

in de sleutel van uitleg van de Clausule. Ook dat valt te begrijpen. Immers, ik betwijfel of de wetenschap dat verbintenisrechtelijke kwesties betreffende pandaktes uitgelegd dienen te worden volgens de Haviltex-maatstaf (zie HR 20 september 2002, «JOR» 2002/210, m.nt. NEDF (*ING Bank/Muller q.q.*) en HR 16 mei 2003, «JOR» 2003/184 (*De Liser de Morsain/Rabobank*)), het hof een duidelijk sprekend kompas opgeleverd zou hebben. Of is de Haviltex-maatstaf zo fluïde (alles kan en mag) dat een standaardbepaling in algemene voorwaarden waarover niet nader is gecommuniceerd, een betekenis verkrijgt die volledig afhangt van de hoedanigheid van één der partijen op enig moment in de relatie? Een en ander betekent intussen dat bij een enigszins ander feitencomplex dan dat van deze procedure, een rechtbank of hof tot een andere duiding van een bepaling als de Clausule zou kunnen komen. En dus blijft urgent dat banken steeds weer structuur en type van zekerheden nauwgezet en specifiek voor het geval formuleren, zeker wanneer de enige zekerheid bestaat uit een pandrecht op aandelen.

mr. R.I.V.F. Bertrams
Of counsel AKD

22

Afspraak tot meerpartijenverrekening is faillissementsbestendig

Hoge Raad
15 november 2019, nr. 18/01582,
ECLI:NL:HR:2019:1789
(mr. Streefkerk, mr. Polak, mr. Tanja-van den Broek, mr. Sieburgh, mr. Wattendorff)
(Concl. A-G Valk)
Noot prof. mr. N.E.D. Faber

Verrekening tijdens faillissement. Meerpartijenverrekening. Wederkerigheidsvereiste van art. 53 Fw is geen dwingend recht. Contractuele uitbreiding verrekeningsbevoegdheid, waarbij van het wederkerigheidsvereiste is afgeweken, behoudt werking in faillissement. Cassatie van Hof 's-Hertogenbosch 23 januari 2018, «JOR» 2018/134, m.nt. NEDF.

[Fw art. 53; BW art. 6:127]

Art. 53 lid 1 Fw bepaalt dat hij die zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is, zijn schuld met zijn vordering op de gefailleerde kan verrekenen, indien beide zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen, vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht. Deze bepaling heeft tot doel dat een schuldeiser van de gefailleerde die tevens schuldenaar is van de gefailleerde, zeker kan zijn van voldoening van zijn vordering door zijn schuld in verrekening te brengen. Buiten faillissement kunnen partijen de in art. 6:127 BW geregelde verrekeningsbevoegdheid rechtsgeldig uitbreiden door overeen te komen dat verrekening kan plaatsvinden ook indien zij niet over en weer elkaars schuldeiser en schuldenaar zijn. Er bestaat geen grond om aan een dergelijke overeenkomst haar werking te ontnemen indien een van hen later in staat van faillissement wordt verklaard. Zodanige overeenkomst past bij de zekerheidsfunctie van verrekening en strookt daarom met het zojuist vermelde doel van art. 53 Fw. Het wederkerigheidsvereiste in art. 53 Fw kan daarom niet worden aangemerkt als dwingend recht. Art. 53 Fw staat dan ook niet eraan in de weg dat de weder-

partij van de partij die in staat van faillissement is verklaard, een beroep doet op een voor de datum van de faillietverklaring tussen hen overeengekomen beding waarbij de bevoegdheid tot verrekening van vorderingen en schulden die voor de datum van de faillietverklaring zijn ontstaan of die voortvloeien uit rechtsverhoudingen die op die datum reeds bestonden, ten behoeve van die wederpartij contractueel is uitgebreid. Die contractuele uitbreiding kan inhouden dat de wederpartij bevoegd is haar schuld te verrekenen met een vordering die een andere partij heeft op een ander dan de failliet.

X BV,

eiseres tot cassatie,

advocaat: mr. R.T. Wiegerink,

tegen

Y BV,

verweerster in cassatie,

advocaat: mr. P.S. Kamminga.

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Valk)

1. Inleiding en samenvatting

1.1. In deze zaak staat centraal de figuur van een afspraak tussen de schuldenaar en de schuldeiser volgens welke ook vorderingen op een andere aan de schuldeiser gelieerde (rechts)persoon met schulden van de schuldenaar, en eventueel ook met schulden van een andere (rechts)persoon, mogen worden verrekend (meerpartijenverrekening). De principiële vraag is aan de orde of een dergelijke afspraak ook in faillissement standhoudt. Volgens het arrest van het hof moet art. 53 Fw aldus worden uitgelegd, dat dit niet het geval is.

1.2. Mijns inziens slaagt de tegen het oordeel van het hof gerichte rechtsklacht van het middel.

2. Feiten en procesverloop

2.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan:¹

(i) [verweerster] is een holdingmaatschappij; zij is de moedermaatschappij van [A] B.V. (hierna: [A]) en [B] B.V., handelend onder de naam [B] B.V. (hierna: [B]).

(ii) [A] en [B] zijn op 28 januari 2014 in staat van faillissement verklaard.

(iii) In de periode van medio 2012 tot aan het faillissement van voormelde vennootschappen heeft [A] producten en diensten geleverd aan [eiseres] en in verband daarmee facturen aan [eiseres] gezonden. [C] B.V. (hierna: [C]) heeft in de genoemde periode producten en diensten geleverd aan [B] en in verband daarmee facturen aan [B] gezonden.

(iv) Ten tijde van het faillissement van [A] had deze vennootschap vorderingen op [eiseres] ten bedrage in totaal € 42.724,64.

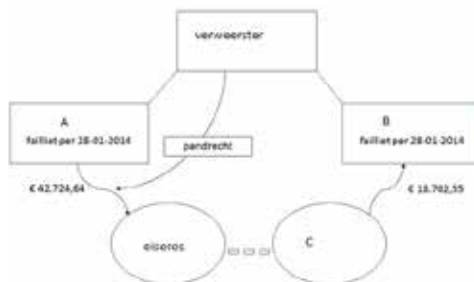
(v) [verweerster] is pandhoudster met betrekking tot deze vorderingen op [eiseres].

(vi) [verweerster] heeft als pandhoudster [eiseres] aangesproken tot betaling van voormelde schuld van € 42.724,64.

(vii) [eiseres] heeft op 31 maart 2014 in mindering op voormelde schuld een bedrag van € 24.022,09 aan [verweerster] betaald.

