

Bedrijfsjuridische berichten, De klachtplicht is dood, leve de klachtplicht!

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

| | | | |
|--------------------|------------------------------------|------------------------|------------|
| Vindplaats: | Bb 2013/36 | Bijgewerkt tot: | 24-05-2013 |
| Auteur: | Mr. E.M. van Orsouw ^[1] | | |

De klachtplicht is dood, leve de klachtplicht!

Samenvatting

(HR 8 februari 2013, LJV BY4600)

1. Inleiding

Begin 2008 stelde Drion in zijn 'Vooraf' voor het *NJB* vast dat de klachtplicht, zoals neergelegd in art. 6:89 BW (dat in zijn algemeenheid van toepassing is op verbintenissen) en 7:23 BW (dat speciaal ziet op koopovereenkomsten) tot kort daarvoor in de praktijk vrij massaal 'werd genegeerd' (*NJB* 2008/329, aflevering. 7, p. 375). Op het moment dat hij dat constateerde was dat echter reeds volledig anders. Alleen in 2007 al is er een vijftal arresten geweest 'waarin de Hoge Raad op een aantal punten duidelijk heeft gemaakt hoe het nou zit met die klachtplicht.' En de afgelopen jaren is dat doorgegaan en is er niet alleen over de klachtplicht nog heel veel rechtspraak verschenen van zowel de Hoge Raad als van lagere rechters maar is er ook in de literatuur veel gezegd en geschreven over de klachtplicht. De grenzen zijn verkend en inmiddels een stuk duidelijker geworden. Wat dat betreft is de gelijkenis met de omkeringsregel groot.

In de literatuur is wel gesteld dat met het arrest *Ploum/Smeets II* (HR 25 maart 2011, LJV BP8991RAV 2011/63) een 'voorlopig eindpunt' was bereikt in de ontwikkeling door de Hoge Raad van 'een genuanceerd systeem van *checks and balances* met betrekking tot de klachtplicht' (Y.A. Rampersad & J.A. Van der Weide, 'De klachtplicht bij koop', *MvV* 2011, nr. 12, p. 320 e.v.). Maar de praktijk wijst uit dat er altijd vragen blijven. Ook wat dat betreft is de gelijkenis met de omkeringsregel groot (vgl. de recente inventarisatie van de stand van zaken ter zake de omkeringsregel door Akkermans & Van Dijk 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AV&S* 2012/17).

Op 8 februari 2013 is een drietal arresten geweest door de Hoge Raad waarin de klachtplicht (wederom) centraal stond. In deze bijdrage zal ik één van deze arresten centraal stellen: HR 8 februari 2013, LJV BY4600 (zie ook *JOR* 2013/106, m.nt. B.T.M. van der Wiel en *RAV* 2013/42). Dat omdat in dit arrest niet alleen de Hoge Raad een aardige inventarisatie geeft van zijn eerdere rechtspraak over de klachtplicht, maar ook omdat in dit arrest een aspect van de klachtplicht aan de orde komt dat voor de praktijk van groot belang is. Het betreft de vraag of de schuldeiser die (zeer) lang wacht met klagen na het moment dat hij bekend werd met het gebrek of het moment dat hij met dit gebrek bekend had moeten worden, in principe tegen de harde sanctie van schending van de klachtplicht (het verval van alle rechten) loopt of dat dit genuanceerder ligt.

Hierna zal ik eerst ingaan op de feiten en het procesverloop. Daarna sta ik stil bij de overwegingen van de Hoge Raad. Ten slotte volgen enkele beschouwingen. Ik zal in die beschouwingen ook ingaan op de belangrijkste overwegingen van de Hoge Raad in de andere twee arresten over de klachtplicht van 8 februari 2013 (*LJV* BX7846 en BX7195) en zal ook stilstaan bij het feit dat de drie arresten zijn geweest in de bijzondere context van de beleggingsadviesrelatie tussen een bank en een particuliere belegger (zie hierover eerder in dit blad: A.A. Ettema, 'Protesteplicht bij klachten over effectendienstverlening', *Bb* 2010/44).

