

MONOGRAFIEËN BW

B32b Opschortingsrechten

Mr. P.T.J. Wolters

Vijfde druk

 Wolters Kluwer

Deventer – 2022

VOORWOORD

Bij de vijfde druk

De vijfde druk is de eerste druk die is bewerkt door ondergetekende. Ik heb deze wijziging aangegrepen om het boek hier en daar wat 'op te schonen'. Ik heb hierbij onder andere getracht om de structuur te versterken en enkele beschouwingen over verouderde standpunten in de literatuur te verwijderen. De versterking van de structuur uit zich bijvoorbeeld in een consistentere volgorde (eerst algemeen, dan enac) en een uitgebreidere bespreking van de algemene kenmerken van het opschortingsrecht ([8]). De nummering is daarnaast aangepast aan de nieuwe auteursinstructie. Bij enkele andere onderwerpen heb ik geprobeerd om een en ander explicieter en, tenminste voor mijzelf, duidelijker op te schrijven. Tegelijkertijd staat de inhoud van de vorige druk nog steeds als een huis. De belangrijkste inhoudelijke beschouwingen keren daarom terug in deze bewerking.

Opschortingsrechten blijven in beweging. Er is sinds de vorige druk flink wat jurisprudentie van de Hoge Raad verschenen. Deze jurisprudentie leidt hier en daar tot verfijning (zie met name [78]) en biedt voor het overige inzichtelijke voorbeelden. De ontwikkelingen in het buitenland zijn groter. Ik wijs in het bijzonder op de in [11] besproken modernisering van het Franse en Belgische recht.

Rechtspraak en literatuur tot 10 december 2021 zijn verwerkt.

Nijmegen, december 2021

P.T.J. Wolters

Bij de vierde druk

In de eerste druk van deze monografie werden zowel de opschortingsrechten als het schuldeisersverzuim besproken.

Bij gelegenheid van de tweede druk (1995) is besloten de materie over twee deeltjes te spreiden. In het onderhavige deel B-32b worden de opschortingsrechten, inclusief de *exceptio non adimpleti contractus*, behandeld. Deel B-32c is gewijd aan het schuldeisersverzuim.

In de ruim zeven jaren die sinds het uitbrengen van de derde druk (2006) zijn verstreken, is weer een behoorlijke hoeveelheid aan relevante rechtspraak en literatuur verschenen. Dat illustreert dat de figuur van de opschortingsrechten regelmatig een belangrijke rol in de rechtspraak speelt, met name bij de afwikkeling van contractuele verhoudingen. Deze rechtspraak en literatuur heeft aanleiding gegeven nieuwe beschouwingen te wijden aan de algemene vereisten voor het inroepen van een opschortingsrecht (nr. 8), aan de rol van de rechter bij het beoordelen van de door de schuldenaar gepretendeerde tegenvordering (nr. 10), en aan de vraag of de schuldenaar zijn wederpartij moet mededelen dat hij van een

opshortingsrecht gebruikmaakt (nr. 22). In verband met dit laatste onderwerp hebben de paragrafen 22 en 23 over de invloed van redelijkheid en billijkheid een gewijzigde opzet gekregen. Daarnaast zijn uiteraard talrijke kleinere aanvullingen en wijzigingen op de vorige druk aangebracht.

Opmerking verdient nog dat in het aan buitenlandse rechtsstelsels gewijde nr. 5, de beschrijvingen van het Zwitserse en Oostenrijkse recht zijn geschrapt. Volstaan wordt dus met een korte weergave van het Duitse, Franse en Belgische recht, waarna bij de afzonderlijke deelonderwerpen vooral op het Duitse recht wordt ingegaan. Daarnaast wordt aandacht geschonken aan de bepalingen van het in 2008 gepubliceerde DCFR.

Met rechtspraak en literatuur die na 1 februari 2013 is verschenen, kon geen rekening meer worden gehouden.

Waar in de tekst wordt verwezen naar wetsartikelen, wordt bedoeld op de artikelen uit Boek 6 BW, tenzij anders is aangegeven.

februari 2013

C.A. Streefkerk

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

Lijst van afkortingen / XI

Verkort aangehaalde literatuur / XIII

HOOFDSTUK I

Inleiding / 1

- 1 Algemene inleiding / 1
- 2 Beschrijving van het opschortingsrecht; terminologie / 1
- 3 Rechtsontwikkeling / 2
- 4 Systematiek / 3
- 5 Exceptio non adimpleti contractus / 3
- 6 Retentierechten / 4
- 7 Overige bepalingen / 5
- 8 Regelend recht / 6
- 9 Algemene voorwaarden / 7
- 10 Overgangsrecht / 8
- 11 Buitenlandse rechtsstelsels / 9
- 12 Rechtsgrond (I): Redelijkheid en billijkheid / 11
- 13 Rechtsgrond (II): Connexiteit / 11
- 14 Functies van de opschortingsrechten / 12
- 15 Pressiemiddel / 12
- 16 Zekerheid / 13
- 17 Maatschappelijke functies / 14
- 18 Opschorting als tijdelijke maatregel / 14

HOOFDSTUK II

Vereisten voor het opschortingsrecht / 15

- 19 Plan van behandeling / 15
- 20 Overzicht van de vereisten / 15
- 21 De uitoefening van het opschortingsrecht / 16
- 22 Stelplicht en bewijslast / 16
- 23 Opeisbare vordering / 17
- 24 Gelijk oversteken / 17

25	Vorleistung / 18
26	Uitzonderingen op het vereiste van een opeisbare vordering / 18
27	Na verjaring / 19
28	Anticipatory breach / 19
29	Onzekerheidsexceptie / 19
30	Opschorting zonder tegenvordering / 21
31	Een tegenvordering van een ander / 22
32	Processuele aspecten met betrekking tot de tegenvordering / 22
33	Tegenvordering is betwist / 22
34	Tegenvordering in andere procedure / 23
35	Tegenvordering in reconventie / 23
36	Reconventie niet vereist / 24
37	Niet-nakoming als vereiste / 25
38	Geen toerekenbaarheid, verzuim of ingebrekestelling nodig / 25
39	Verschillende vormen van niet-nakoming / 26
40	Samenhang / 26
41	Samenhang bij artikel 52 lid 1 (I): open norm / 27
42	Samenhang bij artikel 52 lid 1 (II): maatstaf / 28
43	Samenhang bij artikel 52 lid 1 (III): de in artikel 52 lid 2 vermelde toepassingen / 29
44	Samenhang bij artikel 52 lid 1 (IV): dezelfde rechtsverhouding / 29
45	Samenhang bij artikel 52 lid 1 (V): regelmatig zaken met elkaar doen / 30
46	Samenhang bij de enac (I): criterium / 31
47	Samenhang bij de enac (II): voorbeelden / 32
48	Samenhang bij de enac (III): nevenverplichtingen / 34
49	Samenhang bij de enac (IV): samenhang in een huurovereenkomst / 35

