nr. 6.

¹⁵² Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 8 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:9254.

¹⁵³ “Voor overdracht van de rechten en verplichtingen uit hoofde van deze overeenkomst is schriftelijke toestemming vereist van de wederpartij, die deze toestemming niet op onredelijke gronden zal onthouden.”

¹⁵⁴ Rb. Rotterdam 6 november 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:8758, r.o. 4.6.

¹⁵⁵ ‘Obligatoire of goederenrechtelijke werking van cessieverbod hangt af van bedoeling partijen’, *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraak* 2014, nr. 1.

¹⁵⁶ HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, *NJB* 2014, 681 (*Coface/Intergamma*).

hetgeen partijen over en weer redelijkerwijs mochten verwachten.¹⁵⁷ Het beding heeft uitsluitend verbintenisrechtelijke werking, tenzij eerder genoemde uitleg met zich meebrengt dat de overdracht of verpanding met goederenrechtelijke werking is uitgesloten.¹⁵⁸ De door de Hoge Raad geformuleerde uitlegregel en het uitgangspunt bij dit arrest hebben alleen betrekking op de onoverdraagbaarheid van vorderingsrechten en moet dan ook in die context worden gelezen. Het arrest is in de literatuur kritisch ontvangen. Volgens Wibier is de gehele rechtspraak er tot de publicatie van dit arrest van uitgegaan dat een verpandings- en cessieverbod uitdrukten goederenrechtelijke werking hadden. De juridische consequentie van een enkel woord – ‘mag niet overdragen’ of ‘kan niet overdragen’ – gaat volgens Mellenbergh erg ver.¹⁵⁹ De conclusie van de uitlegregel na enkele jaren is dat er onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds bedingen waarbij overdraagbaarheid is geformuleerd als eigenschap van het vorderingsrecht zelf of waarbij is afgesproken dat er niet overgedragen kan worden, wat leidt tot goederenrechtelijke werking.¹⁶⁰ Anderzijds zijn er bedingen waarbij de contractuele verplichting wordt opgelegd aan de persoon van de schuldeiser om niet tot overdracht over te gaan of waarbij is overeengekomen dat niet overgedragen mag worden.¹⁶¹ Rechters hechten veel waarde aan een expliciete verwijzing naar de bewoording van art. 3:83 lid 2 BW.¹⁶² Tevens geldt bij twijfel over de bewoordingen dat slechts verbintenisrechtelijke werking is beoogd.¹⁶³

6.4 Tussenconclusie

Cessie is het leveren van een vordering op naam. Hier kan onderscheid worden gemaakt tussen een openbare cessie en een stille cessie. Het pandrecht is na het eigendomsrecht het sterkste recht en dient als zekerheidsrecht. Het doel van het vestigen van een pandrecht is het hebben van zekerheid dat een vordering daadwerkelijk wordt voldaan. Het pandrecht kan worden verdeeld in een vuistpand en stil pand. In beginsel zijn eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten overdraagbaar, tenzij de wet of aard van het recht zich tegen de overdracht verzet. Art. 3:83 lid 2 BW bepaalt vervolgens dat partijen in het kader van contractsvrijheid de overdraagbaarheid van vorderingsrechten door een beding in algemene voorwaarden kunnen uitsluiten. Dit wordt een cessieverbod genoemd. Tevens kunnen partijen een verpandingsverbod in algemene voorwaarden opnemen. Hiermee probeert de schuldenaar te voorkomen dat hij moet betalen aan een andere persoon dan zijn oorspronkelijke schuldenaar. Uit jurisprudentie blijkt dat de Hoge Raad eerst in het arrest Oryx/Van Eesteren heeft geoordeeld dat een verpandingsverbod in de weg staat aan de geldigheid van verpanding. Een goederenrechtelijk cessieverbod leidt niet tot beschikkingsonbevoegdheid van de crediteur, maar tot niet-overdraagbaarheid van de vordering zelf en heeft ongeldigheid van de overdracht in strijd met het beding tot gevolg. In een latere uitspraak oordeelde de rechtbank Arnhem dat niet ieder cessieverbod tevens een verpandingsverbod behelst. De rechtbank Rotterdam overwoog later dat omstandigheden een rol kunnen spelen die een geobjectiveerde uitleg van het beding rechtvaardigen. De vraag of een verpandingsverbod in algemene voorwaarden goederenrechtelijke werking heeft, moet worden uitgelegd aan de hand van het Haviltex-criterium en dus niet zuiver taalkundig. Tot slot heeft de Hoge Raad in zijn arrest genaamd Coface/Intergamma na alle discussie omtrent de werking van een cessie- en verpandingsverbod overwogen dat een dergelijk beding uitsluitend verbintenisrechtelijke werking heeft, tenzij uitleg van dit beding met zich meebrengt dat de overdracht of verpanding met goederenrechtelijke werking is uitgesloten.

¹⁵⁷ HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, *NJ* 1981, 635 (*Haviltex*).

¹⁵⁸ L. Ettema, ‘Verpandingsverbod in algemene voorwaarden in beginsel uitsluitend verbintenisrechtelijke werking’, *Damste* 21 maart 2014, www.damste.nl.

¹⁵⁹ Mellenbergh, *MvV* 2016, nr. 9.

¹⁶⁰ Rb. Noord-Nederland 19 november 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:5752.

¹⁶¹ Smits & Hekman, *Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtspraktijk* 2016, nr. 119.

¹⁶² Gerechtshof 's-Hertogenbosch 29 juli 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2535.

¹⁶³ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 8 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:9254.

Hoofdstuk 7 Praktijkresultaat voor VIL

Naast het juridisch kader van dit onderzoek wordt aandacht besteed aan de praktische kant van dit afstudeeronderzoek. De vraag die voortvloeit uit de voorgaande hoofdstukken is op welke wijze de medewerkers van VIL op de hoogte kunnen worden gebracht van deze kennisinformatie. Deze vraag zal in dit hoofdstuk worden beantwoord.

