

PELS RIJCKEN

Landsadvocaat

Advies

voor

van

datum 26 juli 2021

inzake Advies LCH en convenant

zaaknr 11016400

Inleiding

Tijdens onze besprekingen van 21 juni en van 9 juli jl. hebben wij gesproken over het ontstaan en de werkwijze van het Landelijk Consortium Hulpmiddelen (hierna: LCH) als samenwerkingsverband en het door de deelnemers aan het LCH ondertekende Convenant Landelijk Consortium Hulpmiddelen (hierna: het convenant). Ten behoeve van dit advies hebben wij van u de stukken ontvangen als genoemd in onze email van 14 juli 2021. U heeft ons op basis daarvan gevraagd in algemene zin en beknopt uiteen te zetten:

- (i) wat de gebondenheid van partijen is aan het convenant,
- (ii) in welke relatie LCH staat tot leveranciers,
- (iii) of de Staat een beroep kan doen op het convenant, en
- (iv) welke juridische mogelijkheden denkbaar zijn om leveranciers eventueel aan te spreken en wie dit kan doen?

Wij gaan daarop hierna in.

1 De partijen bij en de juridische duiding van het convenant LCH

1.1 Het ministerie van VWS heeft het zorgveld zo veel mogelijk ondersteund bij het bestrijden van de corona crisis. Daaronder viel ook de grootschalige inkoop van onder meer persoonlijke beschermingsmiddelen (PBM) in tijden van grote schaarste. In eerste instantie is dit door het ministerie zelf opgepakt. Naarmate de inkoop van PBM verder werd opgeschaald, werd de behoefte aan centrale inkoop groter. In verband daarmee is het LCH ontstaan.¹ Binnen het LCH en ook in de verhouding tussen de leveranciers en LCH is sprake van een complex krachtenveld dat juridisch niet makkelijk valt te duiden.

¹ Kamerstukken II 2020/21, 35830-XVI, nr. 10 (Jaarverslag van het ministerie van VWS), p. 12/13.

- 1.2 Het LCH komt voort uit gesprekken 'tussen producenten, distributeurs, zorgaanbieders, beleidsmakers en overige partijen die betrokken zijn bij de inkoop, het productie- en/of het distributieproces van medische hulpmiddelen'.² De deelnemers aan deze gesprekken hebben besloten hun krachten te bundelen in het LCH.³
- 1.3 De daarover gemaakte afspraken zijn vastgelegd in het convenant.⁴ Dit convenant is opgesteld door juristen van de Federatie van Technologiebranches, wier gebouw aanvankelijk als samenwerkingslocatie diende.
- 1.4 Het doel van het convenant is, volgens artikel 1 ervan, om de manier waarop partijen binnen het LCH samenwerken, vast te leggen. In artikel 2 zijn 'algemene uitgangspunten en beginselen van samenwerking' neergelegd. Naast nog enkele andere bepalingen bevatte het convenant ook een verklaring tot geheimhouding.
- 1.5 De bij het convenant betrokkenen vallen lastiger vast te stellen. In de eerste plaats is niet steeds duidelijk of het convenant in privé is getekend of namens een bedrijf.⁵ In de tweede plaats is van belang dat niet zonneklaar is *jegens wie* een partij die het convenant tekende nu eigenlijk verplichtingen op zich nam. Dit komt doordat onduidelijk is of LCH zelf rechten en verplichtingen kan hebben of alleen een samenwerkingsverband is van personen/bedrijven/instellingen dat niet zelfstandig rechten en verplichtingen heeft. In de derde plaats is de vraag of het convenant ook gold voor leveranciers.⁶ Dus op partijen van wie het LCH PBM kocht. Er is binnen het LCH dus sprake van een samenstel van contractuele verhoudingen.
- 1.6 De Staat (ministerie van VWS) maakte geen deel uit van het LCH.⁷ Het convenant is (dus) ook niet door het ministerie ondertekend. De opsteller(s) van het convenant zijn wel uitgegaan van het bestaan van een 'aparte samenwerkingsovereenkomst' tussen VWS en LCH maar deze is nooit tot stand gekomen. De Staat/het ministerie zal dus niet rechtstreeks rechten en verplichtingen aan het convenant kunnen ontlenuen/op grond van het convenant hebben jegens een partij die het convenant (wel) heeft ondertekend.
- 1.7 Het LCH heeft geen rechtspersoonlijkheid. Dat houdt in dat zij geen zelfstandig drager van rechten en verplichtingen is. LCH kon dus zelf geen contracten sluiten met

² Zie considerans bij het convenant LCH (tweede bulletpoint).