HOOFDSTUK III

Beletsel voor het opschortingsrecht / 37

50	Inleiding / 37
51	Schuldeisersverzuim / 37
52	Nakoming blijvend onmogelijk / 39
53	Geen beslag toegelaten / 39
54	Zekerheidstelling / 40
55	Aanvullende eisen aan de opschorting: redelijkheid en billijkheid / 42
56	Soms mededelingsplicht / 42
57	Proportionaliteit (I): de waarde van de prestaties en de mate van de niet-nakoming / 44
58	Proportionaliteit (II): misbruik van bevoegdheid en de belangen van de partijen / 46
59	Aard rechtsverhouding sluit opschorting uit / 47
60	Tijdsverloop / 48
61	Rechtsverwerking; klachtplicht / 48
62	Opzettelijk ongeoorloofd gedrag / 49

HOOFDSTUK IV

Opschorting en derden / 51

- 63 Categorisering / 51
- 64 Het opschortingsrecht ingeroepen jegens derden; algemeen beginsel / 51
- 65 Toepassingen / 52
- 66 Ontstaansmoment opschortingsrecht / 53
- 67 Retentierechten / 54
- 68 Overgang van (de passieve kant van) de tegenvordering / 55
- 69 Het opschortingsrecht ingeroepen door derden / 56
- 70 Schuldoverneming; passieve novatie / 56
- 71 Hoofdelijke schuldenaren / 57
- 72 Borgtocht; andere vormen van zekerheid door een derde / 57
- 73 Cessie / 58

HOOFDSTUK V

Gevolgen van opschorting / 61

- 74 De gevolgen van de bevoegdheid tot opschorten / 61
- 75 Geen tekortkoming; niet-opeisbaarheid / 62
- 76 Schuldeisersverzuim wederpartij / 63
- 77 Geen bevrijding van verbintenis / 63
- 78 Gevolgen van ongeoorloofde opschorting / 64
- 79 Gedeeltelijk ongeoorloofde opschorting / 65

Rechtspraakregister / 67

Trefwoordenregister / 69

HOOFDSTUK I

Inleiding

1 Algemene inleiding

Dit hoofdstuk geeft een overzicht van de belangrijkste kenmerken van het opschortingsrecht. Het start met een algemene beschrijving van het opschortingsrecht en zijn rechtsontwikkeling ([2] en [3]). Hierna volgt een beschrijving van de systematiek van de wettelijke regeling, de mogelijkheden om hier contractueel van af te wijken en het overgangsrecht ([4]-[10]). Ik geef in [11] vervolgens een korte beschrijving van het opschortingsrecht in enkele buitenlandse rechtsstelsels. In [12]-[18] ga ik ten slotte in op de rechtsgrond en functies van het opschortingsrecht.

2 Beschrijving van het opschortingsrecht; terminologie

Het opschortingsrecht is de bevoegdheid van een *schuldenaar* met een opeisbare vordering op zijn *wederpartij* (de *tegenvordering*) om de nakoming van zijn *verbintenis* uit te stellen totdat de wederpartij aan haar verplichting heeft voldaan. Zie ook *Asser/Sieburgh 6-I 2020/270*.

De terminologie kan verwarrend zijn. De betrokken partijen (zowel degene die zich op het opschortingsrecht beroept als degene tegen wie het wordt ingeroepen) hebben in de regel immers over en weer opeisbare vorderingen en zijn over en weer elkaars schuldeiser en schuldenaar. Het is daarom van belang om de verschillende termen consequent te gebruiken.

De wettelijke regeling van art. 6:52 BW stelt de opgeschorte (nakoming van een) *verbintenis* centraal. Zij noemt de partij die opschort daarom de *schuldenaar*. De partij tegen wie dit recht wordt ingeroepen is daarmee de *schuldeiser*. Om deze schuldeiser duidelijker te onderscheiden van de partij die opschort (de schuldenaar, die immers *ook* schuldeiser is), noem ik de schuldeiser in deze monografie de *wederpartij*. Het opschortingsrecht is gebaseerd op een opeisbare vordering van de schuldenaar op de wederpartij. Om deze vordering te onderscheiden van de verbintenis waarvan de nakoming wordt opgeschort, noem ik haar de *tegenvordering*.

De wet is overigens niet consequent. Vergelijk bijvoorbeeld art. 37b Fw, dat de opschortende partij de 'wederpartij' noemt en de schuldeiser van de opgeschorte verbintenis (de failliet) de 'schuldenaar'. Art. 6:262 BW noemt de opschortende partij de 'wederpartij' en de schuldeiser van de opgeschorte verbintenis 'een der partijen'. In deze monografie negeer ik deze inconsistenties. Het is daarom steeds de *schuldenaar* die de nakoming van zijn *verbintenis* opschort op grond van een *tegenvordering* op de *wederpartij*.

Het opschortingsrecht is de *bevoegdheid* om de nakoming van een verbintenis uit te stellen. Het enkele bestaan van de bevoegdheid heeft geen rechtsgevolgen zolang de schuldenaar zich er niet op beroept, zie ook [74].

3 Rechtsontwikkeling

De wettelijke regeling van de opschortingsrechten in het huidige BW vormt de neerslag van een rechtsontwikkeling, die zich in de loop van de vorige eeuw heeft voltrokken.

In het Burgerlijk Wetboek van 1838 waren geen bepalingen gewijd aan de opschortingsrechten in het algemeen. De wetgever had slechts enkele verspreide bepalingen opgenomen, die aan de schuldenaar het recht gaven om in bepaalde gevallen zijn prestatie op te schorten in verband met een niet-nakoming door diens wederpartij.

In de eerste plaats valt hier te denken aan de retentierechten, die aan de schuldenaar de bevoegdheid gaven om een aan de wederpartij toebehorende zaak terug te houden, zolang de wederpartij niet voldeed aan haar verplichtingen met betrekking tot die zaak. Zie onder andere art. 762 (voor de opstaller), 1205 lid 2 (pandhouder), 1766 (bewaarnemer), 1849 (lasthebber) oud BW en art. 85 K (commissionair).

In de tweede plaats verleenden enkele artikelen aan de schuldenaar de *exceptio non adimpleti contractus* (enac); dat is de bevoegdheid van de schuldenaar om bij een wederkerige overeenkomst de nakoming van zijn verbintenis op te schorten omdat de wederpartij haar daar tegenover staande verplichtingen niet nakomt. Zo bepaalde art. 1514 oud BW, dat 'de verkoper niet verplicht is het goed te leveren, indien de koper den koopprijs niet betaalt'. In HR 3 juni 1921, *NJ* 1921/937 (*Doornbos q.q./Koopmans*), werd ook aan de koper de enac toegekend op grond van art. 1550 oud BW. Voor de ruilvereenkomst golden krachtens art. 1582 oud BW dezelfde regels als bij koop en verkoop.

