

Over art. 3:43 BW en verrekeningsperikelen

Bb 2018/27

Een rechtshandeling strekkende tot verkrijging van een goed door (onder meer) een advocaat waarover een geding aanhangig is, is op grond van art. 3:43 lid 1 BW nietig. De Hoge Raad gaat bij arrest van 23 maart 2018 (ECLI:NL:HR:2018:428) in op de vraag hoe ruim de zinsnede 'waarover een geding aanhangig is' uit art. 3:43 lid 1 BW moet worden uitgelegd. Bovendien laat de Hoge Raad zich uit over het gezag van gewijsde van de verwerping van een verrekeningsverweer in arbitrageprocedures en het vereiste van wederkerig schuldenaarschap voor verrekening.

1. Inleiding

Art. 3:43 BW is een bepaling die men in de rechtspraak niet zo gek vaak ziet. De bepaling bestraft rechtshandelingen tot verkrijging door (onder meer) een advocaat, notaris of deurwaarder van goederen, waarover een geding aanhangig is (onder het rechtsgebied waaronder hij of zij praktijk uitoefent), met de nietigheidssanctie.

Deze bepaling staat evenwel centraal in een arrest van de Hoge Raad van 23 maart 2018 (ECLI:NL:HR:2018:428). De Hoge Raad gaat in op de vraag hoe de zinsnede 'waarover een geding aanhangig is' uit art. 3:43 lid 1 BW moet worden begrepen. Bovendien speelt in dit arrest de vraag of de verwerping van een verrekeningsverweer in een arbitrageprocedure gezag van gewijsde heeft, hoewel de vordering waar het verrekeningsverweer op is gebaseerd niet aan arbitrage onderworpen is. Tenslotte illustreert het arrest dat men voor een beroep op verrekening contractueel kan afwijken van het vereiste van wederkerig schuldenaarschap op grond van art. 6:127 lid 2 BW.

Ik schets hierna eerst de feiten van de zaak, waarin een opmerkelijke rol voor een van de advocaten is weggelegd. Vervolgens ga ik in op het arrest van de Hoge Raad.

2. Feiten AA Accountants/Advocaat

AA Accountants verricht accountantswerkzaamheden voor P&H Holding B.V. (hierna: P&H) en een aantal dochtervennootschappen, waaronder Previa Onderhoud B.V. (hierna: Previa). P&H en Previa hebben moeite om de nota's van AA Accountants te voldoen, waarvoor partijen tot een ogenschijnlijk creatieve oplossing komen: als tegenprestatie voor de accountantswerkzaamheden van AA Accountants zal Previa onderhoudswerkzaamheden aan het pand van AA Accountants verrichten. De resterende kosten zouden vervolgens door verrekening kunnen worden voldaan.

De samenwerking strandt echter al snel. Previa en AA Accountants krijgen onenigheid over de verschuldigdheid van een aantal facturen en verwijten elkaar bovendien over

en weer gebrekkige dienstverlening. In de zomer van 2011 neemt Previa daarom een advocaat in de arm.

Previas blijkt echter ook al niet in staat om de nota's van haar advocaat te betalen. Ook hiervoor wordt een 'out of the box'-oplossing bedacht. Previa en de advocaat komen overeen om de vordering van Previa op AA Accountants van € 82.013,93 (voor onbetaald gelaten onderhoudswerkzaamheden) via een stille cessie over te dragen aan de advocaat. De cessieakte, die een geheimhoudingsclausule bevat, is geregistreerd op 31 januari 2012.

Vervolgens maakt (de advocaat van) Previa op 26 maart 2012 een procedure tegen AA Accountants aanhangig bij de rechtbank Amsterdam. De rechtbank verklaart zich onbevoegd vanwege een toepasselijk arbitragebeding, waarop Previa de vordering voorlegt aan de Raad van Arbitrage voor de Schoonmaak- en Bedrijfsdienstenbranche, die Previa's (gecedeerde) vordering toewijst.