³ Zie considerans bij het convenant LCH (vierde bulletpoint).

⁴ Zie considerans bij het convenant LCH (vijfde bulletpoint)

⁵ Memo 'vormgeving LCH' van 11 mei 2020.

⁶ Rapport Grant Thornton, par. 6.3.2. In de eerste alinea van dat rapport wordt opgemerkt: "Uit de uitspraken van de geïnterviewden maken wij op dat RGA geen onderdeel vormde van het consortium, maar werd gezien als een leverancier. Hiermee gold dat de binnen de leden van het LCH gemaakte kernafspraken, zoals het meewerken zonder winstoogmerk, niet van toepassing waren voor RGA". Die alinea lijkt erop te wijzen dat op een partij die "werd gezien als leverancier" het convenant geen betrekking had. In de tweede alinea staat het echter weer iets anders verwoord. Daarin staat onder meer dat "een aantal van de geïnterviewden [opmerken] dat de regels van het consortium niet konden worden opgelegd aan leveranciers die niet waren aangesloten bij het consortium". Met andere woorden: dat op leveranciers die het convenant wel hadden getekend, het convenant wél van toepassing was.

⁷ Zie considerans bij het convenant LCH (zesde bulletpoint).

leveranciers. In de praktijk werd dat meestal gedaan door een onderneming die deelnam aan het LCH.

- 1.8 Voor deze onderneming bracht die rol als inkoper en doorverkoper van PBM financiële risico's met zich mee. Tussen haar en de Staat is om die reden op 23 maart 2020 een overeenkomst gesloten, waarin de Staat zich garant stelde voor de financiële risico's die zij liep.

2 Mogelijkheden tot het aanspreken van een leverancier en/of bij die leverancier betrokkenen

- 2.1 Er bestaan kort en goed drie mogelijke gronden waarop de leveranciers en/of bij die leveranciers betrokkenen onder omstandigheden zouden kunnen worden aangesproken. Dit zijn:
- [•] het terugdraaien van de met die leveranciers gesloten overeenkomsten ("vernietiging"),
 - [•] wanprestatie,
 - [•] onrechtmatige daad.

Wij gaan hierna verder op deze gronden in.

- 2.2 Omdat de hiervoor genoemde onderneming binnen LCH meestal contractpartner was van de leveranciers, moet zij deze leveranciers in beginsel aanspreken bij eventuele problemen over (de uitvoering van) de contracten, al kan een andere partij dat ook voor haar doen. Dat aanspreken kan de volgende vormen aannemen.
- 2.3 Er kan sprake zijn van een grond tot vernietiging van een overeenkomst. De vernietiging van een overeenkomst doet in beginsel de rechtsgevolgen met terugwerkende kracht vervallen. Dit betekent dat er in juridische zin vanuit wordt gegaan dat de overeenkomst nooit heeft bestaan. Dat brengt mee dat partijen de prestaties die zij vóór de vernietiging hebben verricht in beginsel van elkaar kunnen terugvorderen.⁸ Belangrijke vernietigingsgronden zijn bedreiging, bedrog, misbruik van omstandigheden (art. 3:44 BW) en dwaling (art. 6:228 – 6:230 BW).
- 2.4 Bedreiging is aanwezig, wanneer iemand een ander een overeenkomst laat sluiten door deze of een derde onrechtmatig met enig nadeel in persoon of goed te bedreigen. Van bedrog is sprake bij een opzettelijke kunstgreep bij het sluiten van een overeenkomst en die overeenkomst zonder die kunstgreep niet zou zijn gesloten.
- 2.5 Misbruik van omstandigheden is aanwezig, wanneer iemand die weet of moet begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden, zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid, bewogen wordt tot het sluiten van een overeenkomst, het sluiten van die

⁸ Mon. Nieuw BW A-10 (Hammerstein en Vranken), nr. 7.

overeenkomst bevordert, terwijl hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan zou behoren te weerhouden.