De rechtspraak bleef geruime tijd (op een enkele uitzondering na) vasthouden aan de opvatting dat de enac niet toegelaten mocht worden buiten de uitdrukkelijk door de wet geregelde gevallen. De schuldenaar kon dan ook niet zonder meer opschorten zonder het risico te lopen door de wederpartij wegens wanprestatie te worden aangesproken. De enige manier waarop de schuldenaar zich daartegen kon teweerstellen was door in dat geval in reconventie ontbinding van de overeenkomst te vorderen wegens de eerdere wanprestatie van de wederpartij. Zie HR 8 mei 1930, *NJ* 1930/1364 (*Maas/Vermeulen*).

Terecht voert Ruitinga, p. 39-56 als voornaamste bezwaar tegen dit systeem aan, dat aldus de schuldenaar zijn toevlucht moet zoeken tot het veel verdergaande middel van de ontbinding en dat zich zo een stelsel heeft vastgezet dat, in plaats van de uitvoering, in zeer sterke mate de ontbinding van overeenkomsten in de hand werkt. Vergelijk hieromtrent ook nog Hofmann/Abas, p. 314 e.v.; *Asser/Rutten II*, p. 346.

In de doctrine gingen er dan ook steeds meer stemmen op om de enac eveneens toe te passen buiten de gevallen waarin de wet daarvoor een direct aanknopingspunt bood. De enac doet volgens de voorstanders van deze ruime leer recht aan de onderlinge samenhang en afhankelijkheid van de wederzijdse verbintenissen uit een overeenkomst. Zie Ruitinga, p. 174-181; L.E.H. Rutten, annotatie bij HR 31 januari 1958, *NJ* 1958/97 (*Midland/De Toren*); Heyning-Plate, *passim*. Zie verder de literatuur vermeld bij Hofmann/Abas, p. 330.

Ook de rechtspraak verliet de enge opvatting steeds meer. Enerzijds werd de exceptie niet alleen erkend ingeval een der partijen bij een koopovereenkomst in het geheel niet presteerde, maar ook ingeval de geleverde prestatie niet behoorlijk of ondeugdelijk was, zij het dat de koper in dat geval verplicht was het geleverde weer ter beschikking van de verkoper te stellen. Zie bijvoorbeeld HR 1 december 1932, *NJ* 1933/787 (*Bendien/Van Engers*); HR 19 juni 1936, *NJ* 1936/1044 (*Te Lintelo/Kleysen*).

Anderzijds kwam de Hoge Raad door middel van analogische en extensieve wetsuitlegging tot de erkenning van opschortingsrechten daar waar er in het maatschappelijk verkeer behoefte aan bleek. Op het gebied van de retentierechten werd bijvoorbeeld de zaakwaarnemer gelijkgesteld met de lasthebber aan wie volgens art. 1849 oud BW een retentierecht toekwam; zie HR 10 december 1948, *NJ* 1949/122 (*Marcel Petit*). Zo kreeg ook de verkoper bij leverantiecontracten het recht om nieuwe leveringen te weigeren zolang vorige leveranties nog niet betaald waren: HR 8 maart 1946, *NJ* 1946/186 (*Westland/Van der Plas*); HR 1 maart 1963, *NJ* 1963/126 (*Straeter/Drema*).

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 30 juni 1978, *NJ* 1978/693 (*Theuissen/Verstappen*) de ruime leer aanvaard. De Hoge Raad overwoog namelijk: "De vraag of een huurder bevoegd

is de nakoming van zijn verplichting tot betaling van de huurpenningen geheel of ten dele op te schorten tot de verhuurder aan zijn onderhoudsverplichting heeft voldaan, moet worden beantwoord aan de hand van de eisen van redelijkheid en billijkheid die opgesloten liggen in de in art. 1374, lid 3 oud BW bedoelde goede trouw, zulks i.v.m. de omstandigheden van het geval." De mogelijkheid van een opschortingsrecht voor de huurder werd derhalve aanvaard, ondanks het feit dat het oude BW daarvoor geen specifieke bepaling kende. Aldus greep de Hoge Raad ook duidelijk vooruit op de regeling van de opschortingsrechten in het nieuw BW, zoals die bij Gewijzigd Ontwerp van 1976 bij de Tweede Kamer was ingediend.

Nadien heeft de Hoge Raad zowel voor als na de inwerkingtreding van het nieuwe BW de daarin neergelegde wettelijke regeling van de opschortingsrechten uitgewerkt. Te denken valt onder andere aan de arresten HR 28 juni 1985, NJ 1985/840 (*Luyer/Gemeente Amsterdam*), HR 19 februari 1988, NJ 1989/343 (*Droog/Bekaert*), HR 27 maart 1992, NJ 1992/378 (*Arel/Van de Stolpe*), HR 7 mei 1993, NJ 1993/406 (*Duijndam/De Kuiper*), HR 23 september 1994, NJ 1995/26 (*Dinjens/Vissers*), HR 28 juni 1996, NJ 1997/397 (*Hendriks/Slot q.q.*), HR 6 juni 1997, NJ 1998/128 (*Van Bommel/Ruijgrok*), HR 8 maart 2002, NJ 2002/199 (*Hendrikx/Peters*) en HR 21 september 2007, NJ 2009/50 (*Ammerlaan/Enthoven*).

4 Systematiek

In afd. 6.1.7 BW zijn alle *algemene regels* betreffende de opschortingsrechten samengebracht. Naast deze algemene wettelijke regeling zijn er nog regels voor bepaalde categorieën van opschortingsrechten. Deze bijzondere regelingen bevatten deels aanvullende en deels afwijkende bepalingen. Dit betreft met name de *exceptio non adimpleti contractus* (enac) en het retentierecht. Ten slotte bevat het BW ook verschillende op zichzelf staande bepalingen, die voor een bepaalde rechtsbetrekking een opschortingsbevoegdheid in het leven roepen of buiten twijfel stellen dat een opschortingsbevoegdheid bestaat.

5 Exceptio non adimpleti contractus

Art. 6:262-264 BW geven een bijzondere regeling voor de enac. Dit opschortingsrecht bij wederkerige overeenkomsten is een belangrijke *aanvulling* op het algemene opschortingsrecht van art. 6:52 BW. Het heeft andere voorwaarden en rechtsgevolgen.