Om een beeld te kunnen vormen over welke onderwerpen uit algemene voorwaarden problemen opleveren binnen VIL, zijn tien advocaten van VIL geïnterviewd. Deze advocaten zijn werkzaam binnen verschillende praktijken. Zij zijn regelmatig bezig met het opstellen en/of beoordelen van sets algemene voorwaarden. Gelet op het feit dat het onderwerp 'algemene voorwaarden' erg breed is, moest het onderwerp worden afgebakend. Middels de gesprekken is een beeld ontstaan over de wijze waarop de advocaten de algemene voorwaarden momenteel opstellen en beoordelen en welke problemen er komen kijken bij deze werkzaamheden. Er kwamen negen onderwerpen ter sprake die voor de nodige problemen zorgen, te weten exoneration, eigendomsvoorbehoud, opschorting, verrekening, garanties, boetebeding, cessie- en verpandingsverbod, incassokosten en ontbinding. Van deze negen onderwerpen is een top vijf gemaakt. De onderwerpen die de meeste vragen bij de medewerkers van VIL oproepen zijn: exoneration, eigendomsvoorbehoud, opschorting, verrekening en cessie- en verpandingsverbod. Er is dan ook voor gekozen om voor deze onderwerpen onderzoek te doen naar de wettelijke regeling, de mogelijke afwijkingen op die regeling en de meest relevante en recente jurisprudentie.

Voor deze vijf onderwerpen worden conclusies en aanbevelingen gegeven. De onderzoeksresultaten dienen voor VIL op een praktische manier bruikbaar te zijn. Er is daarom voor gekozen de aanbevelingen in de vorm van een leidraad te gieten. Deze leidraad heeft dan ook als doel de medewerkers van VIL op de hoogte te brengen van de laatste stand van zaken betreffende bovengenoemde vijf onderwerpen. Het hulpmiddel dient uiteraard te voldoen aan de wensen van de medewerkers van VIL en zal dienen als naslagwerk en tevens als praktisch document. Het doel is dat VIL middels de uitkomst van dit onderzoek veel voorkomende vragen kan behandelen en uiteindelijk op een efficiëntere manier cliënten gericht kan adviseren bij het opstellen en beoordelen van algemene voorwaarden. In het kader van de praktijkgerichtheid worden de resultaten van dit onderzoek en de toelichting op de leidraad gepresenteerd. De onderzoeksresultaten en de leidraad zullen daarom op 16 januari 2017 op het kantoor van VIL worden toegelicht aan de hand van een presentatie aan alle advocaten die regelmatig te maken hebben met algemene voorwaarden.

Uit gesprekken met de medewerkers van VIL blijkt dat de wens is de leidraad op een bepaalde manier in te richten. Er is gekozen voor de volgende indeling. Het is allereerst efficiënt een duidelijk onderscheid te maken tussen enerzijds Business to Business-verhoudingen en anderzijds Business to Consumer-verhoudingen. Vervolgens zal per onderwerp voor deze twee verhoudingen kort de wettelijke regeling worden besproken. Het doel hiervan is dat de medewerkers de actuele stand van zaken kunnen doornemen en op de hoogte zijn van de meest recente wettelijke regelingen. Vervolgens wordt besproken of kan worden afgeweken van de wettelijke regeling. Tot slot wordt per onderwerp een tekstueel voorstel gedaan voor een bepaling die de advocaat kan opnemen in de algemene voorwaarden.

De leidraad zal als bijlage¹⁶⁴ worden toegevoegd aan dit onderzoeksrapport.

¹⁶⁴ Zie bijlage 8.

Hoofdstuk 8 Conclusies en aanbevelingen

Gedurende dit onderzoek is de volgende vraag onderzocht: *“Welke aanbevelingen kunnen aan Van Iersel Luchtman Advocaten worden gedaan voor de onderwerpen exoneration, eigendomsvoorbehoud, opschorting, verrekening en cessie- en verpandingsverbod in relatie tot producten in Business to Consumer-verhoudingen en Business to Business-verhoudingen, zodat de medewerkers bij het opstellen en beoordelen van de algemene voorwaarden op de hoogte zijn van de stand van zaken?”*. In dit hoofdstuk worden de bevindingen besproken die uit de voorgaande hoofdstukken naar voren zijn gekomen.

8.1 Conclusies

In deze paragraaf worden de conclusies besproken die dienen ter beantwoording van de centrale vraag.

8.1.1 Exoneratieclausules

Voor Business to Consumer-verhoudingen geldt als uitgangspunt dat exonereren niet is toegestaan op grond van art. 7:5 BW (in geval van consumentenkoop) en art. 6:237 sub f BW (jegens een consument). Regels ten aanzien van exonereren gelden veelal bij Business to Business-verhoudingen. Een beroep op exoneration wordt in dit laatste geval in beginsel ontoelaatbaar geacht indien sprake is van inhoudelijke strijd met art. 3:40 BW, art. 6:248 lid 2 BW, dood of letsel, opzet en bewuste roekeloosheid van de schuldenaar of van een tot zijn bedrijfsleiding behorend persoon¹⁶⁵, in geval van welbewuste misleiding¹⁶⁶ of wanneer het exonerationbeding de essentie van de opdracht raakt¹⁶⁷. De beoordeling van de clausules moet worden onderworpen aan een redelijkheidstoets op grond van de ‘omstandighedencatalogus’.¹⁶⁸ Volgens het hof Arnhem-Leeuwarden is het niet in absolute zin zo dat bij Business to Business-verhoudingen een uitsluiting van aansprakelijkheid toelaatbaar is. Wanneer een set algemene voorwaarden toetsing op grond van art. 6:233 sub a BW doorstaat, kunnen ontwikkelingen na de contractssluiting een beroep op het beding nog onaanvaardbaar maken conform art. 6:248 lid 2 BW. Dit impliceert dat art. 6:248 lid 2 BW ruimer is dan art. 6:233 sub a BW. In de zaak van het hof 's-Hertogenbosch haalt appellante uitspraken¹⁶⁹ aan waaruit volgt dat de omstandigheid dat een aansprakelijke partij verzekerd is tegen schade, een belangrijke factor is bij de beantwoording van de vraag of het exonerationbeding onredelijk bezwarend is, maar dit op zichzelf niet doorslaggevend is. In deze uitspraken gaat het echter om ernstig verwijtbare fouten van de aansprakelijke partijen met ernstige gevolgen, terwijl het in casu gaat over een toerekenbare tekortkoming. Welke mate van verzekeringsdekking in de gegeven omstandigheden minimaal mocht worden verwacht, wordt in belangrijke mate bepaald door (de gebruiken in) de betreffende branche, waarbij ook een bestendig gebruikelijk beding in de polisvoorwaarden die de verzekerde ertoe verplicht bepaalde branchevoorwaarden te bedingen van belang kan zijn.