2. Feiten en procesverloop

Rabobank en X hadden een beleggingsadviesrelatie. X heeft tussen 1997 en 2002 via Rabobank belegd in aandelen en gehandeld in opties. X heeft daarbij grote verliezen geleden. X meent dat Rabobank toerekenbaar is tekortgeschoten in haar zorgplicht, onder meer door X onvoldoende te informeren over de risico's verbonden aan het beleggen en handelen in opties en door voldoende onderzoek te doen naar de kennis, ervaring en beleggingsdoelstellingen van X. De rechtbank en het hof hebben de vorderingen op grond van art. 6:89 BW afgewezen omdat X niet binnen bekwame tijd zou hebben geklaagd. Volgens het hof was X in ieder geval in de herfst 2002 bekend met de geleden verliezen en had deze bekendheid toen aanleiding moeten zijn voor een onderzoek naar de eventuele gebrekkigheid van de prestatie van Rabobank. Dat bracht met zich dat volgens het hof X in ieder geval eind 2002 had moeten klagen. Nu eerst bij brief van 29 december 2005 was geklaagd, was volgens het hof sprake van een fors tijdsverloop tussen de aanvang van de termijn en het melden. De Hoge Raad parafraseert de overwegingen van het hof over dit tijdsverloop als volgt:

"Niet voorbijgegaan kan worden aan de ratio van art. 6:89 BW, te weten het belang van rechtszekerheid voor degene die zijn prestatie heeft geleverd. Die partij mag van haar wederpartij verlangen dat op voor haar kenbare wijze binnen bekwame tijd wordt geprotesteerd. Dat een zekere terughoudendheid om een beroep op art. 6:89 BW te honoreren op zijn plaats is brengt niet mee dat, zoals in het onderhavige geval, het pas na ongeveer drie jaar protesteren zonder dat daarvoor een duidelijke reden is, nog zou moeten worden gesauveerd. Indien dit wel zou gebeuren zou elke betekenis aan het in voornoemd artikel opgenomen woord 'tijdig' komen te ontvallen."

3. Hoge Raad

Zoals in de inleiding is aangegeven begint de Hoge Raad met een inventarisatie van zijn eigen rechtspraak over de klachtplicht. De Hoge Raad benadrukt daarbij dat waar deze rechtspraak is geweest in het kader van art. 7:23 BW de volgende regels ook van toepassing zijn bij een beroep op art. 6:89 BW.

De Hoge Raad stelt voorop dat de schuldeiser a. ter beantwoording van de vraag of de hem geleverde prestatie aan de overeenkomst beantwoordt het in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van hem te verwachten onderzoek dient te verrichten (de onderzoeksplicht); en b. binnen bekwame tijd nadat hij heeft ontdekt of bij een dergelijk onderzoek had behoren te ontdekken dat de geleverde prestatie niet aan de

overeenkomst beantwoordt, hiervan kennis dient te geven aan de verkoper (de klachtplicht).

Of is voldaan aan de voornoemde onderzoeks- en klachtplicht, dient te worden beoordeeld aan de hand van 'alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard en inhoud van de rechtsverhouding, de aard en inhoud van de prestatie en de aard van het gestelde gebrek in de prestatie'. Bij deze beoordeling is ook van belang of de schuldenaar nadeel lijdt door het late tijdstip waarop de schuldeiser heeft geklaagd en ook de ernst van de tekortkoming kan daarbij een rol spelen (zie Van der Wiel in zijn noot over de rol van deze laatste omstandigheid in het wegingsproces (*JOR* 2013/106)).

De Hoge Raad benadrukt aan het eind van zijn 'inleidende beschouwingen' dat het gaat om een belangenafweging. De rechter dient rekening te houden met enerzijds het voor de schuldeiser ingrijpende rechtsgevolg van het te laat protesteren zoals in art. 6:89 BW vermeld (te weten verval van al zijn rechten ter zake van de tekortkoming) en anderzijds de concrete belangen waarin de schuldenaar is geschaad door het late tijdstip waarop dat protest is gedaan, zoals een benadeling in zijn bewijspositie of een aantasting van zijn mogelijkheden de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperken. De Hoge Raad sluit zijn inleiding af met de overweging (r.o. 4.2.6):

"De tijd die is verstreken tussen het tijdstip dat bekendheid met het gebrek bestaat of redelijkerwijs diende te bestaan, en dat van het protest, vormt in die beoordeling weliswaar een belangrijke factor, maar is niet doorslaggevend."