Art. 6:262 BW creëert een *aanvullend* opschortingsrecht. Het bestaan van een *lex specialis* voor wederkerige overeenkomsten betekent niet dat het algemene opschortingsrecht van art. 6:52 BW niet kan worden ingeroepen bij wederkerige overeenkomsten. Zie bijvoorbeeld HR 17 april 2020, NJ 2020/168. Dit is in het bijzonder van belang als er bij een wederkerige overeenkomst wel is voldaan aan het samenhangcriterium van art. 6:52 BW, maar niet aan het strengere connexiteitsvereiste van art. 6:262 BW. Zie ook [44].

Het aanvullende karakter van de enac brengt daarnaast mee dat de in afd. 6.1.7 opgenomen regels van toepassing zijn voor zover daar in art. 6:262-264 BW niet van is afgeweken. Art. 6:264 BW bepaalt expliciet dat enkele bepalingen uit afd. 6.1.7 niet van toepassing zijn bij de enac.

Zie voor kritiek op de keuze van de wetgever om een aparte regeling van de enac op te nemen naast die van het algemene opschortingsrecht: R.H. Stutterheim, 'Regelzucht en de overbodigheid van de exceptio non adimpleti contractus in het Nieuw BW', in: *Om wille van de consument* (Clausingbundel 1990), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 139 e.v. en de bespreking daarvan in [46].

De enac heeft een beperkter toepassingsgebied. Dit heeft in de eerste plaats te maken met het connexiteitsvereiste. Art. 6:262 BW formuleert een exacter en nauwer criterium dan art. 6:52 BW. Er moet bij de enac sprake zijn van *tegenover elkaar staande* verplichtingen uit

een *wederkerige overeenkomst*. Het is wenselijk geoordeeld deze in de praktijk belangrijke situatie expliciet te regelen om buiten twijfel te stellen dat aan het samenhangvereiste van art. 6:52 BW is voldaan. Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 206-207 en 996. Zie ook [41]-[49] over de verschillen tussen de criteria van art. 6:52 en 262 BW. De enac is opgenomen in afd. 6.5.5 ('Wederkerige overeenkomsten'). Het bijzondere opschortingsrecht is op grond van art. 6:261 lid 2 BW echter ook van toepassing op andere rechtsbetrekkingen die strekken tot het wederzijds verrichten van prestaties.

De enac is geregeld in afd. 6.5.5 omdat zij slechts ingeroepen kan worden in het kader van *wederkerige overeenkomsten*. Blijkens art. 6:261 lid 1 BW is daarvan sprake, indien elk van beide partijen een verbintenis op zich neemt ter verkrijging van de prestatie waartoe de wederpartij zich daartegenover jegens haar verbindt. Kenmerkend is derhalve dat de wederzijdse verbintenissen van elkaar afhankelijk zijn gesteld, zodat de overeenkomst een ruil karakter draagt ('do ut des'). Het verband tussen de wederzijdse verbintenissen wordt ook aangeduid met de term 'synallagma'.

Buiten deze gevallen van wederkerige overeenkomsten in eigenlijke zin bestaan er ook rechtsverhoudingen van uiteenlopende aard die strekken tot het wederzijds verrichten van prestaties. Men denke hierbij onder andere aan de zogenoemde 'toevallig wederkerige' overeenkomsten (bijvoorbeeld de bewaarneming zonder loon, waarbij de bewaargever op grond van art. 7:601 lid 3 BW slechts verplicht is om eventuele onkosten te vergoeden) en aan het legaat tegen inbreng. Art. 6:261 lid 2 BW verklaart op deze rechtsverhoudingen de bepalingen omtrent wederkerige overeenkomsten van overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van die rechtsbetrekkingen zich daartegen niet verzet. Zie bijvoorbeeld HR 5 februari 1982, NJ 1982/457 (*Raadsveld/Wierda*) voor een toepassing van de enac bij het legaat tegen inbreng. Zie verder over de definitie van wederkerige overeenkomsten in art. 6:261 BW en de betekenis van lid 2: Parl. Gesch. Boek 6, p. 988-990; Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten* (*Mon. BW nr. B58*) 2011/22-23; Asser/Sieburgh 6-III 2018/80-83 en 680.

Art. 264 neemt bij de enac enkele beperkingen weg die voor het algemene opschortingsrecht gelden. Zo vervalt de bevoegdheid om de enac in te roepen *niet* indien de nakoming van de verbintenis van de wederpartij blijvend onmogelijk is, op de vordering van de wederpartij geen beslag is toegelaten of de wederpartij zekerheid heeft gesteld voor de voldoening van haar verbintenis; zie ook [52]-[54]. De onzekerheidsexceptie maakt het daarnaast mogelijk om al op te schorten bij een dreigende niet-nakoming, zie [29]. De enac is hierdoor een krachtiger middel dan het algemene opschortingsrecht.

Deze versterkingen van de opschortingsbevoegdheid houden vooral verband met de *nauwe samenhang tussen de verbintenissen uit een wederkerige overeenkomst*. Zie ook Parl. Gesch. Boek 6, p. 993; [46]. Deze samenhang brengt mee dat een tekortkoming van de wederpartij langs de weg van ontbinding kan leiden tot een definitief vervallen van de corresponderende verplichtingen. Vooruitlopend daarop dient de schuldenaar zijn prestatie dan ook steeds te kunnen opschorten, ook in de gevallen waarin art. 6:54 onder b en c en 55 BW het algemene opschortingsrecht uitsluiten.

6 Retentierechten

Ook *retentierechten* zijn een species van het genus opschortingsrechten. Dit blijkt duidelijk uit art. 3:290 BW, waar het retentierecht wordt omschreven als 'de bevoegdheid 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'. Overigens verwijst art. 3:290 BW naar 'de bij de wet aangegeven gevallen' om te bepalen *wanneer*

iemand een retentierecht toekomt. Daarvoor blijft men dus in eerste instantie aangewezen op het criterium van art. 6:52 BW. Ingevolge art. 6:57 BW zijn op een retentierecht in de zin van art. 3:290 BW de bepalingen van afd. 6.1.7 van toepassing, voor zover daarvan in afd. 3.10.4 niet is afgeweken.

Asser/Sieburgh 6-1 2020/271 wijst erop dat de regeling van het retentierecht slechts als bijzondere regeling ten opzichte van afd. 6.1.7 kan gelden, voor zover een retentierecht aan de omschrijving van art. 6:52 BW beantwoordt. Dit is bijvoorbeeld niet het geval wanneer de verplichting tot afgifte van een zaak niet een verbintenis in de zin van Boek 6 is, zoals bij het retentierecht van de bezitter te goeder trouw in art. 3:120 lid 3 BW (zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 881); in een dergelijk geval leent de regeling van afd. 6.1.7 zich wel voor overeenkomstige toepassing (HR 28 juni 1996, NJ 1997/397 (*Hendriks/Slot q.q.*)).

