

De relatie tussen de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en de klachtplicht

Bb 2019/45

In deze bijdrage komt de relatie aan bod tussen de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en de klachtplicht, gezien vanuit een processueel en een materieel perspectief. Eerst gaat de bijdrage in op het grijze gebied tussen enerzijds de vrijheid van de feitenrechter om de stellingen van partijen te interpreteren en te beoordelen, en anderzijds het verbod van artikel 24 Rv aan de rechter om de feitelijke grondslag aan te vullen. Vervolgens wordt vanuit een materieel perspectief ingegaan op de relatie tussen de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 2 BW en de klachtplicht van artikel 6:89 BW. Aanleiding voor deze bespreking is het arrest van de Hoge Raad van 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1902 (Zilveren Kruis/MCR).

1. Inleiding

Het arrest van de Hoge Raad van 12 oktober 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1902) tussen Zilveren Kruis Achmea Zorgverzekeringen N.V. (hierna: Zilveren Kruis) en Stichting Medisch Centrum Rhijnauwen (hierna: MCR) geeft aanleiding tot een beknopte beschouwing van twee onderwerpen.

Allereerst het grijze gebied tussen enerzijds de vrijheid van de feitenrechter om de stellingen van partijen welwillend te interpreteren en beoordelen, en anderzijds het verbod van artikel 24 Rv aan de rechter om de feitelijke grondslag aan te vullen (onder 3). Het arrest laat dat eerste dit keer prevaleren. De Hoge Raad sanctioneert dat het hof de omstandigheden die waren aangevoerd bij het beroep op de klachtplicht van artikel 6:89 BW en de eigen schuld van artikel 6:101 BW – die als zodanig niet van toepassing waren – tevens onderbrengt bij het beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 2 BW. Dergelijke interpretatievrijheid vergt méér van de advocaat die een sluitend verweer probeert te voeren tegen de soms minder duidelijke argumenten van de wederpartij.

Ten tweede de materieelrechtelijke relatie tussen de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 2 BW en de klachtplicht van artikel 6:89 BW (onder 4). Deze kunnen tot een vergelijkbaar resultaat leiden: verlies van recht door te laat klagen over een geconstateerd gebrek in het handelen van de wederpartij. Ook als de klachtplicht van artikel 6:89 BW niet direct van toepassing is, ligt rechtsverlies door te laat klagen over een geconstateerd gebrek op de loer. In het te bespreken arrest komt de partij die had moeten klagen er vooraan nog goed vanaf, omdat zij

enige tijd mocht nemen om onderzoek te doen naar de aard en omvang van de gebreken voordat ze aan de bel trok.

2.1 Achtergrond

Zilveren Kruis is een zorgverzekeraar. MCR verleent medische specialistische hulp in de vorm van klinische voeding, waarvoor laboratoriumonderzoek van belang is. MCR heeft in de periode 2007-2010 declaraties voor door haar uitgevoerde laboratoriumonderzoeken bij Zilveren Kruis ingediend. Zilveren Kruis heeft deze declaraties steeds vergoed.

In juli 2009 ontdekt Zilveren Kruis een declaratie voor een onderzoek dat onder de polis niet is gedekt. Zij start daarop een onderzoek naar de vraag of de andere declaraties in het verleden mogelijk ook onjuist waren. Zilveren Kruis komt erachter dat MCR in een groot aantal gevallen ten onrechte de kosten voor de laboratoriumonderzoeken heeft gedeclareerd. Zilveren Kruis kan de uitgekeerde vergoedingen niet terughalen bij de verzekeren en vordert daarom bij MCR de terugbetaling van circa EUR 1,3 miljoen aan onverschuldigd uitgekeerde bedragen.