Na deze algemene beschouwingen over de klachtplicht gaat de Hoge Raad vervolgens in op de betekenis van de onderzoeks- en klachtplicht in de specifieke context van de beleggingsrelatie tussen de bank en een particuliere belegger (waarbij ik opmerk dat deze overwegingen van de Hoge Raad in de specifieke context van de beleggingsadviesrelatie meer algemeen gelding lijken te hebben voor relaties tussen een professionele dienstverlener en een particulier). De Hoge Raad benadrukt, onder verwijzing naar vaste rechtspraak, de bijzondere zorgplicht die de bank, als professionele en bij uitstek deskundige dienstverlener, heeft ten opzichte van de particuliere belegger. Het feit dat bij deze belegger doorgaans een zodanige professionaliteit en deskundigheid ontbreken, maakt volgens de Hoge Raad dat de belegger niet zonder meer op de hoogte hoeft te zijn van het bestaan van de voornoemde bijzondere zorgplicht. Mocht de belegger wel van het bestaan van deze bijzondere zorgplicht op de hoogte zijn dan mag de belegger 'in beginsel ervan uitgaan dat de bank die zorgplicht jegens hem naleeft'.

Op grond van art. 6:89 BW rust pas een onderzoeksplicht op de belegger met betrekking tot de vraag of de bank haar zorgplicht jegens hem heeft nageleefd, indien de belegger 'van die zorgplicht op de hoogte is en gerede aanleiding heeft te veronderstellen dat de bank daarin kan zijn tekortgeschoten'. De enkele omstandigheid dat de uitgevoerde beleggingen een tegenvallend rendement hebben of tot verliezen leiden, wijst volgens de Hoge Raad niet zonder meer op een tekortschieten van de bank en behoeft dan ook 'in beginsel niet een reden voor onderzoek te zijn'. Dat geldt des te meer indien de bank als oorzaak voor tegenvallende rendementen of verliezen omstandigheden noemt die niet in haar risicosfeer liggen, zoals de heersende marktomstandigheden, of ter zake geruststellende mededelingen doet.

Tegen deze achtergrond vernietigt de Hoge Raad het bestreden arrest. In de eerste plaats had het hof volgens de Hoge Raad zijn oordeel dat X in ieder geval eind 2002 had moeten klagen, onvoldoende gemotiveerd. De enkele bekendheid van X met grote verliezen in de herfst van 2002 hoefde voor hem nog geen reden te zijn om te veronderstellen dat de bank is tekortgeschoten in haar dienstverlening dan wel om naar zodanig tekortschieten onderzoek te doen. Ook het oordeel van het hof dat een fors tijdsverloop als het onderhavige slechts onder bijzondere omstandigheden niet leidt tot verval van het recht om een beroep te doen op een gebrek in de prestatie, vindt in cassatie geen genade. De Hoge Raad overweegt (r.o. 5.4):

"De enkele omstandigheid dat het lang heeft geduurd voordat de cliënt heeft geklaagd, zonder dat daarbij de overige omstandigheden van het geval worden betrokken, zoals de aan- of afwezigheid van nadeel bij de bank door het tijdsverloop, is ontoereikend voor een succesvol beroep op art. 6:89 BW. In dat licht is onjuist dat – zoals het hof heeft geoordeeld – een fors tijdsverloop slechts onder bijzondere omstandigheden niet leidt tot verval van het recht om een beroep te doen op een gebrek in de prestatie."