(viii) Het restant van de schuld ad € 18.702,55 is door [eiseres] niet betaald omdat zij dit bedrag heeft verrekend met een factuur van [C], gericht aan [B] d.d. 23 januari 2014 ten bedrage van € 18.702,55.

(ix) Deze feiten laten zich als volgt weergeven (toevoeging A-G):



2.2. [verweerster] heeft in eerste aanleg veroordeling van [eiseres] gevorderd tot betaling van € 18.702,55, met nevenvorderingen. [eiseres] heeft zich verweerd met een beroep op verrekening, waarbij zij stelde dat tussen haar en [A] en [B] de afspraak gold dat de facturen van [A] aan [eiseres] verrekend zouden worden met de facturen van [C] aan [B] en omgekeerd. Bij tussenvonnis 3 februari 2016 heeft de kantonrechter van de rechtbank Limburg aan [eiseres] het bewijs van de gestelde afspraak opgedragen. Bij eindvonnis van 28 september 2016, gedeeltelijk hersteld bij von-

1 Vergelijk het arrest van het hof van 23 januari 2018 onder 3.1.1-3.1.8.

nis van 19 oktober 2016, heeft de kantonrechter geoordeeld dat [eiseres] niet is geslaagd in het haar opgedragen bewijs en is [eiseres] veroordeeld tot betaling van € 18.702,55, vermeerderd met onder meer wettelijke handelsrente.

2.3. In hoger beroep heeft het gerechtshof 's-Hertogenbosch bij arrest van 23 januari 2018 de vonnissen waarvan beroep bekrachtigd. De dragende overwegingen van dit arrest luiden:

“3.8. De grieven van [eiseres] houden in dat de kantonrechter in het eindvonnis van 28 september 2016 ten onrechte heeft geoordeeld dat [eiseres] de bewijslast draagt van de door [eiseres] gestelde kruislingse verrekenafpraak en eveneens ten onrechte heeft geoordeeld dat [eiseres] niet geslaagd is in het bijbrengen van genoegzaam bewijs voor het bestaan van de gestelde afspraak.

3.9. Naar het oordeel van het hof faalt de grief dat de kantonrechter heeft geoordeeld dat [eiseres] de bewijslast draagt van de door haar gestelde kruislingse verrekenafpraak. Immers: [eiseres] heeft zich tegen de vordering van [verweerster] verweerd met de stelling dat zij gerechtigd was te verrekenen, gelet op de gemaakte afspraak tot kruislingse verrekening. Dit is een zelfstandig verweer waarvan de bewijslast ingevolge artikel 150 Rv bij haar berust.

3.10. Een oordeel van het hof met betrekking tot de grief dat de kantonrechter ten onrechte zou hebben geoordeeld dat [eiseres] niet is geslaagd in het bijbrengen van genoegzaam bewijs voor het bestaan van de gestelde afspraak kan achterwege blijven gelet op het volgende.

[verweerster] heeft in eerste aanleg en in hoger beroep aangevoerd dat, zelfs in het geval een afspraak zou gelden zoals door [eiseres] is gesteld, de door [eiseres] op 31 maart 2014 toegepaste verrekening niet toelaatbaar was omdat [A] in staat van faillissement verkeerde en kruislingse verrekening zoals hier aan de orde niet toelaatbaar is in een faillissementsituatie, dit gelet op het bepaalde in artikel 53 Faillissementswet, welk artikel aan verrekening in een faillissementsituatie de eis stelt (onder meer) dat degene die zich op verrekening beroept zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is, aan welke eis in dit geval niet is voldaan. Immers: [eiseres] was wel schuldenaar van [A] maar geen schuldeiser van diezelfde vennootschap.

Naar het oordeel van het hof is deze stelling van [verweerster] juist; het hof verwijst in dit verband naar het arrest van de Hoge Raad d.d. 15 januari

1999, NJ 2000, 49, in welk arrest de Hoge Raad in een fiscale zaak – waarin aan de ontvanger in artikel 24 van de Invorderingswet 1990 in beginsel de bevoegdheid is gegeven tot kruislingse verrekening van (in dat geval) een belastingteruggave aan de moedermaatschappij met een belastingschuld van een dochtervennootschap – heeft geoordeeld dat na het faillissement van de moedermaatschappij kruislingse verrekening niet meer mogelijk is, omdat het bepaalde in artikel 53 e.v. Faillissementswet niet buiten toepassing is verklaard en omdat het ten gunste van de fiscus als schuldenaar van de failliet verklaarde moedermaatschappij terzijde stellen van het in artikel 53 Faillissementswet neergelegde essentiële vereiste dat de schuldenaar tevens schuldeiser van de gefailleerde moet zijn om zich op verrekening te kunnen beroepen, ten koste zou gaan van de gerechtvaardigde belangen van de schuldeisers van de gefailleerde moedermaatschappij.

Naar het oordeel van het hof is deze uitspraak van de Hoge Raad van overeenkomstige toepassing op een contractuele bevoegdheid tot kruislingse verrekening zoals deze door [eiseres] in de onderhavige zaak is gesteld.

3.11. De conclusie is dat [eiseres] geen beroep op verrekening toekomt en dat de kantonrechter de door [verweerster] gevorderde hoofdsom terecht heeft toegewezen.

De grieven van [verweerster] behoeven geen verdere bespreking. (...)”

2.4. [eiseres] heeft tijdig cassatieberoep ingesteld. [verweerster] heeft verweer gevoerd. Beide partijen hebben hun standpunt schriftelijk doen toelichten, waarna nog is gerepliceerd en gedupliceerd.

3. Bespreking van het cassatiemiddel

3.1. Het cassatiemiddel bestaat uit twee onderdelen, waarvan het tweede echter niet meer dan een voortbouwklacht bevat.

3.2. *Onderdeel 1* bestaat uit twee subonderdelen, die zich beide richten tegen rechtsoverweging 3.10 van het arrest van het hof (onder 2.3 geciteerd).

3.3. Volgens de rechtsklacht van *subonderdeel 1.1* is art. 53 Fw van regelend recht en kunnen partijen de bevoegdheid tot verrekening contractueel beperken, uitsluiten of uitbreiden. Anders dan het hof heeft aangenomen, kan een meerpartijenverrekeningsafpraak het wederkerigheidsvereiste van art. 53 Fw dus terzijde stellen.