De bespreking van de verzekerbaarheid als onderdeel van exonerationclausules is voor VIL relevant. De vraag die centraal staat is of ten behoeve van de onderliggende risico's een verzekering is afgesloten en wanneer dit niet het geval is, of de betreffende risico's tegen redelijke voorwaarden verzekerd hadden kunnen worden. Indien risico's gemakkelijk te verzekeren zijn en de exonerant dit niet heeft gedaan, moet het beroep door de exonerant op zijn exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar worden

¹⁶⁵ HR 12 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2524, NJ 1998, 208 (Gemeente Stein/Driessen) en Rb. 's-Hertogenbosch 22 november 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:BJ1472.

¹⁶⁶ HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2492, NJ 1998, 657, m.nt. W.M. Kleijn.

¹⁶⁷ Rb. Overijssel 16 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1118, NJF 2016/237, r.o. 3.3.

¹⁶⁸ HR 19 mei 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4745, NJ 1967/261, m.nt. G.J. Scholten (Saladin/HBU).

¹⁶⁹ HR 12 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5783, NJ 2000/412 en HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6913, NJ 2004, 585 (Kuunders/Swinkels).

geacht.¹⁷⁰ Van Dunné oordeelt dat de omstandigheid dat één van beide partijen verzekerd had kunnen zijn, gelijkgesteld moet worden aan de situatie dat daadwerkelijk een verzekering was afgesloten. Nieuwenhuis is van mening dat wie een schadeverzekering afsluit niet aangeeft dat hij in beginsel ook de schade zou behoren te dragen.¹⁷¹ Kortom, een exoneratieclausule kan de aansprakelijkheid van de cliënt in vergaande mate beperken, mits aan bovengenoemde eisen wordt voldaan. Wordt niet aan deze eisen voldaan, dan kan het beding worden vernietigd.

8.1.2 Eigendomsvoorbehoud

Voor Business to Consumer-verhoudingen gelden op grond van het WCK in relaties met krediettransacties een paar dwingendrechtelijke beperkingen met betrekking tot het bedingen van het eigendomsrecht. Een eigendomsvoorbehoud kan alleen worden bedongen ten aanzien van de roerende zaak die met de kredietovereenkomst wordt aangeschaft. Dit is een uitzondering op art. 3:92 lid 2 BW. De praktijk laat zien dat het eigendomsvoorbehoud veelal voorkomt in Business to Business-verhoudingen. Hiervoor geldt dat partijen kunnen kiezen uit een beperkt, uitgebreid of verruimd eigendomsvoorbehoud. Geconcludeerd kan worden dat het in het belang van cliënt zal zijn in de algemene voorwaarden een uitgebreid voorbehoud op te nemen. Een voordeel van een uitgebreid voorbehoud is dat het ziet op eerder geleverde producten die reeds zijn betaald. Deze goederen mogen worden teruggehaald, ook al komen deze niet overeen met de goederen vermeld op de onderliggende factuur. Dit voorbehoud vergoet de mogelijkheden voor de cliënt om (een deel van) zijn vordering veilig te stellen. Andere vorderingen die cliënt op de afnemer heeft, moeten echter wel samenhangen met of voortvloeien uit eerdere of latere leveringen.¹⁷² Voorts oordeelde de Hoge Raad¹⁷³ dat een koper onder eigendomsvoorbehoud direct bij aflevering van de zaak al een voorwaardelijk eigendomsrecht verkrijgt waarover hij in juridische zin ook al kan beschikken en dus onder deze voorwaarden kan vervreemden of bezwaren. Tot slot dient de prestatie die geleverd moet worden enkel betrekking te hebben op het bepaalde in art. 3:92 lid 2 BW. Het is derhalve voor VIL relevant een eigendomsvoorbehoud niet te ruim te formuleren.

8.1.3 Opschorting

In Business to Consumer-verhoudingen geldt dat een beding dat de consument beperkt in zijn recht op opschorting onredelijk bezwarend wordt geacht op grond van art. 6:236 sub c jo. 6:233 sub a BW. In Business to Business-verhoudingen geldt dat de opschortingsregeling van regelen recht is. Partijen kunnen hiervan afwijken zodat enerzijds de bevoegdheid kan worden uitgesloten of beperkt (bijvoorbeeld in geval van ondeugdelijke levering) en anderzijds kan worden verruimd (bijvoorbeeld wanneer de verbintenissen geen samenhang vertonen als bedoeld in art. 6:52 BW).¹⁷⁴ Opschorting kan lastig en riskant zijn wanneer de rechter achteraf van oordeel is dat een partij zich ten onrechte op een opschortingsbevoegdheid heeft beroepen. Deze partij is dan van rechtswege in verzuim en derhalve schadeplichtig. Een schuldenaar mag de nakoming van zijn verbintenis opschorten wanneer hij een (opeisbare) tegenvordering heeft waarvan de omvang nog niet vaststaat, dit met het oog op een toekomstige verrekeningsbevoegdheid.¹⁷⁵ Opschorting is voorts toelaatbaar wanneer partijen verrekening contractueel hebben uitgesloten.¹⁷⁶ Tevens is het geoorloofd dat het niet eerder presteren door de schuldenaar in een procedure als opschorting wordt gekwalificeerd.¹⁷⁷ De Hoge Raad hecht veel waarde aan het kunnen uitoefenen van een opschortingsbevoegdheid.

¹⁷⁰ HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6913, NJ 2004, 585 (Kuunders/Swinkels).

¹⁷¹ Ruygvoorn, Bb 2016, nr. 63.