- 2.6 Op dwaling kan een beroep worden gedaan indien er is gecontracteerd op grond van een onjuiste voorstelling van zaken, die dan wel is veroorzaakt door een onjuiste inlichting of door een onterecht zwijgen dan wel doordat beide partijen een onjuiste voorstelling van zaken hadden, de overeenkomst zonder de onjuiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten en het duidelijk moet zijn geweest dat het aspect waarover werd gedwaald voor degene die uitgang van de onjuiste voorstelling van zaken van belang was.
- 2.7 Of zich in een concreet geval een vernietigingsgrond voordoet, hangt volledig af van de omstandigheden van het geval. Het convenant kan daarbij ook een factor van betekenis zijn.
- 2.8 Een wilsgebrek heeft betrekking op de totstandkoming van een overeenkomst. Het probleem kan ook in de uitvoeringsfase zitten. Zo kan een partij wanprestatie plegen door niet te doen waartoe zij op grond van de overeenkomst verplicht is. In dat geval kan de wederpartij de overeenkomst in beginsel ontbinden⁹ of vergoeding vorderen van eventueel geleden schade of een combinatie daarvan. Waartoe een partij verplicht is, is een kwestie van uitleg van de overeenkomst en die uitleg hangt wederom af van de omstandigheden van het geval. Ook hier geldt dat het convenant daarbij een factor van betekenis kan zijn.
- 2.9 Overeenkomsten hebben in beginsel alleen werking tussen contractpartners. De belangen van derden kunnen echter zo nauw betrokken raken bij een contractsverhouding dat onder omstandigheden een partij gehouden is de belangen van derden te ontzien. Doet hij dat in zo'n situatie onvoldoende, dan is dat onrechtmatig jegens die derde die in dat geval schadevergoeding kan vorderen. Daarnaast kan het verstrekken van onjuiste informatie of het verzwijgen van informatie jegens derden (niet contractpartners) onrechtmatig zijn. Het is, wederom afhankelijk van de omstandigheden van het geval, mogelijk dat ook de Staat (ministerie van VWS) zo'n derde is. Ook in dat verband kan het convenant een rol spelen.

3 Conclusie

- 3.1 In de inleiding kwamen de vragen aan de orde die u ons heeft gesteld. U heeft ons gevraagd in algemene zin en beknopt uiteen te zetten:
- (i) wat de gebondenheid van partijen is aan het convenant,
 - (ii) in welke relatie LCH staat tot leveranciers,

⁹ Ontbinden is het eenzijdig beëindigen van een overeenkomst. Verschil met vernietiging is met name het ontbreken van terugwerkende kracht. De overeenkomst blijft dus geldig tot het moment van ontbinding en er wordt niet vanuit gegaan dat die nooit heeft bestaan. Wel moet hetgeen is gepresteerd op grond van de overeenkomst worden teruggedraaid.

- (iii) of de Staat een beroep kan doen op het convenant, en
- (iv) wat in algemene zin de mogelijkheden zijn om leveranciers aan te spreken en wie dit kan doen?

- 3.2 Het antwoord op vragen (i) en (ii) is in algemene zin niet eenduidig te geven omdat het convenant zowel door privé personen als namens ondernemingen/instellingen is getekend. Daarmee is niet steeds duidelijk of ook de ondernemingen/instellingen waarbij die privé personen zijn betrokken partij zijn bij het convenant. Bovendien kan niet in algemene zin worden gezegd jegens wie een partij die het convenant tekende verplichtingen op zich nam. Verder bestaat onduidelijkheid of leveranciers het convenant hebben getekend en dus of dit voor hen geldt. Over al deze punten zal op basis van verder onderzoek uitsluitel moeten worden verkregen en pas daarna kunnen de vragen (i) en (ii) meer precies worden beantwoord.
- 3.3 Het antwoord op vraag (iii) is dat de Staat geen rechtstreeks beroep kan doen op het convenant omdat hij daarbij geen partij is.
- 3.4 In antwoord op vraag (iv) geldt dat er verschillende mogelijkheden bestaan waarop de Staat, na het overnemen van de vordering(en) van de hiervoor bedoelde onderneming binnen LCH, leveranciers kan aanspreken indien zij bijvoorbeeld onjuiste informatie hebben verstrekt of ten onrechte informatie hebben verzwegen dan wel de verplichtingen uit de overeenkomst niet zijn nagekomen. Dat kan, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, leiden tot het terugdraaien van de overeenkomst met die leverancier of tot ontbinding dan wel schadevergoeding. Onder omstandigheden kan ook onrechtmatig jegens de Staat zijn gehandeld (en kan hij op die voet schadevergoeding vorderen) indien een bij het LCH betrokkene zich de belangen van de Staat had moeten aantrekken en dat onvoldoende heeft gedaan. Het convenant is daarbij een relevante omstandigheid.
- 3.5 Tot zover ons advies. Tot een nadere toelichting zijn wij uiteraard graag bereid.