2.2 Zilveren Kruis te laat geklaagd?

Een belangrijk punt in de procedure is dat vaststond dat Zilveren Kruis in juli 2009 slechts op de hoogte is geraakt van één declaratie die niet was gedekt. Toen ontstond bij Zilveren Kruis een “vermoeden” dat MCR onjuist declareerde. Daarna heeft Zilveren Kruis onderzoek gedaan naar de declaraties van MCR en uit dit onderzoek blijkt niet eerder dan in juli 2010 dat de declaraties van MCR over de periode 2007-2010 grotendeels onjuist waren. Het is ook dan pas dat Zilveren Kruis MCR confronteert met haar ontdekkingen. Doordat Zilveren Kruis de declaraties van MCR tijdens haar onderzoek in 2009-2010 gewoon was blijven voldoen, dacht MCR dat alles koek en ei was. De gevolgen hiervan worden in de procedure een belangrijk punt van discussie.

2.3 Rechtbank en hof

De Rechtbank Midden-Nederland (locatie Utrecht) wijst in eerste aanleg de vordering van Zilveren Kruis toe, omdat de declaraties onverschuldigd door Zilveren Kruis zijn voldaan. Het Hof Arnhem-Leeuwarden is het in zoverre met de rechtbank en Zilveren Kruis eens, dat de laboratoriumonderzoeken in kwestie inderdaad niet voor vergoeding in aanmerking kwamen en dat Zilveren Kruis de daarbij horende declaraties in beginsel onverschuldigd heeft betaald (rov. 5.12). Maar het hof voegt daaraan toe dat Zilveren Kruis het bedrag over de periode tussen het moment van het bekend worden met de onjuiste declaratie voor de laboratoriumonderzoeken (in juli 2009) en het moment tot zij daarover in juli 2010 contact heeft opgenomen met MCR naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *niet* van MCR kan worden teruggevorderd (rov. 5.15 – 5.18). Voor dit oordeel acht het

¹ Paul Tanja is advocaat op de secties Cassatie en Commerciële Contracten bij BarentsKrans.

hof doorslaggevend dat, kort gezegd, Zilveren Kruis MCR te laat heeft gewaarschuwd, omdat zij in juli 2009 wetenschap zou hebben gekregen van de onjuistheid van de declaraties, maar MCR daarvan pas in juli 2010 op de hoogte heeft gesteld. Daardoor is het bedrag aan door Zilveren Kruis onverschuldigd betaalde declaraties (onnodig) opgelopen, aldus het hof. Het hof wijst daarom het teruggevorderde bedrag over de periode 2009-2010 af.

2.4 Vragen in cassatie

In cassatie staat het oordeel van het hof ter discussie: leidt het feit dat Zilveren Kruis – na een jaar onderzoek en het blijven uitkeren van de declaraties gedurende het onderzoek – MCR in juli 2010 pas confronteert met de onterechte declaraties ertoe dat Zilveren Kruis haar recht heeft verspeeld om de bedragen van de declaraties over die periode terug te vorderen? Of anders gesteld: mag een partij een dergelijke periode de tijd nemen om onderzoek te doen naar de mogelijke ongerechtigheden in het handelen van zijn wederpartij? Deze vraag mondt in de cassatieprocedure uit in een materieel punt en een aantal processuele punten. Ik licht er twee uit die respectievelijk voor een advocaat en de bedrijfsjurist van bijzonder belang zijn.

3. De rechter en de feitelijke grondslag

Het processuele punt hangt ermee samen dat MCR weliswaar had aangevoerd dat Zilveren Kruis te laat heeft geklaagd door haar pas in juli 2010 op de hoogte te stellen, maar dit vooral had gedaan in het kader van haar beroep op artikel 6:89 BW (schending klachtplicht) en in het voetspoor daarvan artikel 6:101 BW (eigen schuld Zilveren Kruis door handelen in strijd met schadebeperkingsplicht). Deze bepalingen misten volgens het hof directe toepassing, omdat het hier ging om een verplichting tot vergoeding op grond van onverschuldigde betaling. Een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt over de band van artikel 6:248 lid 2 BW (beperkende werking redelijkheid en billijkheid), waarover meer in paragraaf 4. Maar dan moet een partij artikel 6:248 lid 2 BW dit wél aan zijn verweer ten grondslag leggen en daar leek het hier aan te schorten. MCR had weliswaar een beroep gedaan op artikel 6:248 lid 2 BW, maar hoofdzakelijk in een andere context.² Het hof lost dit op door de omstandigheden die MCR ten grondslag had gelegd aan haar beroep op artikel 6:89 en 6:101 BW ook ‘in te lezen’ in haar beroep op artikel 6:248 lid 2 BW. Mag dat?