¹⁷² www.interpolis.nl (zoek op *voorkom schade door wanbetaling*).

¹⁷³ HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, NJ 2016/290, m.nt. Verstijlen (Rabobank/Reuser).

¹⁷⁴ Asser/Sieburgh 6-I 2016/282.

¹⁷⁵ HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610, NJ 2009, 50, m.nt. Jac, Hijma (Ammerlaan/Enthoven).

¹⁷⁶ Dammingh & Klomp, *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraak* 2015, nr. 3.

¹⁷⁷ Vgl. HR 8 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7343, NJ 2002, 199 (Hendrikx/Peters).

Een verrekeningsverbod staat dan ook volgens de Hoge Raad niet in de weg aan een beroep op opschorting.¹⁷⁸ Geconcludeerd kan worden dat bij opschorting geen middenweg geldt. Bij een beroep op het opschortingsrecht door beide partijen kan de rechter enkel bepalen dat of de ene of de andere partij in het gelijk wordt gesteld. Tijdens de parlementaire beraadslaging bestond reeds de vrees dat beide partijen tot opschorting kunnen overgaan, omdat de ander zijn prestatie niet nakomt.¹⁷⁹ Om er zeker van te zijn dat, naast verrekening, opschorting tevens is uitgesloten, is het in het belang van partijen om in de algemene voorwaarden een beroep op opschorting expliciet uit te sluiten. Hierbij geldt wel dat conform art. 6:236 sub c BW een beperking van het opschortingsrecht jegens de consument vernietigbaar zal zijn. Dit geldt echter niet voor Business to Business-verhoudingen. Louter een verrekeningsverbod is onvoldoende.¹⁸⁰

8.1.4 Verrekening

In een Business to Consumer-verhouding wordt een beding waarin verrekening is uitgesloten of beperkt, of waarin een verrekeningsbevoegdheid van de gebruiker wordt uitgebreid, vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub g jo. 6:233 sub a BW. Tegen dit vermoeden is tegenbewijs door de gebruiker toegelaten. Tevens wordt een beding dat de consument beperkt in zijn verweermiddelen, zoals verrekening, onredelijk bezwarend geacht op grond van art. 6:236 sub f BW. Een rechter zal op grond van de Richtlijn oneerlijke bedingen ambtshalve ingrijpen indien hij het beding onredelijk bezwarend acht. Voor Business to Business-verhoudingen geldt dat de regeling omtrent verrekening van regeland recht is waardoor partijen de bevoegdheid kunnen verruimen, beperken en uitsluiten. Het komt in de praktijk regelmatig voor dat partijen de verrekeningsbevoegdheid uitbreiden tot gevallen waarin geen sprake is van wederkerigheid. Partijen kunnen ook afwijken van het vereiste van gelijksoortigheid.¹⁸¹ De Hoge Raad overwoog in het arrest Eurostrip/Newa dat de opschortingsbevoegdheid niet wordt beïnvloed door het verrekeningsverbod. Dit zal in de algemene voorwaarden expliciet moeten worden benoemd.¹⁸²

8.1.5 Cessie en pandrecht

Na alle discussie heeft de Hoge Raad recent in de uitspraak Coface/Intergamma¹⁸³ overwogen dat bij de uitleg van een cessie- of verpandingsverbod het uitgangspunt geldt dat het beding in beginsel uitsluitend verbintenisrechtelijke werking heeft, tenzij uit de objectieve maatstaven uit te leggen formulering hiervan blijkt dat daarmee goederenrechtelijke werking als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW is beoogd. Het is nog onduidelijk of een cessieverbod tevens betekent dat de vordering niet kan worden verpand. Ten aanzien van het cessie- en verpandingsverbod kan het volgende worden geconcludeerd. Uit de rechtspraak blijkt dat er onderscheid moet worden gemaakt tussen bedingen waarbij niet-overdraagbaarheid is geformuleerd als eigenschap van het vorderingsrecht zelf (goederenrechtelijk) en bedingen die zich (enkel) richten tot partijen (verbintenisrechtelijk). Bedingen waarin is opgenomen dat een vordering niet overdraagbaar is, hebben goederenrechtelijke werking. Bedingen waarin is opgenomen dat er niet overgedragen kan worden, beogen goederenrechtelijke werking, maar als is overeengekomen dat niet overgedragen mag c.q. zal worden, beoogt dit verbintenisrechtelijke werking. Rechters hechten voorts veel waarde aan een expliciete verwijzing naar de

¹⁷⁸ HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3072, NJ 2015/85, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Eurostrip/Newa*).

¹⁷⁹ Streefkerk 2013.

¹⁸⁰ Krikke, *JutD* 2014, nr. 0135.

¹⁸¹ Faber 2005, p. 129.

¹⁸² Spanjaard, *Contracteren* 2015, nr. 1.

¹⁸³ HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, NJB 2014, 681 (*Coface/Intergamma*).

bewoording van art. 3:83 lid 2 BW.¹⁸⁴ Bij twijfel over de bewoordingen, geldt dat slechts verbintenisrechtelijke werking is beoogd.¹⁸⁵¹⁸⁶

8.2 Aanbevelingen

Hieronder worden per onderwerp de aanbevelingen en tevens tekstuele voorstellen gegeven voor VIL ten aanzien van het opstellen en beoordelen van de algemene voorwaarden.