Daarbij is van belang dat de Raad het verrekeningsverweer van AA Accountants verwerpt. AA Accountants baseerde dit verweer op vorderingen uit hoofde van werkzaamheden voor Previa, die aldus niet onder de reikwijdte van het arbitragebeding vielen.

Op 14 mei 2014 betekent de advocaat van Previa dit arbitrale vonnis, voorzien van verlof tot tenuitvoerlegging, aan AA Accountants en een dag later doet hij mededeling van de cessie. AA Accountants start daarop een procedure tegen de raadsman van Previa. AA Accountants stelt zich daarin op het standpunt dat de cessie van de vordering aan de advocaat op grond van art. 3:43 BW nietig is, omdat de vordering op het moment van overdracht onderwerp was van een rechtsgeding.

3. Art. 3:43 lid 1 BW: het begrip 'waarover een geding aanhangig is'

De oplettende lezer heeft uit het voorgaande feitenrelaas opgemaakt dat er op het moment van de stille cessie op 31 januari 2012 nog geen geding aanhangig was, althans niet in processuele zin. Immers dagvaardde de advocaat van Previa AA Accountants eerst op 26 maart 2012.

Het hof wijst de vordering van AA Accountants dan ook af, overwegende dat de vordering op 31 januari 2012 kon worden overgedragen. Pas bij dagvaarding op 26 maart 2012 was er volgens het hof een geding aanhangig. Het hof sluit voor dat oordeel aan bij art. 125 lid 1 Rv, welk artikel bepaalt dat het geding aanhangig is vanaf de dag van de dagvaarding.

Dat oordeel ligt voor de hand. Niettemin is er sympathie op te brengen voor het standpunt van AA Accountants, dat de zinsnede 'waarover een geding aanhangig is' ruimer moet worden uitgelegd. De advocaat was op deze manier immers in staat voor eigen gewin te procederen, nu hij vooraf aan de procedures de betreffende vordering al overgedragen had gekregen. Dat is in strijd met de gedragsregels en de tuchtklachten tegen de betreffende advocaat

¹ Hugo Boom is advocaat bij BarentsKrans N.V. op de praktijkgroep cassatie.

waren dan ook succesvol: de Raad van Discipline berispte de raadsman van Previa voor deze gang van zaken (vgl. ECLI:NL:TADRAMS:2015:309).

Het oordeel van het hof blijft in cassatie niettemin overeind. De Hoge Raad overweegt dat uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 3:43 lid 1 BW blijkt dat de bepaling slechts van toepassing is op goederen waarover een geding aanhangig is als bedoeld in art. 125 lid 1 Rv. Dat betekent dat pas vanaf de dag van de dagvaarding (of, in het geval van digitaal procederen: de dag waarop de procesinleiding is ingediend) sprake is van een geding als bedoeld in art. 3:43 lid 1 BW. Aangezien in dit geval op 26 maart 2012 voor het eerst een geding aanhangig werd gemaakt (terwijl de cessie op 31 januari 2012 plaatsvond) gaat de klacht volgens de Hoge Raad niet op.

4. **Gezag van gewijsde van verrekeningsoordeel in arbitrageprocedures**

Hiervoor gaf ik al aan dat het beroep op verrekening door AA Accountants in de arbitrageprocedure is verworpen. In deze procedure vordert AA Accountants alsnog een verklaring voor recht dat de vordering van de advocaat is verrekend met haar eigen vorderingen uit hoofde van voor Previa verrichte werkzaamheden.

Het hof wijst deze vordering af. Volgens het hof is de verwerping van het verrekeningsverweer in de arbitrageprocedure door gezag van gewijsde van de arbitrale uitspraak (op grond van art. 1059 Rv) onaantastbaar geworden. Het feit dat de vorderingen, waarop het verrekeningsverweer in de arbitrageprocedure was gebaseerd, op zichzelf niet aan arbitrage onderworpen waren, doet daar volgens het hof niet aan af.