Op zichzelf is de rechter verplicht tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden (art. 25 Rv). Hier ging het echter niet om een aanvulling van de *rechtsgronden*, maar de vraag of het hof de *feitelijke* grondslag van het verweer van MCR had uitgebreid. Dat mag de rechter namelijk juist niet doen (art. 24 Rv). Het staat de rechter niet vrij zijn beslissing te baseren op rechtsgronden of verweren die weliswaar zouden kunnen worden afgeleid uit in het geding gebleken fei-

ten en omstandigheden, maar die door de desbetreffende partij niet aan haar vordering of verweer ten grondslag zijn gelegd.³ De wederpartij wordt dan tekort gedaan in de mogelijkheid om zich behoorlijk te verweren. Het cassatieberoep stelde daarom dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd trad door het argument van MCR dat Zilveren Kruis te laat had geklaagd, in strijd met artikel 24 Rv, te honoreren via de band van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 2 BW.

Advocaat-Generaal Hartlief bevond de hierop gerichte cassatieklacht gegrond, maar de Hoge Raad masseert haar weg. De Hoge Raad overweegt dat MCR het argument dat Zilveren Kruis te lang heeft gewacht met waarschuwen ten grondslag heeft gelegd aan haar beroep op artikel 6:89 en 6:101 BW. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat het hof deze stellingen van MCR “kennelijk” zo heeft uitgelegd dat zij waren bedoeld als een “samenhangend betoog” dat MCR aan al haar verweren⁴ – inclusief artikel 6:248 lid 2 BW – ten grondslag heeft gelegd (rov. 3.3.2). In klaarblijkelijke reactie op de klacht dat Zilveren Kruis zich daartegen niet heeft kunnen verweren, omdat een dergelijke lezing van het verweer van MCR voor haar niet duidelijk was, overweegt de Hoge Raad dat alle omstandigheden die het hof in aanmerking heeft genomen bij het beroep op artikel 6:248 lid 2 BW “onderdeel zijn geweest van het partijdebat” (rov. 3.3.3). Volgt verwerping van het cassatieberoep op dit processuele punt.

Bij dit oordeel plaats ik twee opmerkingen. Ten eerste moet deze uitkomst worden gezien tegen de vrijheid die het hof als feitenrechter heeft bij de interpretatie van de processtukken van partijen. Die vrijheid is vrij groot. De Hoge Raad zal dus – net als hier – niet gauw tornen aan een uitleg die het hof aan een gedingstuk geeft. Dat leidt tot een tweede opmerking: een partij doet er goed aan om de processtukken van zijn wederpartij welwillend te lezen. Omstandigheden die bij rechtsgrond A wel en rechtsgrond B niet (duidelijk) worden aangevoerd, kunnen door de rechter toch worden ingelezen bij rechtsgrond B, zoals het hof deed in deze zaak. Dat kan op gespannen voet staan met artikel 24 Rv, maar is soms de realiteit.

4. De klachtplicht en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid

Vervolgens komt de Hoge Raad aan het materiële punt in de cassatie. Dat spitst zich toe op het oordeel van het hof dat het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat Zilveren Kruis, nadat zij in juli 2009 bekend raakte met een ongedek-

² Zie uitgebreider over deze context de Conclusie van A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2018:577, nr. 3.11-3.12.

³ Onder meer HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1357, rov. 3.3.2; HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:663, rov. 3.4; HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU5663 (*Spector/Fotoshop*), rov. 3.6.