8.2.1 Exoneratieclausules

Bij het opstellen en beoordelen van een exoneratieclausule in algemene voorwaarden verdient het aanbeveling zich bewust te zijn van de grenzen van aansprakelijkheid en kiezen welk type exoneratiebeding bij de onderneming past. De inhoud mag namelijk niet in strijd zijn met de wet (dwingend recht), openbare orde of goede zeden conform art. 3:40 BW. Voorts mag de aansprakelijkheid niet worden uitgesloten in situaties waarin sprake is van dood, letsel, opzet of bewuste roekeloosheid. Het verdient aanbeveling dit expliciet in de voorwaarden op te nemen¹⁸⁷. Een beding mag evenmin in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 lid 2 BW. Naast voornoemde situaties dienen de medewerkers van VIL zich op drie vlakken bewust te zijn. Ten eerste verdient het aanbeveling de cliënt c.q. onderneming te adviseren zorg te dragen voor een goede aansprakelijkheidsverzekering en zich aan te sluiten bij de dekking van deze verzekering. In de voorwaarden kan worden opgenomen dat de aansprakelijkheid te allen tijde is beperkt tot maximaal de schade waartegen de onderneming is verzekerd. Ook moet gekeken worden naar alle toerekeningsfactoren in combinatie met elkaar beschouwd, denk aan de aard van de overeenkomst en de redelijkheid.¹⁸⁸ De verzekerdheid of verzekerbaarheid is één van de omstandigheden die meegewogen moet worden.¹⁸⁹ Het verdient aanbeveling om bij het formuleren van exoneratieclausules rekening te houden met de gezichtspunten verzekerbaarheid en het verzekerd zijn. Een beroep op een exoneratiebeding wordt sneller rechtvaardig geacht wanneer het risico op ongevallen onverzekerbaar is. Indien dit risico daadwerkelijk te verzekeren is en tevens een aansprakelijkheidsverzekering is afgesloten, wordt dit als omstandigheid meegenomen in de toetsing van alle omstandigheden van het geval en wordt het hebben van een dergelijke verzekering geen doorslaggevende waarde. In tegenstelling tot deze conclusie blijkt uit de uitspraak van de rechtbank Breda d.d. 7 maart 2012 dat de rechter het hebben van een verzekering voldoende acht om exoneratie niet toe te staan. Dit kan onwenselijk worden geacht, daar het afsluiten van een verzekering niet afhankelijk zou moeten zijn van de vraag of al dan niet een geslaagd beroep op de exoneratie kan worden gedaan.¹⁹⁰ Tot slot dient men bij het opstellen en/of beoordelen van de algemene voorwaarden zich ervan bewust te zijn dat exoneratie geen zekerheid biedt. Tekstuele voorstellen bij exoneratieclausules zijn opgenomen in bijlage 3.

8.2.2 Eigendomsvoorbehoud

De Hoge Raad heeft in het arrest Rabobank/Reuser bepaald dat een koper onder eigendomsvoorbehoud direct bij aflevering van een zaak een voorwaardelijk eigendomsrecht verkrijgt waarover hij in juridische zin reeds kan beschikken. Voor de formulering van een eigendomsvoorbehoud is het derhalve van belang dat de medewerkers bij het opstellen en beoordelen van algemene voorwaarden de gebruiker attenderen op de verschillende vormen van het eigendomsvoorbehoud, te weten beperkt, uitgebreid of verruimd. Het verdient

¹⁸⁴ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 29 juli 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2535.

¹⁸⁵ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 8 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:9254.

¹⁸⁶ Smits & Hekman, *Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk* 2016, nr. 119.

¹⁸⁷ Zie bijlage 2.

¹⁸⁸ HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6913, *NJ* 2004, 585 (*Kuunders/Swinkels*).

¹⁸⁹ Ruygvoorn, *Bb* 2016, nr. 63.

¹⁹⁰ M. van Beurden, 'Exoneratie en verzekering', *Van Benthem en Keulen*, www.vbk.nl.

aanbeveling te bepalen welke vorm bij de bedrijfsvoering past.¹⁹¹ Het zal daarbij in het belang van de verkoper zijn indien het eigendomsvoorbehoud zo ruim mogelijk wordt geformuleerd. Dit geeft de verkoper c.q. leverancier een sterkere positie.¹⁹² Vooral vanuit leveranciersoogpunt verdient het dan ook aanbeveling het eigendomsvoorbehoud (extra) 'strak' te formuleren om discussies over de rechtsgeldigheid en de reikwijdte met een bank zoveel mogelijk te voorkomen.¹⁹³ Een nadeel van een verruimd voorbehoud is dat hoewel een koopovereenkomst immers impliceert dat de koper de eigendom van het gekochte verkrijgt, het verruimde eigendomsvoorbehoud eigendomsovergang voor altijd lijkt te frustreren, omdat eigendom ook wordt voorbehouden ten behoeve van toekomstige vorderingen uit toekomstige leveranties.¹⁹⁴ De medewerkers moeten zich echter wel bewust zijn van de limitatieve opsomming van art. 3:92 lid 2 BW waarin vorderingen staan die door eigendomsvoorbehoud kunnen worden gezekeerd. Als er een vordering in de algemene voorwaarden is opgenomen die niet onder deze opsomming valt, geldt hiervoor partiële nietigheid. Een eigendomsvoorbehoud kan door eigenlijke of oneigenlijke vermenging vervallen. Het is dan aan te raden in de algemene voorwaarden een bepaling op te nemen dat in het geval wanneer een nieuwe zaak wordt gevormd daarop een pandrecht wordt gevestigd ten behoeve van de leverancier. In bijlage 4 worden per type eigendomsvoorbehoud enkele voorbeeldformuleringen gegeven.

8.2.3 Opschorting

Vanwege het feit dat opschorting riskant kan zijn, verdient het aanbeveling de cliënt te wijzen op de risico's die verbonden zijn aan de opschorting van een verbintenis. De Hoge Raad komt de opschortende partij in zekere mate tegemoet. De partij die niet presteert, mag later in de procedure naar voren brengen dat opschorting van de verbintenis de reden is geweest van het achterwege laten van de prestatie.¹⁹⁵¹⁹⁶ Op grond van het arrest Eurostrip/Newa doen partijen die een omzeiling van een verrekeningsverbod willen voorkomen er verstandig aan zowel verrekening als opschorting in de algemene voorwaarden expliciet uit te sluiten. Een tweetal voorbeelden van een opschortingsverbod dat kan worden opgenomen in de algemene voorwaarden is opgenomen in bijlage 5.

8.2.4 Verrekening

Bij het opstellen en beoordelen van de algemene voorwaarden ten aanzien van Business to Consumer-verhoudingen moet rekening worden gehouden met het feit dat een beding waarin jegens een consument verrekening wordt uitgesloten of beperkt of waarin de verrekeningsbevoegdheid van de gebruiker wordt uitgebreid wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn. Ten aanzien van Business to Business-verhoudingen dienen de medewerkers van VIL zich bewust te zijn van de uitbreidingsbevoegdheid van verrekening, omdat sprake is van regeland recht. Voorbeelden van een verrekeningsverbod zijn opgenomen in bijlage 6.