3.4. Voordat ik deze klacht bespreek, merk ik op dat het cassatiemiddel, evenals het hof in zijn arrest, geen (kenbare) aandacht besteedt aan de omstandigheid dat tegenover [eiseres], als de partij die zich op verrekening beroept, niet de boedel staat, maar [verweerster] als pandhouder. Het middel stelt uitsluitend de vraag aan de orde of een meerpartijenverrekeningsafpraak (ook wel aangeduid als een afspraak tot 'kruislingse verrekening' of 'concernverrekening') faillissementsbestendig is of niet, en niet of ook een pandhouder – die zijn recht uitoefent alswel er geen faillissement was (art. 57 lid 1 Fw) – profiteert van de eventuele ontkennende beantwoording van die vraag. Nemen we dit laatste aan, dan is daarvan het gevolg dat deze pandhouder in faillissement op meer aanspraak zou kunnen maken dan buiten faillissement. Een rechtvaardiging daarvoor springt mij niet meteen in het oog. Maar zoals gezegd, het middel besteedt aan de bijzonderheid dat [verweerster] pandhouder is, geen aandacht. Daarom staat in dit cassatieberoep uitsluitend ter beoordeling of een meerpartijenverrekeningsafpraak faillissementsbestendig is, of dat art. 53 Fw zo moet worden uitgelegd dat na het faillissement verrekening alleen nog mogelijk is als aan het wettelijke wederkerigheidsvereiste voldaan is.

3.5. Volgens art. 6:127 lid 2 BW is voor verrekening vereist dat partijen over en weer elkaars schuldenaar en schuldeiser zijn. Er bestaat geen twijfel over dat de bepaling van art. 6:127 BW van regelen recht is. Bedingen waarbij de bevoegdheid tot verrekening wordt uitgebreid, komen in de praktijk veelvuldig voor. Een uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid kan in ieder geval buiten faillissement aan derden worden tegengeworpen. Voor de beslaglegger volgt dit uit de wetgeschiedenis van art. 475h Rv. De Memorie van Toelichting op die bepaling (destijds met het nummer 475b) zegt:²

“In hoeverre de derde ondanks het beslag bevoegd blijft tot verrekening wordt geregeld in artikel 6.1.10.7 lid 2 Nieuw B.W. [thans art. 6:130 lid 2 BW], waaruit blijkt dat een zodanige bevoegdheid in beginsel in stand blijft. Waar deze bepaling van regelen recht is, kan overigens een ruimere of meer beperkte bevoegdheid van de derde tot verrekening overeengekomen zijn. Is dat vóór

het beslag geschied, dan is de beslaglegger aan deze overeenkomst gebonden.”³

Mijns inziens spreekt dit eigenlijk vanzelf omdat de beslaglegger het recht van de schuldeiser uitoefent en dus alle verweermiddelen die de schuldenaar tegen de schuldeiser kon invoeren, tegen zich moet laten gelden.⁴ Voor een pandhouder geldt iets vergelijkbaars: weliswaar oefent hij een eigen recht uit, maar dat recht ontleent hij aan de vestiging van het pandrecht door de schuldeiser en daarbij geldt uiteraard de *nemo plus*-regel. Wat geldt echter in faillissement? Wordt in faillissement alles anders? Of kan een contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid ook in faillissement worden ingeroepen? De literatuur en rechtspraak zijn niet eenstemmig. Uw Raad heeft de vraag niet beslist.⁵

3.6. Mijns inziens is er alles voor te zeggen dat het faillissement in beginsel⁶ niets aan de werking van een voordien tussen schuldenaar en schuldeiser overeengekomen uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid verandert.⁷

2 Parl. Gesch. Wijziging Rv. en andere wetten (Inv. 3, 5 en 6), p. 164.

3 Met een beroep op deze passage besliste HR 20 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4739, NJ 1984/512 m.nt. W.C.L. van der Grinten, reeds voor het oude recht in dezelfde zin.

4 Waarvoor dus niet eens de verweermiddelenregel van art. 6:145 BW in stelling behoeft te worden gebracht. Voor een cessionaris geldt hetzelfde, nu wel op grond van de verweermiddelenregel. Vergelijk voor het oude recht HR 10 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1661, NJ 1996/299 m.nt. H.J. Snijders, onder 3.3.

5 Ook niet in HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:428, NJ 2019/211 m.nt. Jac. Hijma (Aan de Amstel). Weliswaar ging het cassatiemiddel in die zaak uit van de opvatting dat een contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid faillissementsbestendig is (zie de weergave van onderdeel 3.1 van het middel in rechtsoverweging 3.5.1), maar uw Raad laat de juistheid van die opvatting in het midden (zie rechtsoverweging 3.5.2), en kon dit ook in het midden laten omdat de verrekening reeds vóór het faillissement was ingeroepen. Vergelijk de conclusie van de A-G (ECLI:NL:PHR:2018:21) onder 2.28 met het arrest onder 3.1 (viii).

6 “In beginsel”, want behoudens de mogelijkheid van een beroep op de (faillissements) *pauliana*.

7 Uiteraard bindt een contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid die ná de faillietverklaring is overeengekomen, de boedel niet. In die zin HR 31 mei 1966, ECLI:NL:PHR:1963:AB6524, NJ 1966/340. Vergelijk art. 23 Fw.

3.7. Voor deze continuïteit pleit in de eerste plaats wat ik al vermeldde, namelijk dat die uitbreiding tegen beslagleggers kan worden ingeroepen. Faillissement is een gerechtelijk beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldenaren.⁸ Er bestaat geen goede reden waarom het faillissementsbeslag een contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid zou doorbreken, terwijl een individueel beslag dit niet doet. Tot het vermogen waarop het faillissementsbeslag rust, behoort de vordering die in verband met de contractuele voorbereiding van de verrekeningsbevoegdheid aan een beperking onderworpen is. Het aan die vordering verbonden vorderingsrecht – mét de daaraan inherente beperking – oefent de curator ten behoeve van het collectief van de schuldeisers uit. Dat een contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid aldus ook na het faillissement blijft bestaan, is niet werkelijk iets bijzonders. Uitgangspunt van ons faillissementsrecht is dat de faillietverklaring “uit haren aard (...) op bestaande wederkerige overeenkomsten niet den minste invloed uit[oefent]; de verbintenissen van den gefailleerde en diens mede-contractant worden er niet door gewijzigd”.⁹ Niet alleen dus ten aanzien van een bevoegdheid tot verrekening bestaat er continuïteit voor en na het faillissement; die continuïteit is er ook wat betreft andere bevoegdheden, zoals bijvoorbeeld opschortingsrechten.¹⁰ Dit leidt tot vormen van feitelijke preferentie – zodat men niet zonder grond spreekt van uitzonderingen op het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers – maar zulke feitelijke preferenties behoren nu eenmaal tot de erkende kenmerken van ons stelsel van faillissementsrecht.