⁴ De Hoge Raad spreekt hier eigenlijk van “deze verweren”. Het woord “deze” verwijst strikt gezien terug naar het daarvoor door de Hoge Raad besproken beroep van MCR op artikel 6:89 en 6:101 BW, en niet tevens naar haar beroep op artikel 6:248 lid 2 BW. Die lezing is echter niet logisch, omdat de Hoge Raad dan geen respons zou bieden op de cassatieklacht.

te declaratie en daardoor het vermoeden verkreeg dat MCR onjuist declareerde bedragen terugvordert, vanaf dat moment (juli 2009) onmiddellijk en volledig haar recht verloor om die onverschuldigde betalingen aan MCR terug te vorderen. Dit wat drastische oordeel sneuvelt in cassatie.

4.1 *De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid als klachtplicht*

Het oordeel van het hof – rechtsverlies door te laat klagen op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid – komt overeen met waartoe de toepassing van artikel 6:89 BW (schending klachtplicht) zou leiden. Deze bepaling was in de (onbestreden) oordelen van de rechtbank en het hof als zodanig niet van toepassing, omdat het hier ging om gebrekkige declaraties. Het opstellen en toezenden van een factuur kan in beginsel niet gelden als een prestatie zoals bedoeld in artikel 6:89 BW.⁵ Desondanks komt het hof over de band van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 2 BW tot een resultaat dat vergelijkbaar is met de toepassing van artikel 6:89 BW: het oordeelt dat Zilveren Kruis de gedane betalingen niet meer kan terugvorderen, omdat zij niet onmiddellijk na het ontdekken van de tekortkoming door MCR heeft geklaagd.

Op zichzelf is dat mogelijk. Het verlies van een recht doordat te laat wordt geklaagd is een toepassing van het leerstuk van rechtsverwerking, dat op haar beurt een uitwerking en toepassing is van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid:⁶ de schuldeiser heeft zich gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het geldend maken van het betrokken recht.⁷ De gedachte is dat de tekortschietende schuldenaar de kans is ontnomen om maatregelen te treffen die de gevolgen van zijn tekortkoming beperken of zich tegen eventuele klachten te verweren.⁸ Dit belang van de schuldenaar moet evenwel worden afgewogen tegen het belang van schuldeiser. De schuldeiser komt volgens eerdere rechtspraak van de Hoge Raad bij de klachtplicht van artikel 6:89 en 7:23 BW enige tijd toe om te onderzoeken of een gebrek echt bestaat en welke omvang dat heeft.⁹ Hoe lang hij daarvoor de tijd heeft, hangt onder meer af van de aard en waarneembaarheid van het gebrek, de wijze waarop dit aan het licht treedt, de deskundigheid van de schuldeiser en of hij afhankelijk is van informatie van derden, zoals een externe deskundige.¹⁰ Of een partij na de ontdekking van het gebrek tijdig heeft geklaagd, hangt eveneens af van een weging van alle belangen en de omstandigheden van het geval. Een vaste termijn hiervoor bestaat niet, ook niet als uit-

gangspunt.¹¹ *Enkel* tijdsverloop, in de zin dat het lang duurt voordat is geklaagd, is onvoldoende om een geslaagd beroep op de klachtplicht te doen.¹²

Het ligt voor de hand dat dergelijke overwegingen van de Hoge Raad bij de klachtplicht eveneens gelden wanneer over de band van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een met de klachtplicht vergelijkbaar resultaat wordt beoogd. Daarbij is nog van belang dat de rechter bij de toepassing van deze beperkende werking, mede gezien de soms drastische gevolgen, zoals in deze zaak rechtsverlies, terughoudend te werk moet gaan. Artikel 6:248 lid 2 BW kent volgens vaste leer een “strengere en tot terughoudende toepassing nopende maatstaf”.¹³ Dat betekent ook dat de rechter een op artikel 6:248 lid 2 BW gestoeld oordeel van een solide motivering moet voorzien.