8.2.5 Cessie en pandrecht

Ten aanzien van de vraag of bij het cessie- of verpandingsverbod verbintenis- of goederenrechtelijke werking moet worden toegekend aan afspraken tussen partijen wordt aanbevolen in de algemene voorwaarden duidelijk te formuleren wat partijen met de bepalingen bedoelen. Er kunnen drie situaties worden onderscheiden. Wanneer een schuldenaar niet wil dat de schuldeiser zijn positie vrijelijk overdraagt aan een derde, zal de

¹⁹¹ 'Eigendomsvoorbehoud; beperkt, uitgebreid of verruimd?', *Dommerholt*, www.dommerholt.nl.

¹⁹² Reehuis 2013, p. 25-29.

¹⁹³ L. Krieckaert, 'De faillissementsbestendige verpanding van onder eigendomsvoorbehoud geleverde goederen', *Banning* 16 juni 2016, www.banning.nl.

¹⁹⁴ Reehuis 2013, p. 30.

¹⁹⁵ Dammingh & Klomp, *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraktijk* 2014, nr. 7.

¹⁹⁶ HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610, NJ 2009, 50, m.nt. Jac. Hijma (*Ammerlaan/Enthoven*).

schuldenaar dit met zoveel woorden contractueel moeten bepalen als hij zijn schuldeiser ook met goederenrechtelijk effect wil beperken. Wanneer de cliënt schuldeiser is, zal het in zijn belang zijn een vordering desgewenst over te kunnen dragen of verpanden voor bijvoorbeeld het verkrijgen van een financiering bij de bank. Indien cliënt schuldenaar is, heeft hij er belang bij om zekerheid te hebben door te weten wie zijn schuldeiser is. Deze zekerheid verdwijnt echter als de vordering alsnog kan worden overgedragen zodat een cessie- of verpandingsverbod op verzoek van de schuldenaar wordt overeengekomen. In de laatste situatie, waarin cliënt financier is, is het in zijn belang om bij het aangaan van een kredietovereenkomst zijn vordering zoveel mogelijk met zekerheden af te dekken, bijvoorbeeld door het vestigen van een pandrecht op de vorderingen ten behoeve van de financier. Als een verpandingsverbod (met goederenrechtelijke werking) is overeengekomen tussen partijen, staat dit daaraan in de weg.

Op grond van bovenstaande verdient het aanbeveling een (nieuw) beding in de algemene voorwaarden op te nemen waarin staat vermeld dat zonder voorafgaande (schriftelijke) toestemming van schuldenaar, schuldeiser zijn vordering op schuldenaar niet met goederenrechtelijk effect zal kunnen overdragen of verpanden. Indien de cliënt geen verpanding van zijn vorderingen wenst, dient dit expliciet te worden opgenomen in het beding. Om een (huidig) cessie- of verpandingsverbod goederenrechtelijke werking toe te kennen, zal aan het beding expliciet moeten worden toegevoegd dat partijen 'goederenrechtelijke werking' beogen of zal in het beding een rechtstreekse verwijzing naar art. 3:83 lid 2 BW moeten worden opgenomen. In de literatuur wordt aansluiting gezocht bij de bewoordingen van het beding. Er is in beginsel sprake van verbintenisrechtelijke werking indien de bewoordingen "niet mag" of "niet zal" worden gebruikt. Van goederenrechtelijke werking is in beginsel sprake als de bewoordingen "niet kunnen" of "niet kan" zijn gebruikt.¹⁹⁷ Het gevolg van een onduidelijke bepaling kan zijn dat de vorderingen wel kunnen worden overgedragen en de schuldeiser 'slechts' wanprestatie pleegt jegens de schuldenaar. De rechter immers kijkt naar het concrete geval en deze formuleringen dienen daarom enkel ter verduidelijking en indicatie. Tekstuele voorstellen ten aanzien van het cessie- en verpandingsverbod zijn opgenomen in bijlage 7.

8.2.6 Praktijkresultaat voor VIL

Voor de onderwerpen exoneration, eigendomsvoorbehoud, opschorting, verrekening en het cessie- en verpandingsverbod zijn bovengenoemde aanbevelingen gegeven. Het is efficiënt deze aanbevelingen in een bepaalde vorm te gieten, zodat de medewerkers van VIL deze aanbevelingen bij het opstellen en beoordelen van algemene voorwaarden ter ondersteuning kunnen gebruiken. Om overzichtelijk en efficiënt te kunnen werken is voor de medewerkers van VIL een leidraad gemaakt. Het verdient aanbeveling deze leidraad te gebruiken bij de advisering omtrent algemene voorwaarden richting de cliënten en bij het opstellen en beoordelen van algemene voorwaarden.

De leidraad heeft als doel de medewerkers van VIL op de hoogte te brengen van de laatste stand van zaken betreffende de vijf onderwerpen. Uit gesprekken met de medewerkers van VIL blijkt dat de leidraad op een bepaalde manier moet worden ingericht. Het benoemt kort de wettelijke regeling en afwijkingen hierop en bevat tevens per onderwerp tekstuele voorstellen die door de medewerkers van VIL kunnen worden opgenomen in een set algemene voorwaarden. Het verschil tussen de leidraad en het onderzoeksrapport is dan ook de medewerkers op een efficiënte en duidelijke wijze te informeren over de onderwerpen. De medewerkers kunnen per onderwerp op een overzichtelijke manier de actuele stand van zaken doornemen waardoor zij op de hoogte zijn van de meest recente wettelijke regelingen en de afwijkingen hierop. De leidraad zal als bijlage¹⁹⁸ worden toegevoegd aan dit onderzoeksrapport.

¹⁹⁷ Smits & Hekman, *Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk* 2016, nr. 119.

¹⁹⁸ Zie bijlage 8.

Bronnenlijst

I. Boeken

Biemans 2013

J.W.A. Biemans, *Consumentenkrediet* (Mon. BW nr. B67), Deventer: Kluwer 2013.