3.8. Dat het faillissement in beginsel niets aan de werking van een voordien tussen schuldenaar en schuldeiser overeengekomen uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid verandert, past behalve bij de aard van het faillissementsbeslag, in de tweede plaats ook bij de zekerheidsfunctie van verrekening, zoals die juist zich in geval van faillissement laat gelden.¹¹ Het faillissementsrecht

erkent die zekerheidsfunctie ruimhartig en breidt in verband daarmee de verrekeningsbevoegdheid van de schuldenaar juist welbewust in art. 53 Fw uit. Ik citeer opnieuw de Memorie van Toelichting,¹² in een passage die bijzonder ziet op de schuldeiser die tegenover zijn vordering op de boedel een voorwaardelijke schuld aan de boedel heeft, maar intussen een alom erkende algemene strekking heeft:¹³

“De uitbreiding dus aan het compensatierecht gegeven, steunt op de overweging, dat de billijkheid medebrengt, dat iedere schuldeiser van den boedel, dus ook de voorwaardelijke, zijn schuld aan den boedel, ook al is zij voorwaardelijk, als een onderpand mag beschouwen voor de richtige betaling zijner vordering; de schuldvergelijking is het middel, dat hem wordt gegeven, om zijne vordering op dit onderpand te verhalen.”

Ik merk op dat verrekening als onderpand, dus als *feitelijk* “zekerheidsrecht”, bij uitstek een recht is van ook de “kleine man”. Anders dan voor bijvoorbeeld een stil pandrecht, zijn er geen formaliteiten nodig om het recht te vestigen; men behoeft dus niet een jurist te raadplegen om het te kunnen verkrijgen. De schuldeiser vertrouwt er eenvoudig op – en als het faillissement van zijn wederpartij zich aandient, wordt hij in dat vertrouwen beschermd. Welnu, ook op zijn bij partijafspraken opzichte van art. 6:127 BW uitgebreide verrekeningsbevoegdheid, vertrouwt de schuldeiser. Nemen wij aan dat die uitbreiding in faillissement geen standhoudt, dan beschamen wij dat vertrouwen.

3.9. Deze twee, zojuist uiteengezette, argumenten voor continuïteit van een contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid in faillissement, zijn met beperkte variaties te vinden bij een flinke groep auteurs die met mij die continuïteit aanvaardt.¹⁴ Ook diverse rechterlijke uitspraken lui-

en 36 e.v. Buiten faillissement wordt aan de zekerheidsfunctie van verrekening belangrijk afbreuk gedaan door onder meer de regel van art. 6:136 BW.

12 Van der Feltz I, p. 462.

13 Vergelijk Wessels Insolventierecht III 2013/3370 en de daar vermelde schrijvers.

14 N.E.D. Faber, Verrekening, diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer 2005 (O&R nr. 33), nr. 479; dezelfde, annotatie JOR 2018/134 (betreft de in dit cassatieberoep aangevallen uitspraak) onder 4; A.J. Tekstra, Verrekening door de fiscus, Deventer: Kluwer 2011 (O&R nr. 62), p. 62; M.H.E. Rongen, annotatie JOR 2018/170; G.J.L.

8 Van der Feltz I, p. 339.

9 Van der Feltz I, p. 409.

10 Vergelijk HR 20 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4169, NJ 1981/640 m.n.t. C.J.H. Brunner (Veluwe Nutsbedrijven/mr. Blokland q.q.).

11 Vergelijk: Asser/Sieburgh 6-II 2017/221 en 242; B.A. Schuijling, Verrekening, Mon. BW B40, 2019/1

den in deze zin.¹⁵ Ik zei echter al, literatuur en rechtspraak zijn niet eenstemmig.

3.10. De tegengestelde opvatting, volgens welke een contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid in faillissement geen stand houdt, leest in art. 53 Fw behalve een uitbreiding van de wettelijke verrekeningsbevoegdheid ten opzichte van art. 6:127 BW ook een ban op contractuele verrekeningsafspraken buiten de in art. 53 Fw omschreven grenzen. In deze opvatting bevat art. 53 Fw dus dwingend recht.¹⁶ Mijns inziens is onmiskenbaar juist dat art. 53 Fw in ieder geval deels

dwingend recht bevat. Van de regel dat alleen verrekening mogelijk is indien schuld en vordering vóór de faillietverklaring zijn ontstaan of voortvloeien uit handelingen die vóór de faillietverklaring met de gefailleerde zijn verricht (art. 53 lid 1 Fw), kan niet worden afgeweken. Die regel vloeit voort uit het fixatiebeginsel. Daarvan moeten partijen niet ten koste van de boedel naar believen kunnen afwijken. Voor het overige zie ik geen aanwijzingen dat de regeling van art. 53 Fw als dwingend recht behoort te worden opgevat. Blijkens de Memorie van Toelichting bedoelde de wetgever art. 53 Fw vooral als een *uitbreiding* ten opzichte van wat vóór faillissement geldt, en niet zozeer als een beperking. Art. 53 lid 1 Fw begint weliswaar met een aanduiding van het wederkerigheidsvereiste (“Hij die zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is...”), maar dit kan men eenvoudig opvatten als een aanduiding van wat geldt ingeval partijen geen afspraken in andere zin hebben gemaakt.

3.11. Wessels¹⁷ schrijft dat overeengekomen concernverrekening met de ratio van art. 53 Fw strijdt en stelt de retorische vraag: “mocht deze schuldeiser nu werkelijk verwachten dat zijn schuld aan de boedel als onderpand voor de richtige betaling van al deze vorderingen (op derden, zij het met de debiteur gelieerde rechtspersonen) zou dienen?” Wessels lijkt er zich geen rekening van te geven dat de door hem gehekelde verwachting van de schuldeiser vóór faillissement wel opgaat (vergeleek wat hiervoor over onder meer beslagleggers is gezegd). Hij legt ook niet uit waarom faillissement het verschil zou maken en ertoe behoort te leiden dat het ten behoeve van de boedel te gelde te maken vermogen van de schuldenaar wordt vergroot, in die zin dat een vordering die eerder krachtens de verrekeningsafpraak aan een beperking was onderworpen, dat na de faillietverklaring niet langer is.