Het verschil tussen retentierechten en de overige opschortingsrechten ligt met name in het feit dat de op te schorten prestatie de afgifte van een zaak betreft.

Men spreekt bij retentierechten dan ook wel van het feit dat er *materiële of objectieve connexiteit* bestaat ('*debitum cum re junctum*'): de samenhang tussen de tegenvordering en de verplichting tot afgifte (de verbintenis) is geworteld in het object (de zaak). Bij de overige opschortingsrechten bestaat er dan *juridische of subjectieve connexiteit*: de samenhang tussen de tegenvordering en de verbintenis is vooral geworteld in de inhoud der beide verplichtingen zonder dat daarbij een zaak is betrokken. Aldus bijvoorbeeld Heyning-Plate, p. 148, 179 en 185. Mijns inziens is hier geen wezenlijk onderscheid aan de orde. Het uit het oude recht stammende *debitum cum re junctum*-vereiste heeft dan ook thans afgedaan; zie Fesevur, *Voorrechten en retentierecht (Mon. BW nr. B13)* 2017/15. Dit blijkt bijvoorbeeld al uit het feit dat ook het bestaan van een retentierecht in beginsel getoetst moet worden aan het algemene criterium van art. 6:52 BW. Slechts voor wat betreft de inhoud van de op te schorten verbintenis kan onderscheiden worden naar gelang het de afgifte van een zaak betreft dan wel een andere verplichting. Dit beïnvloedt het connexiteitsvereiste niet, maar rechtvaardigt hooguit enkele bepalingen over de 'goederenrechtelijke' aspecten van het retentierecht. Zo wordt bijvoorbeeld de algemene regel van art. 6:53 BW voor situaties waarin het opschortingsrecht een retentierecht betreft, genuanceerd door art. 3:291 BW en wordt aan de retentor een verhaalsrecht met voorrang toegekend in art. 3:292 BW. Voor het overige blijft afd. 6.1.7 echter integraal op retentierechten van toepassing, zie art. 6:57 BW; Heilbron, *Retentierecht en uitwinning (O&R nr. 110)* 2019/15. Voor de toepassing van het internationaal privaatrecht brengt het hybride karakter van het retentierecht (een verbintenisrechtelijk opschortingsrecht met goederenrechtelijke kenmerken) mee dat de inhoud en het bestaan van het recht worden beheerst door het recht dat de daaraan ten grondslag liggende rechtsverhouding beheerst (*lex causae*), terwijl het slechts geldend kan worden gemaakt voor zover het recht van de staat op welks grondgebied de zaak zich bevindt (*lex rei sitae*) dit toelaat: art. 10:129 BW; HR 7 januari 2000, NJ 2001/406 (*Leyland DAF/De Rooy*) (in de context van art. 10 lid 1 sub c EVO); Heilbron, *Retentierecht en uitwinning (O&R nr. 110)* 2019/13; *Asser/Kramer & Verhagen 10-III* 2015/550. Het verschilt in dit opzicht van een algemeen opschortingsrecht.

7 Overige bepalingen

Het opnemen van een groot aantal *op zichzelf staande bepalingen* die een opschortingsrecht verlenen voor een bepaalde rechtsverhouding of situatie, is geschied om de schuldenaar in staat te stellen zelf in de wet te lezen dat hij de nakoming van zijn verbintenis mag opschorten. Aldus Parl. Gesch. Boek 6, p. 204.

De meeste van deze bepalingen betreffen een retentierecht. Vergelijk het overzicht bij Fesevur, *Voorrechten en retentierecht (Mon. BW nr. B13) 2017/16*.

Soms zal ook op grond van art. 6:262 BW een retentierecht aangenomen kunnen worden. Parl. Gesch. Boek 6, p. 218 noemt het voorbeeld van een verkoper die de koopsom nog niet heeft ontvangen, maar wel reeds de eigendom via een levering-*constitutum possessorium* heeft overgedragen. Hier heeft de verkoper derhalve een retentierecht waarop niet alleen afd. 3.10.4 en 6.1.7 van toepassing zijn, maar ook de afwijkingen van art. 6:264 BW.

Daarnaast zijn er enkele specifieke bepalingen die geen retentierecht betreffen. Zo geeft art. 6:37 BW een opschortingsrecht aan de schuldenaar die op redelijke gronden twijfelt over de vraag aan wie de betaling moet geschieden en art. 7:27 BW aan de koper die gestoord wordt of dreigt te worden door een vordering tot uitwinning. Zie verder de artikelen genoemd bij Van Leuken, Van de Moosdijk & Tweehuysen, *Hartkamps Compendium van het vermogensrecht 2017/355*, onder d en e.

Al deze op zichzelf staande bepalingen kunnen beschouwd worden als *leges speciales* ten opzichte van art. 6:52 lid 1 BW; vergelijk Parl. Gesch. Boek 6, p. 204. Zij stellen derhalve buiten twijfel dat er in het genoemde geval voldoende samenhang bestaat om opschorting te rechtvaardigen (of dat die eis niet geldt, zoals bij art. 6:37 BW). Voor het overige blijft afd. 6.1.7 deze opschortingsbevoegdheid beheersen. Voor zover het een retentierecht of enac betreft, zijn tevens afd. 3.10.4 resp. art. 6:262-264 BW van toepassing.

8 Regelend recht

De wettelijke bepalingen betreffende de opschortingsrechten vormen aanvullend (regelend) recht. Partijen kunnen door middel van mondelinge of schriftelijke afspraken anders overeenkomen. De afwijking van de wettelijke regeling behoeft niet met zoveel woorden in een overeenkomst te zijn opgenomen. Het hangt van uitleg van de overeenkomst af, of en in welke opzichten van de wettelijke regeling is afgeweken: HR 21 december 2012, *NJ 2013/155 (ANVR/IATA)*.

In de eerste plaats is het mogelijk om (een der) partijen een bevoegdheid tot opschorting te verlenen in gevallen waarin deze bevoegdheid volgens de wettelijke regeling niet bestaat.

Dit kan geschieden door de vereisten die de wet voor het opschortingsrecht noemt te versoepelen (bijvoorbeeld door geen samenhang te eisen tussen de wederzijdse verbin-tenissen), of door wettelijke beletselen te ecarteren (bijvoorbeeld door te bepalen dat een opschortingsrecht niet vervalt ten gevolge van zekerheidstelling).

De wettelijke regeling is op deze 'contractueel bepaalde' opschortingsrechten van toepassing voor zover daarvan bij de overeenkomst niet is afgeweken. Zo zal het opschortingsrecht ook ingeroepen kunnen worden tegen de schuldeisers van de wederpartij (zie art. 6:53 BW, waarover [63]). Vergelijk in deze zin in de context van contractuele verrekening HR 20 januari 1984, *NJ 1984/512 (Ontvanger/Barendregt)*. Zie ook De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen (SBR 4) 2018/142*.