De Hoge Raad bevestigt de juistheid van dat oordeel zonder verdere omhaal. Hij overweegt dat de arbitrale procedure tussen Previa en AA Accountants betrekking had op vorderingen van Previa die voortvloeien uit de overeenkomst tot het verrichten van onderhoudswerkzaamheden voor AA Accountants. Als verweer voerde AA Accountants een aantal vorderingen op uit hoofde van de door haar verrichte werkzaamheden voor Previa. Dit verweer behoorde volgens de Hoge Raad tot de bevoegdheid van de arbiter, omdat daarmee de toewijsbaarheid van de vordering van Previa ter discussie stond. Het gezag van gewijsde van het arbitraal vonnis (art. 1059 Rv) strekt zich daarom volgens de Hoge Raad uit tot de verwerping van het verrekeningsverweer. Dat wordt niet anders doordat de tegenvordering op zichzelf niet aan arbitrage is onderworpen.

5. **Wederkerig schuldenaarschap?**

Het hof ging volgens de Hoge Raad overigens wel in de fout, voor zover het tot afwijzing concludeerde van de vordering van AA Accountants uit hoofde van verrekening met betrekking tot kosten die zij nog van P&H te vorderen had. Het hof legde aan dat oordeel ten grondslag dat geen sprake was van wederkerig schuldenaarschap, zoals art. 6:127 lid 2 BW vereist.

Op het eerste gezicht is dat oordeel niet onlogisch, omdat AA Accountants een vordering op P&H wenst te verrekenen met de vordering van de advocaat, die in eerste instantie aan Previa toebehoorde. Echter ziet het hof eraan voorbij dat partijen afspraken hebben gemaakt die afwijken van het bepaalde in art. 6:127 lid 2 BW. Deze bepaling is van regelen recht, zodat afwijking daarvan mogelijk is. Partijen hebben in dit verband afgesproken dat AA Accountants haar vorderingen uit hoofde van werkzaamheden voor zowel P&H als Previa kan verrekenen met vorderingen van Previa. Het hof kon deze vordering van AA Accountants daarom niet zonder meer met een beroep op art. 6:127 lid 2 BW afwijzen.

De hiervoor besproken situatie, waarin meerdere (werk)maatschappijen van een onderneming zaken doen met een en dezelfde wederpartij, komt natuurlijk veel voor. In dit soort situaties kan het praktisch zijn om de vorderingen op de ene groepsmaatschappij te kunnen verrekenen met vorderingen van een andere groepsmaatschappij. In dat geval is er strikt genomen geen sprake is van wederkerig schuldenaarschap. Dit arrest illustreert echter dat dit vereiste relatief eenvoudig kan worden 'weggecontracteerd', bijvoorbeeld door een beding in algemene voorwaarden of (raam)overeenkomsten op te nemen, met de strekking dat verrekening ook met andere groepsmaatschappijen kan plaatsvinden.

6. **Conclusie**

De Hoge Raad bevestigt in dit arrest dat de zinsnede 'waarover een geding aanhangig is' uit art. 3:43 lid 1 BW in lijn met artikel 125 lid 1 Rv moet worden uitgelegd. Dat brengt mee dat een overdracht van een goed aan (onder meer) een advocaat, notaris of deurwaarder pas nietig is als er voorafgaand aan de overdracht een dagvaarding met betrekking tot dat goed is uitgebracht. Bovendien leert dit arrest ons dat het oordeel van een arbiter over een verrekeningsverweer, dat is gebaseerd op een vordering die niet aan arbitrage onderworpen is, gezag van gewijsde heeft en dus in beginsel niet meer door een andere arbiter of rechter kan worden beoordeeld. Het arrest brengt tenslotte in herinnering dat voor een beroep op verrekening niet zonder meer wederkerig schuldenaarschap is vereist, omdat partijen dit vereiste kunnen wegcontracteren. Bij een contractuele verhouding met meerdere groepsmaatschappijen van een concern verdient het dan ook aanbeveling om een beding met die strekking in algemene voorwaarden of (raam)overeenkomst op te nemen.