3.12. Ik merk nog op dat Wessels¹⁸ verwijst voor “alternatieven” naar Wibier.¹⁹ Die alternatieven zijn *cash pool* arrangementen, dat wil zeggen afspraken, zoals in de financieringspraktijk reeds gebruikelijk, waarbij hoofdelijkheid aan de zijde van de schuldenaren en/of de schuldeisers wordt

Bergervoet, Enkele aspecten van cash pooling bij (naderende) insolventie, in: De curator en het concern (Insolad Jaarboek 2017), p. 261-265; G.G. Boeve, annotatie JIN 2017/199, onder 6; J.J. van Hees & A. Ourhis, Kroniek van het insolventierecht, NJB 2018/746, p. 1078; B.A. Schuijling, Verrekening, Mon. BW B40, 2019/63. Voorzichtig: R.M. Wibier, ‘A.J. Tekstra, Verrekening door de fiscus’, RM Themis 2012/5, p. 246, die zegt dat hij geneigd is het met de door hem besproken opvatting van Tekstra eens te zijn, maar tegelijk vermeldt dat de financieringspraktijk voorzichtig is en rekening houdt met de mogelijkheid dat de Hoge Raad wederzijds schuldenaarschap wel als een essentiële voorwaarde voor verrekening zal zien. Intussen staat Wibier wel degelijk op hetzelfde standpunt. Zie zijn proefschrift: R.M. Wibier, Alternatieven voor zekerheid op bankrekeningen, diss. Tilburg, Deventer: Kluwer 2007, p. 56-57.

15 Zie in het bijzonder het mijns inziens voorbeeldige vonnis van Rb. Breda 3 november 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BO2769, JOR 2011/30. De bedoelde continuïteit wordt eveneens zonder meer aangevaard in: Rb. Zwolle-Lelystad 26 juni 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:BB762, JOR 2008/55. Vergelijk nog, met diverse nuances: Rb. Maastricht 21 december 2005, ECLI:NL:RBMAA:2005:AU9596; Rb. Den Haag 26 mei 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM8594, JOR 2010/206.

16 In die zin: Wessels Insolventierecht III 2013/3389; B. Wessels, Verrekening na faillissement, NTHR 2015, p. 239 (vrijwel woordelijk gelijklopend aan het genoemde handboek van de auteur); W.A.K. Rank, T&C BW, commentaar op art. 6:127 BW, aant. 3. Rechtspraak in deze zin: Rb. Rotterdam 26 maart 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BC9717, JOR 2010/202 m.nt. N.E.D. Faber; Rb. Amsterdam 25 januari 2006, JOR 2006/220, met betrekking tot de aan art. 53 lid 1 Fw parallelle bepaling van art. 234 lid 1 Fw; Hof Den Haag 21 december 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AZ5058.

17 T.a.p.

18 Nog steeds t.a.p.

19 Zie R.M. Wibier, De kredietcrisis en privaatrecht (oratie Tilburg), Tilburg: 2010, p. 18 e.v.

bedongen. Zo'n *cash pool* werkt volgens Wessels dus kennelijk wel. Dit laat zien dat de opvatting van Wessels langs formele lijnen verloopt: beslissend is of tegenover de schuld aan de boedel een vordering op een derde staat of niet. Door hoofdelijkheid te bedingen is deze horde voor de goed geïnformeerde schuldeiser eenvoudig te nemen: wie we anders derde zouden noemen, noemen we nu hoofdelijk schuldenaar/schuldeiser. De schuldeiser die aldus goed voor zichzelf heeft gezorgd, mag ook volgens Wessels wél verwachten dat zijn schuld aan de boedel als onderpand voor richtige betaling dient. Mij spreekt deze beperking van het te beschermen vertrouwen tot schuldeisers die het juridische spel beheersen, niet aan.

3.13. Rank²⁰ beroept zich voor zijn opvatting dat bedingen die variëren op de wettelijke vereisten voor verrekening binnen de grenzen van onder meer²¹ art. 53 Fw moeten blijven, op het arrest van uw Raad in de zaak *Wilderink q.q./Ontvanger*,²² dus net als het hof in de onderhavige zaak doet. Die zaak betrof de vraag of de Ontvanger een belastingteruggave aan de moedermaatschappij met toepassing van art. 24 lid 2 Invorderingswet 1990 (oud) mocht verrekenen met een belastingsschuld van de dochtervennootschap. Het arrest van uw Raad beantwoordde de vraag ontkennd, en sprak daarbij van "het in art. 53 Fw neergelegde, essentiële vereiste dat de schuldenaar tevens schuldeiser van de gefailleerde moet zijn om zich op verrekening te kunnen beroepen"; uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid van de Ontvanger ten opzichte van art. 53 Fw, zou ten koste zou gaan van de gerechtvaardigde belangen van de schuldeisers van de gefailleerde moedermaatschappij.

3.14. Mijns inziens is de vergelijking met het arrest *Wilderink q.q./Ontvanger* niet overtuigend. Het arrest betrof niet een contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid, maar de omgrenzing van de wettelijke verrekeningsbevoegdheid van de Ontvanger. Dat die bevoegdheid bin-

nen de grenzen van art. 53 Fw diende te blijven, waar niet bleek dat de wetgever dit anders had gewild,²³ spreekt min of meer vanzelf. Dat in *dit* verband het wederkerigheidsvereiste door uw Raad "essentieel" is genoemd, is mijns inziens nog geen reden om het van dwingend recht te beschouwen. Hoe dan ook zijn de hiervoor onder 3.7 e.v. besproken argumenten in tegengestelde zin mijns inziens van veel meer gewicht.

3.15. Terzijde nog: inmiddels is art. 24 Invorderingswet 1990 aldus aangepast dat verrekening van vorderingen en schulden van verschillende belastingschuldigen binnen dezelfde fiscale eenheid voor de Ontvanger steeds ten volle mogelijk is. Zie het huidige eerste lid. Als ik bepleit dat gewone schuldeisers kruislings mogen verrekenen indien zij dat voorafgaand aan het faillissement met de schuldenaar zijn overeengekomen, ken ik hen naar huidig recht dus geen bevoegdheid toe die aan de Ontvanger niet ook zonder een zodanige overeenkomst toekomt.