4. Commentaar

Het arrest van de Hoge Raad is zeer lezenswaardig. Op een zeer overzichtelijke wijze worden 'de lessen' over de klachtplicht uit eerdere uitspraken van de Hoge Raad op een rijtje gezet. Het is niet mijn bedoeling in deze bijdrage in te gaan op al deze lessen en alle aspecten van de klachtplicht. Daartoe is het bestek van deze bijdrage te kort. Voor een uitgebreide analyse van de rechtspraak en veel verwijzingen naar relevante literatuur verwijs ik naar de conclusie van A-G Wissink voor het arrest en de conclusies van A-G De Vries Lentsch-Kostense voor de andere twee arresten over de klachtplicht van 8 februari 2013. Ook wijs ik graag op de verdiepende noot bij het onderhavige arrest van Van der Wiel die onder meer uitgebreid stilstaat bij de toepasselijkheid van de klachtplicht op bancaire zorgplichtkwesties en bij het bereik van art. 6:89 BW in het algemeen (*JOR* 2013/106). Ik volsta hierna met enkele korte beschouwingen.

5. Lengte klachttermijn: van tijdsaspect naar belangaspect

De Hoge Raad had voorafgaand aan het onderhavige arrest al meerdere keren duidelijk gemaakt dat voor beantwoording van de vraag of sprake is van klagen 'binnen bekwame tijd' acht moet worden geslagen op *alle* omstandigheden van het geval (vgl. HR 8 oktober 2010, *LJN* BM9615 RAV 2011/3). In het arrest *Ploum/Smeets II* (HR 25 maart 2011, *LJN* BP8991 RAV 2011/63) had de Hoge Raad bovendien overwogen dat het ontbreken van nadeel aan de zijde van de schuldenaar een bijzonder gewicht heeft. De Hoge Raad overwoog letterlijk:

"Als de belangen van de verkoper niet zijn geschaad, zal er niet spoedig voldoende reden zal zijn de koper een gebrek aan voortvarendheid te verwijten."

Zoals A-G Wissink in zijn conclusie voorafgaand aan het onderhavige arrest heeft aangegeven bestond er na *Ploum/Smeets II* in de literatuur verschil van mening over de vraag of de overwegingen van de Hoge Raad in dat arrest over nadeel bij de verkoper alleen betrekking hadden op de onderzoeksplicht dan wel ook betrekking hadden op de klachtplicht. Zouden deze overwegingen alleen betrekking hebben gehad op de onderzoeksplicht, dan zou, wanneer eenmaal is geoordeeld dat de klachttermijn is begonnen, bij de beoordeling van de gepastheid van de in acht genomen klachttermijn het nadeel van de schuldenaar slechts een omstandigheid zijn (en dus in dit stadium van de beoordeling geen bijzonder gewicht meer hebben).

Het hof ging in de onderhavige zaak uit van dit laatste en overwoog dat een fors tijdsverloop alleen onder bijzondere omstandigheden niet zou leiden tot het verval van rechten van de schuldeiser. De omstandigheid dat Rabobank geen nadeel zou hebben geleden, kon volgens het hof niet

als een dergelijke bijzondere omstandigheid worden aangemerkt. A-G Wissink (die in zijn conclusie overigens ook een heel aardig exposé geeft over het onderscheid tussen 'concreet nadeel en nadeel in abstracto', zie zijn overwegingen 2.7.1-2.7.5) was het met dit oordeel niet eens. Volgens hem is bij de toepassing van art. 7:23 en 6:89 BW de nadruk de afgelopen jaren 'verschoven van het tijdsaspect naar het belangaspect'. Hij concludeerde dan ook:

"Ik kom tot de slotsom dat ook wanneer de cliënt (erg) laat klaagt maar de bank geen concreet nadeel lijdt in verband met het moment waarop wordt geklaagd, er niet spoedig reden is om de cliënt een gebrek aan voortvarendheid te verwijten. Naar mijn mening is het ontbreken van nadeel aan de zijde van de schuldenaar een omstandigheid die in beginsel pleit tegen het aannemen van rechtsverlies aan de zijde van de schuldeiser, zowel ten aanzien van de onderzoeksplicht als ten aanzien van de klachtplicht die in artikel 6:89 BW besloten ligt." (overweging 2.9.)