Brahn/Reehuis 2010

W.H.M. Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Engelhard & Van Maanden 2008

E.F.D. Engelhard & G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel* (Mon. BW nr. A15), Deventer: Kluwer 2008.

Nieuwenhuis, Stolker & Valk 2015

J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk, *Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2015.

Reehuis 2013

W.H.M. Reehuis, *Eigendomsvoorbehoud* (Mon. BW nr. B6c), Deventer: Kluwer 2013.

Streefkerk 2013

C.A. Streefkerk, *Opschortingsrechten* (Mon. BW nr. B32b), Deventer: Kluwer 2013.

Van Wechem 2007

T.H.M. van Wechem, *Toepasselijkheid van algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2007.

Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2010

B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse, *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010.

Van Zeben, Du Pon & Olthof 1981

C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 3 Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.

II. Dissertaties

Faber 2005

N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss. Radboud Universiteit Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005.

Van Loon 2014

M. van Loon, *Toetsing van exonerationclausules, met name tussen professionele partijen: rechtsonzekerheid?* (afstudeerscriptie Amsterdam UvA), 2014.

III. Elektronische bronnen

www.abenslag.nl	(laatst geraadpleegd: november 2016)
www.amsadvocaten.nl	(laatst geraadpleegd: november 2016)
www.baa.nl	(laatst geraadpleegd: december 2016)
www.banning.nl	(laatst geraadpleegd: oktober 2016)
www.damste.nl	(laatst geraadpleegd: november 2016)
www.debrauw.nl	(laatst geraadpleegd: oktober 2016)
www.dirkzwageriteit.nl	(laatst geraadpleegd: november 2016)
www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl	(laatst geraadpleegd: november 2016)
www.dommerholt.nl	(laatst geraadpleegd: oktober 2016)

www.flinckadvocaten.nl	(laatst geraadpleegd: oktober 2016)
www.hartmansadvocaten.nl	(laatst geraadpleegd: oktober 2016)
www.maatwerk-advocaten.nl	(laatst geraadpleegd: oktober 2016)
www.rassers.nl	(laatst geraadpleegd: oktober 2016)
www.swdv-advocaten.nl	(laatst geraadpleegd: oktober 2016)
www.vbk.nl	(laatst geraadpleegd: november 2016)
www.vil.nl	(laatst geraadpleegd: november 2016)

IV. Jurisprudentie

Hof van Justitie

HvJ 4 juni 2009, zaak C-243/08, p.I-4713, NJ 2009, 395 m.nt. M.R. Mok, TvC 2009/5, p. 191, m.nt. M.B.M. Loos (Pannon), punt 28.

Hoge Raad

HR 19 mei 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4745, NJ 1967/261, m.nt. G.J. Scholten (*Saladin/HBU*).

HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981, 635 (*Haviltex*).

HR 7 mei 1982, NJ 1983, 509.

HR 20 januari 1984, ECLI:NL:PHR:1984:AG4739, NJ 1984, 512 (*Ontvanger/Barendregt*).

HR 25 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9329, NJ 1986, 714.

HR 4 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0097, NJ 1991, 723 (*Gelling/Jessurun*).

HR 29 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC, NJ 1994, 171 (*Van Schaik q.q./ABN AMRO*).

HR 23 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1455, NJ 1995, 27 (*Poortvliet/Zeebeleg*).

HR 22 december 1995, NJ 1996, 300.

HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2492, NJ 1998, 657, m.nt. W.M. Kleijn.

HR 12 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2524, NJ 1998, 208 (*Gemeente Stein/Driessen*).

HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2540, NJ 1998, 363, m.nt. A.R. Bloembergen (*Gemeente Apeldoorn/Duisterhof*).

HR 12 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5783, NJ 2000/412.

HR 8 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7343, NJ 2002, 199 (*Hendrikx/Peters*).

HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5583, NJ 2003, 506, (*Vos Logistics/Heipro*).

HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0168, NJ 2004, 281, m.nt. H.J. Snijders (*Oryx/Van Eesteren*).

HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6913, NJ 2004, 585 (*Kuunders/Swinkels*).

HR 25 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5383, JOR 2005, 168, m.nt. J.J. Dammingh.

HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4042, NJ 2007, 141, m.nt. C.J.H. van Brunner (*Skeelercursus*).

HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU5663, NJ 2006, 158 (*Spector/Fotoshop*).

HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610, NJ 2009, 50, m.nt. Jac. Hijma (*Ammerlaan/Enthoven*).

HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6947, NJ 2012/261, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Dix q.q./ING*).

HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0345, NJ 2013, 155 (*ANVR/IATA*).

HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, NJ 2013/214 (*Lundiform/Mexx*).

HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:95, NJ 2014, 236 (*Kenter/Slierings*).

HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, NJB 2014, 681 (*Coface/Intergamma*).

HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3072, NJ 2015/85, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Eurostrip/Newa*).

HR 31 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3072, NJ 2015/85, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1825, NJ 2015/353.

HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3013, NJ 2015, 442 (*Van den Bos/MeeGaa*).

HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, NJ 2016/290, m.nt. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*).

HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1280, NJB 2016, 1405.

Gerechtshoven

Gerechtshof Amsterdam 17 mei 1990, rolnr. 281/90 SGK, n.g.
Gerechtshof Arnhem 17 juni 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AH8810, *NJ* 2005, 135.
Gerechtshof Arnhem 15 februari 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AS7935, *LJN* AS7935.
Gerechtshof 's-Gravenhage 13 september 2007, *JOR* 2008/78 (*Alhadra/Van Rootselaar q.q.*).
Gerechtshof 's-Gravenhage 19 januari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL0046, *JA* 2010, 35.
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 december 2013, *Prg.* 2014/64.
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 mei 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1426.
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 29 juli 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2535. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4335, *NJF* 2015, 511.
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 8 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:9254.
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 8 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1819.