3.16. Het voorgaande komt erop neer dat de argumenten voor de opvatting dat het faillissement in beginsel niets aan de werking van een voordien tussen schuldenaar en schuldeiser overeengekomen uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid verandert, sterk zijn en ook door de meeste auteurs worden aanvaard. De argumenten voor de tegengestelde opvatting komen mij aanzienlijk minder overtuigend voor. Subonderdeel 1.1 treft doel.

3.17. *Subonderdeel 1.2* voegt maar beperkt wat toe.

3.18. Het subonderdeel bevat in de eerste plaats een betoog volgens welke het beroep dat het hof op *Wilderink q.q./Ontvanger* doet, onjuist is, dan wel 's hofs arrest in zoverre onvoldoende gemotiveerd. Deze klachten missen zelfstandige betekenis ten opzichte van de klacht van het eerste subonderdeel.

3.19. Subonderdeel 1.2 voert in de tweede plaats aan dat de verwijzing door het hof naar het arrest *Wilderink q.q./Ontvanger* het karakter draagt van een ontoelaatbare verrassingsbeslissing, omdat door geen van partijen op dat arrest een beroep was gedaan. Die klacht gaat uiteraard niet op. Indien de rechtsopvatting waarvan de rechter in zijn uitspraak is uitgegaan (zoals we in dit verband

20 T.a.p.

21 Rank noemt ook art. 54 Fw. Met betrekking tot die bepaling, die misbruik van de verrekeningsbevoegdheid moet tegengaan, bestaat er geen discussie: ze bevat dwingend recht.

22 HR 15 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2820, NJ 2000/49, m.nt. J.W. Zwemmer (*Wilderink q.q./Ontvanger*).

23 Vergelijk het arrest *Wilderink q.q./Ontvanger* onder 3.4 en 3.5.

moeten veronderstellen:) juist is, wordt die opvatting niet alsnog onjuist op de grond dat het volgens de rechter beslissende argument door partijen niet onder ogen was gezien. De rolverdeling in het burgerlijk proces is integendeel zo dat de rechter steeds aan de juiste rechtsopvatting gebonden blijft, ongeacht het standpunt dat partijen innemen (vergelijk art. 25 Rv).²⁴

3.20. *Onderdeel 2* bevat enkel een voortbouwklacht, die geen bespreking behoeft.

4. Conclusie

Ik concludeer tot vernietiging en verwijzing.

Hoge Raad

(...; red.)

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In deze zaak staat centraal de vraag of een contractueel beding in strijd komt met art. 53 Fw voor zover het inhoudt dat de wederpartij van de latere failliet zijn schuld kan verrekenen met een vordering die een andere partij heeft op een ander dan de latere failliet.

2.2. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [verweerster] is een holdingmaatschappij. Zij is de moedermaatschappij van [A] B.V. (hierna: [A]) en [B] B.V., handelend onder de naam [B] B.V. (hierna: [B]).

(ii) [A] en [B] zijn op 28 januari 2014 in staat van faillissement verklaard.

(iii) In de periode van medio 2012 tot aan het faillissement van voormelde vennootschappen heeft [A] producten en diensten geleverd aan [eiseres] en in verband daarmee facturen aan [eiseres] gezonden. [C] B.V. (hierna: [C]) heeft in de genoemde periode producten en diensten geleverd aan [B] en in verband daarmee facturen aan [B] gezonden.

(iv) Ten tijde van haar faillissement had [A] vorderingen op [eiseres] die in totaal een bedrag beliepen van € 42.724,64.

(v) Deze vorderingen waren door [A] aan [verweerster] verpand.

(vi) [verweerster] heeft als pandhoudster [eiseres] aangesproken tot betaling van de hiervoor onder (iv) genoemde schuld van € 42.724,64.

(vii) [eiseres] heeft op 31 maart 2014 in mindering op die schuld een bedrag van € 24.022,09 aan [verweerster] betaald.

(viii) Het restant van de schuld met een beloop van € 18.702,55 is door [eiseres] niet betaald omdat zij dit bedrag heeft verrekend met een factuur van [C], gericht aan [B] van 23 januari 2014 ten bedrage van € 18.702,55.

2.3. [verweerster] vordert in deze procedure veroordeling van [eiseres] tot betaling van € 18.702,55. [eiseres] verweert zich daartegen. Zij beroept zich op een afspraak tussen haar en [A] en [B] op grond waarvan aan [eiseres] gerichte facturen van [A] verrekend kunnen worden met facturen van [C] aan [B] en omgekeerd.

2.4. De kantonrechter heeft geoordeeld dat [eiseres] niet erin is geslaagd het bestaan van de verrekeningsafpraak te bewijzen en heeft bij eindvonnis, zoals nadien verbeterd bij herstelvonnis, [eiseres] veroordeeld € 18.702,55 aan [verweerster] te betalen.

2.5. Het hof heeft de vonnissen van de kantonrechter bekrachtigd. Het heeft daaraan het volgende ten grondslag gelegd. Het arrest van de Hoge Raad van 15 januari 1999¹ («JOR» 1999/42, m.nt. Tekstra (*Wilderink q.q./Ontvanger*); red.) is van overeenkomstige toepassing op een contractuele bevoegdheid tot “kruislingse verrekening” zoals door [eiseres] gesteld. Art. 53 Fw stelt als essentieel vereiste voor een beroep op verrekening dat de schuldenaar tevens schuldeiser van de gefailleerde is. Dat staat er dus aan in de weg dat [eiseres] zich op dit beding kan beroepen, zodat in het midden kan worden gelaten of de verrekeningsafpraak bestaat. (rov. 3.10)

3. Beoordeling van het middel

3.1. De onderdelen 1.1 en 1.2 van het middel zijn gericht tegen rov. 3.10 en klagen onder meer dat het hof ten onrechte het arrest van de Hoge Raad van 15 januari 1999 van overeenkomstige toepassing heeft geoordeeld. Het hof heeft aldus miskend dat art. 53 Fw van regelend recht is en niet uitsluit dat partijen de bevoegdheid tot verreke-

24 Iets anders is dat andere regels van procesrecht kunnen verhinderen dat de rechter aan de juiste rechtsopvatting de volle consequenties verbindt. Te denken is onder meer aan het verbod van aanvullen van feitelijke gronden (art. 24 Rv) en het grievensstelsel in hoger beroep.

1 ECLI:NL:HR:1999:ZC2820.

ning contractueel kunnen beperken, uitsluiten of uitbreiden. Dit geldt ook voor het vereiste dat de partij die zich op verrekening beroept en de gefailleerde over en weer elkaars schuldenaar en schuldeiser zijn (het wederkerigheidsvereiste).