De Hoge Raad is niet zo uitgesproken. Hij maakt duidelijk dat het gaat om een belangenafweging en dat de vraag of de schuldenaar in zijn belangen is geschaad volgens de Hoge Raad zowel bij (de termijn van) de onderzoeksplicht als de klachtplicht 'groot gewicht' toekomt (r.o. 4.3.4). Over de vraag hoe de belangenafweging echter uiteindelijk moet uitpakken als er aan de ene kant geen sprake is van schending van de belangen van de schuldenaar maar aan de andere kant wel sprake is van (fors) tijdsverloop (wat volgens de Hoge Raad bij de afweging ook 'een belangrijke factor' is (r.o. 4.2.6)), laat de Hoge Raad zich uiteindelijk niet expliciet uit. Dat blijft dus (vooralsnog) aan de feitenrechter op basis van de specifieke omstandigheden van het geval. Duidelijk is inmiddels dat er auteurs zijn die ook na het onderhavige arrest van oordeel blijven dat de feitenrechter minder ruimte voor afweging heeft bij de klachttermijn dan bij de onderzoekstermijn. Zo overweegt Van der Wiel in zijn noot (*JOR* 2013/106, par. 24):

"Hijma stelt in zijn genoemde noot (...) dat de term "binnen bekwame tijd" (mededelingsplicht) naar inhoud en aard relevant minder ruimte voor afwegingen laat dan de toets of de koper het gebrek reeds had behoren te ontdekken.' Dit oordeel onderschrijf ik: zodra aangenomen mag worden dat de schuldeiser [bekend was met het gebrek of daarmee bekend had behoren te zijn, toevoeging auteur] (...) is er geen goede grond al te flexibel om te gaan met de hem ter beschikking staande termijn om daadwerkelijk tot klagen om te gaan. Anders zou de rechtszekerheid, die art. 6:89 BW beoogt te dienen (...) onnodig in het gedrang komen."

6. Enkele opmerkingen over de onderzoeksplicht en het moment van ingaan van de klachttermijn

De klachttermijn vangt krachtens art. 6:89 BW aan zodra de schuldeiser 'heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken' dat sprake is van een gebrek.

De onderzoeksplicht vloeit voort uit de woorden 'of redelijkerwijze had moeten ontdekken'. De Hoge Raad heeft in dat verband bepaald dat de schuldeiser eventueel noodzakelijk deskundigenonderzoek in principe mag afwachten. Voor het geval het onderzoek langere tijd in beslag neemt heeft de Hoge Raad in HR 29 juni 2007, *LJN* AZ7617 (*Pouw/Visser*) geoordeeld dat de schuldeiser dan zijn wederpartij 'onverwijld kennis dient te geven van dat onderzoek en de verwachte duur daarvan'. Van Boom heeft in zijn annotatie van het arrest *Ploum/Smeets II* (HR 25 maart 2011, *LJN* BP8991) reeds opgemerkt dat de plicht om tussentijds mededeling te doen van langdurig onderzoek niet in de overwegingen van de Hoge Raad van dat arrest terugkwam (W.H. van Boom, 'Klachtplicht bij koop', *AA* november 2011, p. 814). Opvallend is dat ook in het onderhavige arrest een overweging hierover ontbreekt. Het is lastig om hieruit al te stevige conclusies te trekken maar ik neig er met Van Boom naar dat bij 'vermoede gebreken' de schuldeiser in principe tijd voor onderzoek zal worden gegund en niet snel zal worden geconcludeerd dat de schuldeiser zijn plicht tot tussentijdse mededeling heeft geschonden (en daarmee volledig met lege handen komt te staan).

Over 'vermoede gebreken' gesproken. Wanneer is sprake van 'het ontdekken van een gebrek in de prestatie'? Het is niet zo dat de fout moet vaststaan. De Hoge Raad heeft in voornoemd arrest *Pouw/Visser* geoordeeld dat de klachttermijn een aanvang neemt zodra de schuldeiser *met voldoende mate van waarschijnlijkheid* ervan kan (c.q. moet) uitgaan dat sprake is van een gebrek.

Eén van de verschillen tussen art. 6:89 en 7:23 BW is dat in het kader van koop voor het moment van aanvang van de klachttermijn een onderscheid wordt gemaakt tussen consumenten en bedrijfsmatig handelende schuldeisers. De derde zin van lid 1 van art. 7:23 BW bepaalt immers:

"Bij een consumentenkoop moet de kennisgeving binnen bekwame tijd na de ontdekking geschieden (...)".