Rechtbanken

Rb. Leeuwarden 21 januari 2004, ECLI:NL:RBLEE:2004:AO2276.
Rb. 's-Hertogenbosch 22 november 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:BJ1472.
Rb. Utrecht 13 mei 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BI7115.
Rb. Zutphen 26 mei 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BM6031.
Rb. Utrecht 2 maart 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BR3743, *JOR* 2012, 195, m.nt. M.J.H. Orval.
Rb. Utrecht 16 maart 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ0382, *NJF* 2011/308.
Rb. Breda 7 maart 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BV8015, *JA* 2012/103.
Rb. Overijssel 16 maart 2016, ECLI:NL:ROOVE:2016:1118, *NJF* 2016/237.

V. Naslagwerken

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Asser/Hijma 7-I* 2013

J. Hijma, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Van Mierlo 3-VI 2016

A.I.M. van Mierlo (m.m.v. K.J. Krzeminski), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel VI. Zekerheidsrechten*, Deventer: Kluwer 2016.

Asser/Sieburgh 6-I 2016

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Kluwer 2016.

GS Verbintenissenrecht

R.J.Q. Klomp, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:263, aant. 1.

Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek

Nieuwenhuis, Stolker & Valk 2015 (Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek).

VI. Regelgeving

Richtlijn 93/13/EEG

Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (*PbEU* 1993, L 095).

VII. Vakliteratuur

Beenders, *WPNR* 2008, nr. 6777

D.J. Beenders, 'Informatieplicht bij algemene voorwaarden; verdeeldheid in de praktijk', *WPNR* 2008, nr. 6777.

Van Boom, *NJB* 2007, p. 982-991

W.H. van Boom, 'Effectuerend handhaven in het privaatrecht', *NJB* 2007, p. 982-991.

Van Buchem & De Man, *Onderneming en Financiering* 2012, nr. 2

F. van Buchem & B. de Man, 'De verpanding van absoluut toekomstige vorderingen', *Onderneming en Financiering* 2012, nr. 2.

Dammingh & Klomp, *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraak* 2014, nr. 7

J.J. Dammingh & R.J.Q. Klomp, 'Opschorten: lastig en riskant', *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraak* 2014, nr. 7.

Dammingh & Klomp, *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraak* 2015, nr. 3

J.J. Dammingh & R.J.Q. Klomp, 'Opschorten: lastig en riskant (vervolg)', *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraak* 2015, nr. 3.

Duyvensz, *WPNR* 2011, nr. 6878

J.H. Duyvensz, 'Exoneratie en bewuste roekeloosheid', *WPNR* 2011, nr. 6878.

Goossens, *MvV* 2013, nr. 6

A.E. Goossens, 'Uitleg en wenselijkheid van het cessie- en verpandingsverbod', *MvV* 1 augustus 2013, nr. 6.

Janssen, *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraak* 2015, nr. 4

M.A.J.G. Janssen, 'Drafting tips & skills: opschorting en verrekening', *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraak* 2015, nr. 4.

Krikke, *JutD* 2014, nr. 0135

E.E. Krikke, 'Opschorting en verrekening: twee te onderscheiden vormen van eigenrichting tot zekerheid', *JutD* 2014, nr. 0135.

Loos, *AA* 2007, nr. 56

M.B.M. Loos, 'Exoneraties in consumentenovereenkomsten', *AA* 2007, nr. 56.

Loos, *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraak* 2014, nr. 1

M.B.M. Loos, 'Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden', *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraak* 2014, nr. 1.

Mellenbergh, *MvV* 2016, nr. 9

R. Mellenbergh, 'De uitleg van onoverdraagbaarheidsbedingen aan de hand van het arrest Coface/Intergamma: (wet)systematisch of niet?', *MvV* 2016, nr. 9.

Nuijten, *JutD* 2013, nr. 0036

D.J.C. Nuijten, 'De reikwijdte van cessie- en verpandingsverboden', *JutD* 2013, nr. 0036.

Offers, *Bb* 2014, nr. 82

E.J. Offers, 'Verrekeningsverbod staat niet in de weg aan opschorting', *Bb* 2014, nr. 82.

Ruygvoorn, *Bb* 2016, nr. 63

M.R. Ruygvoorn, 'Het belang van verzekerbaarheid bij doorbraak van exoneratieclausules', *Bb* 2016, nr. 63.

Smetsers, *JutD* 2016, nr. 0095

F.F.A. Smetsers, 'Koper onder eigendomsvoorbehoud verkrijgt voorwaardelijk eigendomsrecht en kan pandrecht vestigen', *JutD* 2016, nr. 0095.

Smit, *Bb* 2014, nr. 18

A.M. Smit, 'De reikwijdte van het opschortingsrecht nader belicht', *Bb* 2014, nr. 18.

Smits & Hekman, *Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk* 2016, nr. 119

W.J.G. Smits & T. Hekman, 'Coface/Intergamma in de praktijk: schipperen tussen rechtszekerheid en financierbaarheid', *Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk* 2016, nr. 119.

Spanjaard, *Contracteren* 2014, nr. 2

J.W.M. Spanjaard, 'De uitsluiting van overdraagbaarheid van vorderingen – een kwestie van uitleg', *Contracteren* 2014, nr. 2.

Spanjaard, *Contracteren* 2015, nr. 1

J.H.M. Spanjaard, 'Uitstel is niet hetzelfde als afstel', *Contracteren* 2015, nr. 1.

Stolp, *MvV* 2011, nr. 6

M.M. Stolp, 'De kenbaarheid van opschorting', *MvV* 2011, nr. 6.

Aan den Toorn, *BV Rendement* 2011, nr. 4, p. 20-21

L. aan den Toorn, 'Schulden tegen elkaar wegstrepen', *BV Rendement* 2011, nr. 4, p. 20-21.

Van der Wiel & Houdijk, *Tvl* 2016, nr. 31

B.T.M. van der Wiel & S. Houdijk, 'Noot bij HR 3 juni 2016 (Rabobank/Reuser)', *Tvl* 2016, nr. 31.

'Eigendomsvoorbehoud Hof 's-Gravenhage 13 september 2007', *Journaal Insolventie, Financiering & Zekerheden* 2008, nr. 5.

'Obligatoire of goederenrechtelijke werking van cessieverbod hangt af van bedoeling partijen', *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraak* 2014, nr. 1.