Onderdeel 2 bouwt voort op deze klachten.

3.2. Art. 53 lid 1 Fw bepaalt dat hij die zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is, zijn schuld met zijn vordering op de gefailleerde kan verrekenen, indien beide zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen, vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht. Deze bepaling heeft tot doel dat een schuldeiser van de gefailleerde die tevens schuldenaar is van de gefailleerde, zeker kan zijn van voldoening van zijn vordering door zijn schuld in verrekening te brengen.²

Buiten faillissement kunnen partijen de in art. 6:127 BW geregelde verrekeningsbevoegdheid rechtsgeldig uitbreiden door overeen te komen dat verrekening kan plaatsvinden ook indien zij niet over en weer elkaars schuldeiser en schuldenaar zijn. Er bestaat geen grond om aan een dergelijke overeenkomst haar werking te ontnemen indien een van hen later in staat van faillissement wordt verklaard. Zodanige overeenkomst past bij de zekerheidsfunctie van verrekening en strookt daarom met het zojuist vermelde doel van art. 53 Fw. Het wederkerigheidsvereiste in art. 53 Fw kan daarom niet worden aangemerkt als dwingend recht.

Art. 53 Fw staat dan ook niet eraan in de weg dat de wederpartij van de partij die in staat van faillissement is verklaard, een beroep doet op een voor de datum van de faillietverklaring tussen hen overeengekomen beding waarbij de bevoegdheid tot verrekening van vorderingen en schulden die voor de datum van de faillietverklaring zijn ontstaan of die voortvloeien uit rechtsverhoudingen die op die datum reeds bestonden, ten behoeve van die wederpartij contractueel is uitgebreid. Die contractuele uitbreiding kan inhouden dat de wederpartij bevoegd is haar schuld te verrekenen met een vordering die een andere partij heeft op een ander dan de failliet.

Het hiervoor in 2.5 genoemde arrest van de Hoge Raad van 15 januari 1999 («JOR» 1999/42, m.nt.

Terpstra (*Wilderink q.q./Ontvanger*); *red.*) betreft een geval waarin een beroep op verrekening plaatsvond zonder dat de bevoegdheid daartoe berustte op de wet of een overeenkomst en is dus niet van toepassing op het onderhavige geval.

3.3. Opmerking verdient dat niet kan worden afgeweken van de regel dat alleen verrekening mogelijk is indien schuld en vordering voor de faillietverklaring zijn ontstaan of voortvloeien uit handelingen die voor de faillietverklaring met de gefailleerde zijn verricht (art. 53 lid 1 Fw). Die regel vloeit voort uit het fixatiebeginsel.

3.4. Uit het voorgaande volgt dat de hiervoor in 3.1 vermelde klachten in zoverre slagen.

3.5. De overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 23 januari 2018;
- verwijst het geding naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt [verweerster] in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

NOOT

1. Deze uitspraak van de Hoge Raad betreft het cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 23 januari 2018, «JOR» 2018/134, m.nt. NEDF. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof en bevestigt dat een contractuele verrekeningsafpraak waarbij van het in art. 6:127 lid 2 BW neergelegde vereiste van wederkerigheid wordt afgeweken, ook in het faillissement van de schuldeiser kan worden ingeroepen. Art. 53 Fw staat daaraan niet in de weg. In het voorliggende geval werd een schuld van eiseres (X) aan haar gefailleerde schuldeiser (A) verrekend met een vordering van een derde (C) op een zustervenootschap van de gefailleerde (B). Deze verrekening was gebaseerd op een overeenkomst tussen X, A en B.

2. Verrekening door een schuldenaar vindt steeds plaats in relatie tot de schuldeiser van de vorde-

2 Vgl. Memorie van Toelichting, Van der Feltz I, p. 461. Zie tevens de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.8.

ring, en wel als verweer tegen die vordering. Verkeert de schuldeiser in staat van faillissement, dan wordt het beroep op verrekening door de schuldenaar in beginsel beheerst door art. 53 Fw, ook indien de verrekening geschiedt met een tegenvordering van de schuldenaar op een ander dan de gefailleerde of met een tegenvordering van een derde op een ander dan de gefailleerde. Hetzelfde geldt indien – zoals in casu – de vordering van de gefailleerde is verpand en van dat pandrecht mededeling is gedaan aan de schuldenaar. Dit laatste kan een rol spelen in verband met het bepaalde in art. 6:130 lid 2 jo. art. 6:130 lid 1 BW, maar neemt niet weg dat de verrekening geschiedt in relatie tot de gefailleerde pandgever en om die reden moet worden getoetst aan het bepaalde in art. 53 Fw.

3. Op grond van art. 53 lid 1 Fw kunnen (in beginsel) alleen vorderingen en schulden met elkaar worden verrekend die vóór de datum van faillietverklaring zijn ontstaan of voortvloeien uit een per die datum reeds tussen partijen bestaande rechtsverhouding. Vgl. onder meer HR 26 maart 1976, NJ 1977/612, m.nt. BW (*Keulen en Olie-mans q.q./Cebeco*); HR 16 oktober 2015, «JOR» 2016/20, m.nt. NEDF en Vermunt (*DLL/Van Logtestijn q.q.*) en HR 13 oktober 2017, «JOR» 2018/48, m.nt. NEDF (*Curatoren Eurocommerce/Ontvanger*). Art. 53 Fw is – anders dan de art. 54 en 55 Fw, die misbruik van verrekening beogen tegen te gaan – echter (grotendeels) van regerend recht. Zie Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, nr. 479. Zo verzet het artikel zich er niet tegen dat een schuldenaar tijdens het faillissement van zijn schuldeiser een beroep doet op een tevoren tussen hen overeengekomen beding waarbij de bevoegdheid tot verrekening ten behoeve van de schuldenaar contractueel is uitgebreid ten opzichte van hetgeen uit de art. 6:127 e.v. BW voortvloeit. Een dergelijke contractuele uitbreiding kan – aldus de Hoge Raad in het voorliggende arrest – ook inhouden dat de schuldenaar bevoegd is haar schuld te verrekenen met een vordering die een andere partij heeft op een ander dan de gefailleerde (zie r.o. 3.2). Het voor verrekening geldende vereiste van wederkerigheid, zoals neergelegd in art. 6:127 lid 2 BW en herhaald in art. 53 lid 1 Fw, is derhalve noch bij verrekening buiten faillissement noch bij verrekening tijdens faillissement van dwingend recht. Er bestaat volgens de Hoge Raad – mede tegen de achtergrond van de zeker-

heidsfunctie van verrekening – geen grond om aan een tevoren gemaakte verrekeningsafpraak waarbij van het wederkerigheidsvereiste is afgeweken, haar werking te ontnemen indien naderhand het faillissement van een der partijen wordt uitgesproken. Het hof heeft in zijn arrest *a quo* het karakter van art. 53 Fw miskend en heeft ter onderbouwing van zijn oordeel ten onrechte een beroep gedaan op het hier niet toepasselijke arrest van de Hoge Raad van 15 januari 1999, «JOR» 1999/42, m.nt. Tekstra (*Wilderink q.q./Ontvanger*). Ik laat een en ander hier verder buiten beschouwing en verwijs voor een meer uitvoerige analyse naar mijn noot onder het arrest van het hof («JOR» 2018/134).