Voor consumenten geldt in geval van koop dus geen onderzoeksplicht maar geldt enkel het moment van daadwerkelijke ontdekking van het gebrek. Een vergelijkbare bepaling ontbreekt in art. 6:89 BW. In één van de andere arresten die op 8 februari 2013 is gewezen (*LJN* BX7195), kwam de vraag op of ook onder art. 6:89 BW geldt dat consumenten geen onderzoeksplicht hebben. In cassatie vindt de stelling van de particuliere belegger dat de klachttermijn pas gaat lopen indien deze belegger het gebrek heeft ontdekt of dienaangaande 'een voldoende mate van zekerheid heeft' geen gehoor. De Hoge Raad houdt vast aan de tekst van art. 6:89 BW en overweegt dat beslissend is het moment waarop de belegger de schending van de zorgplicht heeft ontdekt of, in het licht van alle omstandigheden van het geval, redelijkerwijs had moeten ontdekken. De vraag is echter of dit voor de positie van de particuliere belegger een wezenlijk verschil uitmaakt.

De Hoge Raad maakt in hetzelfde arrest immers duidelijk dat in de relatie tussen een bank en een particuliere belegger niet al te snel een onderzoeksplicht moet worden aangenomen (terwijl bovendien duidelijk is dat een schuldeiser in principe de nodige tijd wordt gegund voor een eventueel onderzoek). De Hoge Raad kiest duidelijk voor bescherming van de particuliere belegger door te overwegen dat deze belegger op grond van art. 6:89 BW pas een onderzoeksplicht heeft met betrekking tot de vraag of de bank haar zorgplicht jegens hem heeft nageleefd, indien hij van die zorgplicht op de hoogte is en gereede aanleiding heeft te veronderstellen dat de bank daarin kan zijn tekortgeschoten. De enkele bekendheid met (forse) verliezen is in principe onvoldoende voor het aannemen van een onderzoeksplicht. Daarbij benadrukt de Hoge Raad bovendien dat een onderzoeksplicht al helemaal niet snel in beeld komt indien de bank geruststellende mededelingen heeft gedaan (zie ook één van de andere arresten van 8 februari 2013, *LJN* BX7846, r.o. 3.5.3).

Met het oordeel dat voor het ontstaan van een onderzoeksplicht nodig is dat de particuliere belegger op de hoogte is van de bijzondere zorgplicht van de bank, lijkt de Hoge Raad overigens A-G Wissink te volgen in zijn opvatting dat rechtsdwaling (dat wil zeggen: onbekendheid met de juridische kwalificatie van de feiten) in het kader van de klachtplicht niet zonder meer voor risico van de schuldeiser komt (zie hierover kritisch Van der Wiel in zijn noot, *JOR* 2013/106). Een verweer dat rechtsdwaling voor rekening en risico van de schuldeiser komt, past volgens Wissink beter in de context van een beroep op verjaring en minder in de context van de klachtplicht waar het meer zou gaan om een

afweging van de belangen van partijen (zie overweging 3.7.3 van zijn conclusie voor het onderhavige arrest). Dat rechtsdwaling in het kader van de klachtplicht niet zonder meer voor rekening en risico van de schuldeiser komt, sluit overigens aan bij het feit dat de Hoge Raad in HR 8 oktober 2010 (*LJN* BM9615) reeds had aangegeven dat 'juridische kennis' één van de relevante factoren is bij de beoordeling van een beroep op de klachtplicht.