Alleen met betrekking tot de retentierechten merkt Parl. Gesch. Boek 3, p. 882 op dat de bepalingen van afd. 3.10.4 niet van toepassing zijn op een contractuele bevoegdheid tot terughouding. Zie ook Fesevur, *Voorrechten en retentierecht (Mon. BW nr. B13) 2017/26*; Asser/*Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/520*. Dit lijkt mij gerechtvaardigd vanwege de 'goederen-rechtelijke' rechtsgevolgen die afd. 3.10.4 aan een retentierecht koppelt. Deze rechtvaardiging heeft echter geen betrekking op de toepasselijkheid van afd. 6.1.7. De algemene rechtsgevolgen van opschorting zijn daarom wel van toepassing op een contractueel retentierecht.

Een voorbeeld: A heeft een vuistloos pandrecht op onder andere de bedrijfsauto van B. Op zijn beurt verhuurt B de auto gedurende een maand aan C, waarbij C bedingt dat hij

de auto pas behoeft terug te geven nadat B een oude schuld van f 10.000 aan hem heeft voldaan. In de relatie B-C is hier sprake van een geldig contractueel retentierecht. C zal zijn retentierecht echter niet met een beroep op art. 3:291 lid 2 BW tegen A kunnen inroepen, nu het retentierecht niet uit de wet voortvloeit. Het zakelijk recht van A gaat hier voor (zelfs als het ontstaan zou zijn *na* het retentierecht). Wel zal C zijn retentierecht kunnen inroepen tegen (andere) schuldeisers van B die onder C beslag leggen op de auto en die zich niet op een zakelijk recht kunnen beroepen. De 'contractuele' opschortingsgerechtigde trekt hier krachtens art. 6:53 BW aan het langste eind. Vergelijk weer HR 20 januari 1984, NJ 1984/512 (*Ontvanger/Barendregt*). In dezelfde zin Fesevur, *Retentierecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1988, p. 219-225; Fesevur, *Voorrechten en retentierecht* (*Mon. BW nr. B13*) 2017/26. Volgens Asser/*Van Mierlo & Krzeminski* 3-VI 2020/521 is art. 6:53 BW echter niet van toepassing op een bedongen retentierecht.

In de tweede plaats kan langs contractuele weg een opschortingsbevoegdheid die volgens de wettelijke regeling aanwezig is, uitgesloten of beperkt worden.

Bij beperking denke men bijvoorbeeld aan een beding dat bepaalt dat de opschortingsbevoegdheid slechts bestaat bij een ondeugdelijke nakoming van de wederpartij. Vergelijk voor retentierechten Fesevur, *Voorrechten en retentierecht* (*Mon. BW nr. B13*) 2017/27.

Het beding dat de schuldenaar zijn prestatie 'zonder enige korting of verrekening' moet verrichten, sluit een opschortingsbevoegdheid niet uit, omdat opschorting niet gelijkgesteld kan worden met korting of verrekening. HR 8 december 2006, RvdW 2006/1151 (*X/City Centrum*). Zie ook HR 31 oktober 2014, NJ 2015/85 (*Eurostrip/Velenturf q.q.*), waarover [15]. Dit kan echter anders zijn indien de exceptie uitsluitend wordt ingeroepen ter inleiding van een voorgenomen korting of verrekening. Zie aldus HR 25 februari 1994, NJ 1994/451 (*Post/Van Kampen*).

9 Algemene voorwaarden

Uiteraard zijn de mogelijkheden om bij overeenkomst – in uitbreidende of beperkende zin – van de wettelijke regeling af te wijken onderworpen aan andere regels daaromtrent. Men denke in dit verband met name aan afd. 6.5.3 betreffende algemene voorwaarden, en in het bijzonder aan art. 6:236 sub c BW. Een beding in de algemene voorwaarden van een consumentenovereenkomst dat in het nadeel van de consument afwijkt van de wettelijke regeling van opschorting is onredelijk bezwarend.

Krachtens art. 6:236 sub c BW wordt een in algemene voorwaarden voorkomend beding, dat een volgens de wet aan een consument toekomende bevoegdheid tot opschorting van de nakoming uitsluit of beperkt, als onredelijk bezwarend aangemerkt. Hetzelfde geldt indien de gebruiker van algemene voorwaarden zich daarin jegens een consument een verdergaande bevoegdheid tot opschorting bedingt dan hem volgens de wet toekomt. Bedingen met deze inhoud zijn zonder meer vernietigbaar.

Bedingen die de opschortingsbevoegdheid van de consument beperken zijn ook opgenomen op de bijlage bij Richtlijn 93/13/EEG (de 'blauwe' of 'indicatieve' lijst). Onderdeel o bestempelt bedingen om 'de consument te verplichten al zijn verbintenissen na te komen, zelfs wanneer de verkoper zijn verbintenissen niet uitvoert' als beding dat als oneerlijk kan worden aangemerkt. Daarnaast bevat onderdeel b een algemenere bepaling. Het ziet op alle bedingen die de wettelijke rechten van de consument met betrekking tot de *wanprestatie of gebrekkige uitvoering* van de verkoper beperken. Opschorting vereist echter slechts niet-nakoming (zie [37]). Onderdeel b is dus niet van toepassing op een beding dat de opschortingsbevoegdheid alleen beperkt in gevallen waarin er geen sprake is van een tekortkoming of wanprestatie. De opname op de blauwe lijst leidt niet automatisch tot de conclusie dat een beding oneerlijk is. Het vormt echter een 'wezenlijk aspect' bij de beoordeling. Zie onder andere HvJ EU

26 april 2012, C-472/10, ECLI:EU:2012:242 (*Invitel*); R.H.C. Jongeneel, 'De blauwe lijst', in: Wessels & Jongeneel, *Algemene voorwaarden (R&P nr. CA1)* 2017/13.1.

Art. 6:236 sub c BW heeft geen betrekking op een beding omtrent de volgorde waarin de prestaties moeten worden verricht. Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1693; R.H.C. Jongeneel, 'De zwarte lijst', in: Wessels & Jongeneel, *Algemene voorwaarden (R&P nr. CA1)* 2017/11.5. Men denke in het bijzonder aan een beding dat de consument tot vooruitbetaling verplicht. Aan een opschortingsrecht komt men dan immers niet toe; vergelijk [25]. Hierbij past echter de kanttekening dat een dergelijk beding wel vernietigbaar is voor zover het de koper bij een consumentenkoop verplicht tot vooruitbetaling van meer dan de helft van de prijs: art. 7:26 lid 2 BW jo. art. 7:6 lid 2 BW. Bovendien is het mogelijk dat een beding omtrent vooruitbetaling op grond van de algemene norm van art. 6:233 sub a BW vernietigbaar is. Zie omtrent een en ander ook C.C.J. Aarts, 'Enkele opschortingsrechten in algemene voorwaarden getoetst aan de criteria van het NBW', in: W.C.L. van der Grinten e.a. (red.), *Onderneming en nieuw burgerlijk recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 301-310.