4. Het voorafgaande betekent niet dat aan een contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid geen grenzen zijn verbonden. In het bijzonder geldt voor de toepassing van art. 53 Fw dat de te verrekenen vordering en schuld vóór datum faillissement moeten zijn ontstaan dan wel moeten voortvloeien uit handelingen vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht, c.q. moeten voortvloeien uit een rechtsverhouding die per faillissementsdatum reeds tussen partijen bestond. Een en ander volgt uit het fixatiebeginsel, zoals dit tot uitdrukking is gebracht in art. 53 lid 1 Fw. Opmerking verdient in dit verband dat de hier bedoelde rechtsverhouding vanwege de diverse mogelijkheden om contractueel af te wijken van het wederkerigheidsvereiste niet een rechtsverhouding behoeft te zijn waarbij de gefailleerde of de schuldenaar die zich op verrekening beroept, zelf partij is. De schuldenaar van de gefailleerde kan op grond van een daartoe strekkende contractuele verrekeningsafpraak zijn schuld aan de gefailleerde immers ook verrekenen met een tegenvordering op een ander dan de gefailleerde, een tegenvordering van een ander op de gefailleerde of – zoals in casu – een tegenvordering van een ander op een ander dan de gefailleerde. Voldoende is steeds dat de rechtsverhouding waaruit de door de schuldenaar te verrekenen tegenvordering voortvloeit, *als zodanig* reeds bestond bij de aanvang van de dag waarop het faillissement (van de schuldeiser) werd uitgesproken.

prof. mr. N.E.D. Faber

Varia

23

Inschakelen van zorgmakelaar door zorgverzekeraar onrechtmatig jegens onbetaalde zorgaanbieders

Rechtbank Gelderland zp Arnhem
18 juli 2019, zaaknr. NL18.17054,
ECLI:NL:RBGEL:2019:4086
(mr. Peerdeman, mr. Meijer, mr. Heijmans)
Noot mr. J.B.R. Regouw

Overeenkomst en derden. Zorgverzekeraar schakelt zorgmakelaar in voor afsluiten zorgovereenkomsten met zorgaanbieders. Door het faillissement van de zorgmakelaar ontvangen de zorgaanbieders geen vergoeding voor de door hen verrichte zorg. Inschakelen zorgmakelaar zonder diens financiële positie te onderzoeken is onrechtmatige daad van zorgverzekeraar jegens zorgaanbieders. Verwijzing naar HR 24 september 2004, «JOR» 2004/341 (Vleesmeesters/Alog); HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496 (Wierds/Visseren) en HR 14 juli 2017, «JOR» 2017/283, m.nt. Regouw (X c.s./Compaen). Tussenvonnis.

[BW art. 6:162]

Tot 2009 hanteerden verweersters een eigen inkoopbeleid voor kraamzorg in natura. Vanaf 1 januari 2009 hanteerden zij een gezamenlijk inkoopbeleid, inhoudende dat in het secundaire werkgebied, regio's waar de dekkinggraad van hun verzekerden laag was, zou worden gewerkt met een zorgmakelaar. Eiseressen hebben voor 2009 voor naturazorg aan verzekerden van UVIT in het secundaire werkgebied een zorgovereenkomst gesloten met ATC. De vraag ligt voor of verweersters met de wijze van contracteren met ATC onrechtmatig jegens eiseressen hebben gehandeld.

Het is vaste rechtspraak dat het een contractspartij niet onder alle omstandigheden vrijstaat de belangen te verwaarlozen die derden bij het contract kunnen hebben wanneer de contractsver-

houding in het rechtsverkeer een schakel is gaan vormen waarmee de belangen van die derden zijn verbonden. Als de belangen van een derde zo nauw zijn betrokken bij de overeenkomst dat hij schade of ander nadeel kan lijden, kunnen de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, meebrengen dat die contractant deze belangen moet ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen. Bij de beantwoording van de vraag of deze normen dit meebrengen, zal de rechter de relevante omstandigheden van het geval in zijn beoordeling dienen te betrekken, zoals de hoedanigheid van alle betrokken partijen, de aard en strekking van de desbetreffende overeenkomst, de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken, de vraag of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was, de vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien, de vraag in hoeverre het voor de contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden, de aard en omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt en de vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich daartegen had ingedekt, alsmede de redelijkheid van een eventueel aan de derde aangeboden schadeloosstelling (HR 24 september 2004, «JOR» 2004/341 (Vleesmeesters/Alog); HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496 (Wierds/Visseren) en HR 14 juli 2017, «JOR» 2017/283, m.nt. Regouw (X c.s./Compaen)).

De belangen van eiseressen zijn nauw betrokken bij de zorgovereenkomst tussen verweersters en ATC. Van belang daarvoor is dat in het stelsel van de Zorgverzekeringswet zorgaanbieders samen met de zorgverzekeraars en de verzekerden een driehoeksrelatie vormen waarbinnen zij onderling zijn verbonden met het doel om een toegankelijke, kwalitatief hoogwaardige en doelmatige gezondheidszorg te bewerkstelligen. Als de zorgverzekeraar ervoor kiest een tussenschakel te introduceren en niet langer rechtstreeks bij zorgaanbieders zorg in te kopen, zoals in het onderhavige geval, spreekt het voor zich dat het belang van de zorgaanbieders, die vervolgens met die tussenschakel contracteren, daarbij nauw is betrokken. Ook kunnen zorgaanbieders door die keuze schade lijden als die tussenschakel vervolgens tekortschiet in haar financiële verplichtingen jegens hen. Waar het in dit geval om gaat, is in hoeverre verweersters bij het sluiten en de uitvoering van de zorgovereenkomst met ATC met