7. Bewijslastverdeling

In *Ploum Smeets I* (HR 23 november 2007, *LJN* BB3733) heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de bewijslastverdeling bij de klachtplicht. Deze stelplicht en de bewijslast rust op de schuldeiser. Deze door de Hoge Raad geformuleerde regel van stelplicht en bewijslastverdeling heeft in de literatuur veel kritiek ondervonden. A-G De Vries Lentsch-Kostense gaat in haar conclusie voor één van de andere arresten van 8 februari 2013 (*LJN* BX7195, RF 2013/37) uitgebreid in op deze kritiek. Zij geeft aan dat zeer veel auteurs verdedigden dat stelplicht en bewijslast in verband met het bepaalde in art. 6:89 BW op de schuldenaar en niet op de schuldeiser moet rusten, omdat een beroep van de schuldenaar op art. 6:89 BW een bevrijdend verweer betreft waarvan de stelplicht en bewijslast ingevolge de hoofdregel van art. 150 Rv op de schuldenaar moet rusten. Een bewijslastverdeling die inhoudt dat de schuldenaar moet bewijzen dat niet (tijdig) is geklaagd, zou een lege huls maken van de bescherming die art. 6:89 BW aan de schuldenaar beoogt te geven.

De Hoge Raad toont zich niet gevoelig voor deze kritiek, maar legt in één van de andere arresten van 8 februari 2013 wel uit hoe hij zijn eerdere overwegingen over de bewijslastverdeling precies bedoeld heeft (r.o. 3.6 van *LJN* BX7195):

"De overweging van de Hoge Raad daarover moet aldus worden verstaan dat de in dat arrest bedoelde stelplicht en bewijslast pas aan de orde komen indien de schuldenaar (...) het verweer voert dat niet tijdig is geklaagd als bedoeld in genoemde artikelen. Voert de schuldenaar dit verweer niet, dan kunnen art. 6:89 en 7:23 BW niet worden toegepast (...). Voert de schuldenaar dit verweer wel, dan dient de schuldeiser (...) gemotiveerd te stellen en zo nodig te bewijzen dat en op welk moment is geklaagd. Of die klacht tijdig in de zin van de art. 6:89 en 7:23 BW is geweest, hangt verder af van de overige omstandigheden van het geval (...)."

Duidelijk is dus dat het eerst aan de schuldenaar is om de klachtplicht onderwerp van het debat te maken. Doet de schuldenaar een beroep op schending van de klachtplicht dan is het vervolgens aan de schuldeiser om gemotiveerd te stellen en desnoods te bewijzen 'op welk moment is geklaagd'. Tot zover is het me duidelijk. Maar wat moeten we met de slotzin van de Hoge Raad: 'Of die klacht tijdig in de zin van de art. 6:89 en 7:23 BW is geweest, hangt verder af van de overige omstandigheden van het geval.'? Dat dit zo is, is bekend. Maar welke partij draagt nu de bewijslast van deze omstandigheden? Wat nu als bijvoorbeeld de schuldenaar stelt dat hij door het tijdsverloop in zijn belangen is geschaad en de schuldeiser dat betwist? Wie draagt op dat punt dan de bewijslast? Zie ik het goed dan laat de Hoge Raad dat punt open.

8. Enkele tips voor de praktijk: vorm van klacht en contractuele afspraken

Het aspect van de bewijslastverdeling brengt me op een tweetal tips voor de praktijk.

Klagen is vormvrij. Dat betekent dat een telefoontje of een mededeling in persoon in principe kan voldoen. Aan de andere kant heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat de schuldeiser niet altijd kan volstaan met een enkele mededeling dat de prestatie achterblijft met hetgeen de prestatie vergt, maar dat hij de schuldenaar zo veel mogelijk moet informeren over de aard en omvang van de tekortkoming (HR 11 juni 2010, *LJN* BL8297, RAV 2010/82). Om later geen discussie te krijgen over de vraag óf is geklaagd, wanneer dat is gebeurd en wat de klacht precies inhield, verdient het de voorkeur een klacht schriftelijk vast te leggen.

Over vastleggen gesproken (maar dan in geheel andere context). De door de Hoge Raad gegeven 'regels' voor (de termijn van) de onderzoeks- en klachtplicht gelden voor de wettelijke regeling van art. 6:89 en 7:23 BW. Contractueel kan hier in ieder geval van worden afgeweken indien sprake is van twee handspartijen (over de vraag of over de klachtplicht (afwijkende) afspraken kunnen worden gemaakt in relaties met consumenten zie Tjittes, Mon. BW A6b, Deventer 2007, nr. 33).