Krachtens art. 6:236 sub f BW is ten slotte vernietigbaar een beding dat ten nadele van de consument afwijkt van art. 6:145 BW. Hiervan is onder andere sprake bij een beding dat bepaalt dat een consument zijn recht op opschorting niet mag uitoefenen tegen een derde die de rechten van de gebruiker heeft overgenomen (vergelijk [63]).

Art. 6:236 sub c en f en art. 7:6 lid 2 BW gelden alleen in overeenkomsten tussen een professionele gebruiker en een consument. De rechter is in consumentenovereenkomsten bovendien verplicht om de algemene voorwaarden ambtshalve te toetsen en, indien onredelijk bezwarend, te vernietigen: HR 13 september 2013, NJ 2014/274 (*Heesakkers/Voets*); *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/479. In overeenkomsten tussen twee professionele partijen (of twee consumenten) kan een contractuele regeling van opschortingsrechten slechts worden getoetst op grond van de algemene norm van art. 6:233 sub a BW. Hierbij kan wel een zekere reflexwerking uitgaan van art. 6:236 sub c BW. Het feit dat contractuele opschortingsregelingen in het nadeel van de consument op de zwarte lijst staan, is een aanwijzing dat zij ook jegens een professionele 'wederpartij' (in de betekenis van art. 6:236 sub c BW) onredelijk bezwarend kunnen zijn. Dit speelt in het bijzonder indien de wederpartij zich in een zwakkere, op die van een consument gelijkende, positie bevindt. Zie onder andere Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1662; *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/502.

Afd. 6.5.3 is niet van toepassing op een contractuele regeling van opschortingsrechten die geen onderdeel is van de algemene voorwaarden in de zin van art. 6:231 sub a BW. Een afwijking van de wettelijke regeling van opschorting in het nadeel van de consument wordt bovendien niet belet door art. 7:6 lid 1 BW, nu het recht van opschorting ook kan bestaan zonder dat er sprake is van een *tekortkoming* van de schuldeiser. Zie Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 71; [37]. Kritisch daarover *Asser/Hijma 7-I* 2019/132 en 577. Een dergelijke bescherming van de consument-koper wordt ook niet voorgeschreven door het Europese recht, zie in het bijzonder overweging 18 en art. 3 lid 6 Richtlijn (EU) 2019/771.

10 Overgangsrecht

Ingevolge art. 180 Overgangswet Nieuw BW bepaalt het BW van zijn inwerkingtreding af of een opschortingsbevoegdheid, een retentierecht daaronder begrepen, bestaat. De regeling van de opschortingsrechten in het huidige BW heeft derhalve onmiddellijke werking.

Onmiddellijke werking levert hier geen problemen op, aangezien tussen oud en huidig recht op dit gebied geen wezenlijke verschillen bestaan. De rechtspraak heeft immers onder vigeur van het oude recht sedert 1978 reeds geanticipeerd op de regeling in het huidige BW; zie [3] en uitgebreider [4] in de eerste druk van deze monografie (1987). Zie ook Parl. Gesch. Inv. Overgangsrecht, p. 156, p. 179-181 (onder c), p. 276 e.v. (afd. 3.10.4) en p. 306 (afd. 6.1.7), en de algemene opmerkingen op p. 16 e.v. over wettelijke bevoegdheden.

11 Buitenlandse rechtsstelsels

Hieronder volgt een korte beschrijving van het in Frankrijk, België en Duitsland geldende recht betreffende de enac en eventuele andere opschortingsrechten. Ik volsta hier met een weergave van de hoofdlijnen; wie zich verder wil oriënteren kan onder andere gebruik maken van de hieronder vermelde literatuur.

In het vervolg zal bij de behandeling van specifieke deelonderwerpen nader op het buitenlandse recht worden ingegaan. Tevens zal daarbij aandacht geschonken worden aan de regelingen in het CISG en het DCFR.

Zie voor een algemeen rechtsvergelijkend overzicht van de Europese rechtsstelsels ook Hesselink, p. 283-304; DCFR 2010, p. 846-850, beide met veel verdere verwijzingen.

Frankrijk

Het stelsel van het Franse recht leek tot 2016 sterk op dat van ons oud BW. Art. 1612 en 1613 CC kennen de enac en onzekerheidsexceptie toe aan de verkoper. Art. 1651 CC bepaalt dat de koper dient te betalen op het moment van de levering. Art. 1948 CC kent een soortgelijke bepaling voor de bewaargeving. Door de rechtspraak zijn deze bepalingen uitgebreid tot alle wederkerige overeenkomsten en andere (pseudo)synallagmatische verhoudingen, zoals de verhouding tussen partijen die over en weer restitutievorderingen hebben uit hoofde van een ontbonden of (ver)nietig(d)e overeenkomst. Daarnaast zijn er bepalingen die een retentierecht geven aan verschillende schuldeisers, ter zake van vorderingen met betrekking tot in hun macht verkerende zaken. Maar ook wordt het retentierecht erkend in gevallen, waarin de vordering van de schuldeiser niet direct op de achtergehouden zaak betrekking heeft, maar wel is ontstaan uit dezelfde overeenkomst op grond waarvan de schuldeiser de zaak van de wederpartij onder zich heeft. Zie uitgebreider en met verwijzingen naar oudere literatuur Streefkerk, *Opschortingsrechten (Mon. BW nr. 32b)* 2013/5.

De regeling van opschorting is gemoderniseerd bij de herziening van het Franse verbintenissenrecht in 2016. Hoewel de genoemde art. 1612, 1613, 1651 en 1948 CC zijn gehandhaafd, introduceren art. 1219 en 1220 CC een algemene regeling van opschorting in *contractuele* verhoudingen (de bepalingen zijn opgenomen in het '*chapitre*' '*Les effets du contrat*'). Het recht op opschorting kan echter nog steeds ook worden toegepast bij andere (pseudo)synallagmatische verhoudingen. Art. 1219 CC formuleert een algemeen contractueel opschortingsrecht (enac). Art. 1220 CC bevat daarnaast de onzekerheidsexceptie. Beide vormen van opschorting bestaan slechts als de (toekomstige) tekortkoming van de schuldeiser voldoende serieus is. Voor het overige bevatten de artikelen geen details. Zij stellen bijvoorbeeld geen strenge eisen aan de connexiteit. Dat de verplichtingen voortvloeien uit dezelfde overeenkomst is, anders dan in Nederland, ook voor de onzekerheidsexceptie voldoende. Zie voor een uitgebreidere analyse van deze artikelen ook P. Malaurie, L. Aynès & P. Stoffel-Munck, *Droit des Obligations*, Issy-lex-Moulineaux: LGDJ 2016, nr. 873-878; T. Genicon, 'The Exception d'*Inexécution*', in: J. Cartwright & S. Whittaker (red.), *The Code Napoléon Rewritten. French Contract Law after the 2016 Reforms*, Oxford: Hart 2017, p. 291-315; F. Terré e.a., *Droit civil. Les obligations*, Parijs: Dalloz 2019, nr. 761-773.