4.2 *Hoge Raad vernietigt oordeel van het hof*

Op die motivering loopt het oordeel van het hof in de zaak tussen Zilveren Kruis en MCR uiteindelijk stuk. Het hof achtte voor zijn oordeel, dat Zilveren Kruis haar recht verloor om de betalingen van MCR terug te vorderen nadat Zilveren Kruis in juli 2009 bekend raakte met een onjuiste declaratie, doorslaggevend dat Zilveren Kruis toen (in juli 2009) “wetenschap” had van de onjuistheid van de declaraties. Ondanks deze wetenschap, heeft Zilveren Kruis nog een jaar gewacht voordat zij MCR in juli 2010 waarschuwde, aldus het hof. De Hoge Raad vernietigt dit oordeel, omdat, kort gezegd, vaststond dat Zilveren Kruis in juli 2009 slechts bekend raakte met één ongedekte declaratie en zonder nadere motivering niet valt in te zien waarom Zilveren Kruis reeds op dat moment al wist of had moeten weten van de aard en de omvang van de onregelmatigheden in de andere declaraties, noch dat zij MCR toen direct had moeten waarschuwen (rov. 3.4.2). Mede om die reden acht de Hoge Raad eveneens onbegrijpelijk dat Zilveren Kruis haar recht op ongedaanmaking vanaf juli 2009 in het geheel verloor. Hier doorheen speelt tevens dat Zilveren Kruis in beginsel mocht afgaan op de juistheid van de declaraties van MCR en Zilveren Kruis tot juli 2009 nog geen aanleiding had gehad om aan die juistheid te twijfelen. Het verwijzingshof zal zich dus nogmaals over deze kwestie moeten buigen.

5. Conclusie

Het arrest van de Hoge Raad levert een gemengde overwinning op voor Zilveren Kruis. Enerzijds ziet de Hoge Raad door de vingers dan het hof tamelijk ruimhartig is geweest bij de interpretatie van het beroep van MCR op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Het hof woog daarbij omstandigheden mee die MCR eigenlijk in een andere context had aangevoerd. Hierin is zichtbaar de vrijheid van het hof als feitenrechter om de betogen van par-

5 HR 11 mei 2001, NJ 2001/410, rov. 3.3.

6 Zie o.m. HR 24 april 1998, NJ 1998/621; HR 16 april 1993, NJ 1993/367 (*Amaya/Aruba Hotel*); HR 7 juni 1991, NJ 1991/708 (*Bankmanager*).

7 HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593 (*Far Trading/Edco II*), rov. 5.6.3.

8 Parl. Gesch. Boek 6, p. 316; Parl. Gesch. Boek 7, p. 146.

9 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, rov. 4.2.3-4.2.5; HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8991, rov. 3.3.1-3.3.2; HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, rov. 3.3.1-3.3.4.

10 Ibid.

11 Ibid.

12 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, rov. 5.4.

13 Vgl. Parl. Gesch. BW Boek 6, MvA II, p. 67-68; HR 25 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4942 (*FNV/Maas*); HR 8 februari 2002, NJ 2002/284 (*Poelstra/Bettman Transport & Expeditie*).

tijen te interpreteren en beoordelen. Anderzijds komt de Hoge Raad Zilveren Kruis tegemoet, omdat Zilveren Kruis in juli 2009 slechts een vermoeden kon hebben dat er mogelijk onjuistheden in de andere declaraties zaten. Dat vermoeden is niet genoeg om het recht van Zilveren Kruis op terugbetaling van de later fout gebleken declaraties prompt te doen vervallen. Waar de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid wordt gebruikt om een met artikel 6:89 BW vergelijkbaar resultaat te bereiken, geldt een terughoudende maatstaf. Zilveren Kruis mocht enige tijd nemen om de veelvoud van declaraties te onderzoeken op ongerechtigheden. Of zij voor dat onderzoek tot juli 2010 – een jaar – mocht nemen voordat ze MCR op de hoogte stelde, moet na verwijzing blijken.