Het feit dat de Hoge Raad een zeer genuanceerde toepassing van de klachtplicht voorstaat en de invulling van (de termijn van) de onderzoeks- en klachtplicht laat afhangen van alle omstandigheden van het geval, brengt voor de praktijk enige onzekerheid met zich. Immers, voor een concreet geval zal de vraag vanaf welk moment de klachttermijn gaat lopen en hoe lang de schuldeiser heeft om te klagen veelal niet eenvoudig met exacte precisie te beantwoorden zijn. Contractpartijen in handelsrelaties zouden er dan ook voor kunnen kiezen om over deze aspecten op voorhand meer specifieke afspraken te maken.

9. Tot slot

Zoals de zogenaamde '29 november-arresten' van de Hoge Raad in 2002 (*LJN* AE7345 en AE7351) werden gezien als een trap op de rem door de Hoge Raad ter zake de toepassing van de omkeringsregel, zo zijn de arresten die de Hoge Raad de afgelopen jaren heeft gewezen over de klachtplicht en met name ook *Ploum/Smeets II* (HR 25 maart 2011, *LJN* BP8991) gezien als een rem op de toepassing van de klachtplicht. Ook de arresten van 8 februari 2013 zouden in dat kader kunnen worden gezien. Zo heeft de Hoge Raad thans duidelijk gemaakt dat een fors tijdsverloop in het kader van de klachttermijn niet zonder meer betekent dat de schuldeiser zijn klachtplicht heeft geschonden. Zeker niet als de belangen van de schuldenaar door dit tijdsverloop niet zijn geschaad. Bovendien is duidelijk dat in de relatie tussen een bank en een particuliere belegger niet al te snel een onderzoeksplicht geldt voor de belegger (terwijl voor de hand ligt dat hetzelfde in meer of mindere mate geldt in andere relaties tussen een professionele dienstverlener en een particulier en mogelijk, onder bepaalde omstandigheden, zelfs tussen een professionele dienstverlener en een niet-particulier).

Maar deze arresten uitsluitend bezien van het perspectief van de inperking van de klachtplicht ('de klachtplicht is dood') doet denk ik geen recht aan de boodschap van de Hoge Raad in deze arresten. Duidelijk is dat het voortdurend gaat om een belangenafweging. Een dergelijke belangenafweging veronderstelt niet alleen oog voor de belangen van de schuldeiser maar ook voor de belangen van de schuldenaar. De Hoge Raad wijst in dit verband op de concrete belangen waarin de schuldenaar kan zijn geschaad door een (te) late klacht, zoals een benadeling in zijn bewijspositie of een aantasting van zijn mogelijkheden de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperken. Maar ook gedacht kan worden aan de eventuele frustratie van regres door de schuldenaar op derden. Dergelijke belangen van de schuldenaar kunnen een beroep op de klachtplicht in een concreet geval rechtvaardigen. De Hoge Raad noemt het tijdsverloop tussen het tijdstip dat bekendheid met het gebrek bestaat of redelijkerwijs diende te bestaan en dat van de klacht bovendien 'een belangrijke factor' in de belangenafweging. En daarmee kan de

klachtplicht nog steeds dienen ter bescherming van de schuldenaar in situaties dat de schuldeiser de onderzoeks- en klachttermijn nodeloos heeft opgerekend ('lang leve de klachtplicht!').

Dit zal per geval en op basis van de specifieke omstandigheden van dat geval moeten worden beoordeeld, zoals ook de omkeringsregel nog steeds dienst doet in daarvoor geëigende gevallen. Evenals dat voor de omkeringsregel het geval is (vgl. de in de inleiding reeds genoemde recente inventarisatie van de stand van zaken ter zake de omkeringsregel door Akkermans & Van Dijk 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslast verlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', AV&S 2012/17), zal ook voor de klachtplicht overigens gelden dat in de praktijk de zoektocht naar de grenzen en de nuances door zal gaan en tot discussies (en daarmee tot procedures) zal leiden.

Voetnoten

Voetnoten

[1] Mr. E.M. van Orsouw is advocaat bij Kennedy Van der Laan.