België

Evenals ons oud BW erkent het huidige Belgische BW slechts voor de koopovereenkomst de enac (zie art. 1612 BW). Maar rechtspraak en literatuur hebben deze bepaling eensgezind uitgebreid tot alle wederkerige overeenkomsten, vanwege de onderlinge afhankelijkheid van de wederzijdse prestaties. Bovendien kan de enac ook worden ingeroepen in onvolmaakt wederkerige overeenkomsten en de rechtsverhouding die ontstaat na de vernietiging of ontbinding van een overeenkomst.

De enac wordt in beginsel echter slechts toegelaten bij een 'schuldige tekortkoming' (wanprestatie) van de wederpartij. Een ingebrekestelling is in beginsel niet nodig, maar kan noodzakelijk zijn bij twijfel over het bestaan van een tekortkoming. Zie over deze kwesties W. van Gerven & A. Van Oevelen, *Verbintenissenrecht*, Leuven: Acco 2015, p. 210-212; S.

Stijns, *Verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge: Die Keure 2015, nr. 293. Vergelijk M.E. Storme, 'De exceptio non adimpleti contractus als uitlegvraag', *RW* 1989-1990, afl. 10, p. 319.

Het retentierecht wordt erkend in die gevallen, waarin de bezitter van een zaak deze bij zich mag houden totdat hij betaling verkrijgt van een schuld die de eigenaar tegenover hem met betrekking tot die zaak te vereffenen heeft. De onzekerheidsexceptie (in België ook 'exceptio timoris' genoemd) is in de wet slechts geregeld voor een tweetal bijzondere situaties bij de koopovereenkomst (art. 1613 en 1653 BW).

Zie voor literatuur over opschorting in het huidige Belgische recht C. Cauffman, 'Opschortingsrechten bij niet-nakoming', in: J.M. Smits & S. Stijns (red.), *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2000, p. 141-171; L. Cornelis, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen: Intersentia 2000, nr. 367-375; B. Dubuisson & J.-M. Trigaux, 'L'exception d'inexécution en droit belge', in: M. Fontaine & G. Viney (red.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Brussel: Bruylant 2001, p. 57-111; E. Swaenepoel, 'Bedingen over de exceptie van niet-uitvoering', in: S. Stijns & K. Vanderschot (red.), *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 133-155; A. van Oevelen, 'Schorsing van verbintenissen en overeenkomsten krachtens de exceptie van niet-uitvoering en het retentierecht', in: A. De Boeck, S. Stijns & R. Van Ransbeeck (red.), *Schorsing van verbintenissen en overeenkomsten*, Brugge: Die Keure 2010, p. 15-56.

België is bezig met de invoering van een nieuw Burgerlijk Wetboek. Het op het moment van schrijven recentste voorstel voor boek 5 'Verbintenissen' is op 24 februari 2021 ingediend. Art. 5.239 van dit voorstel bevat een algemeen, en dus ook buitencontractueel, recht op opschorting. Op grond van § 1 kan in een wederkerige rechtsverhouding de (in de terminologie van het voorstel) schuldeiser zijn eigen verbintenis opschorten totdat de schuldenaar de zijne uitvoert of aanbiedt ze uit te voeren. De onzekerheidsexceptie is opgenomen in § 2. Het voorstel bevat geen bijzondere regels voor opschorting in contractuele situaties. Art. 5.98 in de afdeling 'Niet-nakoming van de contractuele verbintenis en gevolgen' verwijst slechts naar art. 5.239.

De systematiek van het voorstel suggereert dat het recht op opschorting, net als onder het huidige recht, slechts beschikbaar is bij een *toerekenbare* niet-nakoming. Art. 5.224 noemt opschorting als een van de sancties die beschikbaar zijn bij een toerekenbare niet-nakoming. Bovendien staat art. 5:98 in de onderafdeling 'Toerekenbare niet-nakoming van de schuldenaar'. Zie over de onzekerheidsexceptie ook S. Jansen & S. Van Loock, 'Het nieuwe verbintenissenrecht: de uitwerking van het contract tussen partijen en jegens derden en de gevolgen van het toerekenbaar en ontoerekenbaar niet nakomen', in: S. Stijns (red.), *Verbintenissenrecht*, Brugge: Die Keure 2019, p. 107-110.

Duitsland

Bij de herziening van het Duitse verbintenissenrecht die op 1 januari 2002 in werking is getreden, is de wettelijke regeling van de opschortingsrechten in het BGB grotendeels omgewijzigd gebleven. Die wettelijke regeling, met enerzijds een algemeen opschortingsrecht en anderzijds een bijzonder opschortingsrecht voor wederkerige overeenkomsten, heeft model gestaan voor de systematiek van het Nederlandse wetboek.

§ 273 BGB geeft aan de schuldenaar een algemeen 'Zurückbehaltungsrecht' totdat hij de hem toekomende prestatie ontvangt, indien zijn verplichting uit dezelfde rechtsverhouding voortvloeit als zijn opeisbare vordering op de schuldeiser. Indien de verplichting de afgifte van een zaak betreft, is het een retentierecht. Lid 2 geeft bovendien een retentierecht aan degene die de zaak moet afgeven, wanneer hij een vordering op zijn schuldeiser heeft ter zake van voor de zaak gemaakte kosten of door de zaak veroorzaakte schade, tenzij de schuldenaar de zaak door een opzettelijk ongeoorloofde handeling verkregen heeft. Lid 3 bepaalt ten slotte dat het opschortingsrecht (inclusief retentierecht) vervalt tegen zekerheidstelling; alleen zekerheidstelling door middel van borgtocht is uitgesloten, omdat die minder betrouwbaar zou zijn dan een zakelijke zekerheid.

Daarnaast verleent § 320 BGB de enac ('*Einrede des nichterfüllten Vertrages*') aan de schuldenaar in een wederkerige overeenkomst. Deze '*Einrede*' kan niet door zekerheidstelling ontkracht worden. § 321 BGB bepaalt bovendien dat de schuldenaar in een wederkerige overeenkomst die het eerst moet presteren ('*Vorleistungspflicht*'), zijn prestatie mag