

Rechtsverwerking naar omstandigheden: art. 6:89 BW

MR. DRS. T.S. JANSEN

Een succesvol beroep op art. 6:89 BW bevrijdt de schuldenaar van iedere rechtsvordering van de schuldeiser die - en ieder verweer van de schuldeiser dat - feitelijk gegrond is op het niet beantwoorden van de prestatie aan de overeenkomst of de verbintenis.¹ Met de vaststelling dat de schuldeiser niet binnen bekwame tijd tegen een gebrek in de prestatie heeft geprotesteerd zijn alle contractuele remedies, vernietigingsvorderingen² en vorderingen uit onrechtmatige daad³ vervallen en kan de schuldeiser niet in daarop gegronde rechtsvorderingen worden ontvangen.⁴ Dit verstekkende rechtsgevolg heeft in de afgelopen jaren tot een toenemende stroom van rechtspraak geleid,⁵ die vooralsnog culmineerde in een drietal in februari 2013 door de Hoge Raad gewezen arresten.⁶ In deze bijdrage wordt eerst de thans door de Hoge Raad opgedragen toepassingswijze van deze bepaling besproken om vervolgens te verkennen welke thema's het juridisch debat in de ondernemingsrechtpraktijk van de komende tijd kunnen raken in geval een schuldenaar zich op art. 6:89 BW beroept.

Belangenwaardering

In Van de Steeg/Rabobank overwoog de Hoge Raad dat art. 7:23 BW voor koop een met art. 6:89 BW vergelijkbare regel is met dezelfde ratio. Hieruit volgt zijns inziens dat de in HR 29 juni 2007, *NJ* 2008, 606 (Pouw/Visser) en HR 25 maart 2011, *NJ* 2013, 5 (Ploum/Smeets II) in verband met art. 7:23 BW geformuleerde rechtsregels van overeenkomstige toepassing zijn bij een beroep op art. 6:89 BW in geval van een gesteld gebrek in een prestatie die in iets anders bestaat dan in de aflevering van een verkochte zaak.⁷

Dit brengt kort gezegd met zich dat bij beantwoording van de vraag of is voldaan aan de in art. 6:89 BW besloten liggende onderzoeksplicht (het in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van de schuldeiser te verwachten onderzoek

naar de vraag of de geleverde prestatie aan de overeenkomst beantwoordt) en klachtplicht (protest bij schuldenaar binnen bekwame tijd nadat schuldeiser gebrek in prestatie heeft ontdekt of bij onderzoek had behoren te ontdekken) acht dient te worden geslagen op "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."⁸

Een in acht te nemen omstandigheid is het tijdsverloop. In Van de Steeg/Rabobank oordeelde het hof dat een fors tijdsverloop tussen het moment van ontdekking en het moment van protest, slechts onder bijzondere omstandigheden *niet* in verval van recht resulteert. Het principaal cassatiemiddel richtte zich mede tegen dit oordeel. In lijn met zijn vaste rechtspraak dat enkel tijdsverloop geen toereikende grond oplevert voor het aannemen van rechtsverwerking op de grondslag van art. 6:248 lid 2 BW,⁹ acht de Hoge Raad het oordeel van het hof onjuist. De enkele omstandigheid dat het lang heeft geduurd voordat is geprotesteerd, is volgens hem ook ontoereikend voor een succesvol beroep op art. 6:89 BW. Toepassing van art. 6:89 BW vergt volgens de Hoge Raad een waardering van belangen door de rechter, waarbij zowel het belang van de schuldeiser bij handhaving van

1 HR 23 november 2007, *NJ* 2008, 552 (Ploum/Smeets), r.o. 4.8.2.

2 HR 29 juni 2007, *RvdW* 2007/636 (Pouw/Visser), r.o. 3.8. Vgl. met betrekking tot de (door haar ontkennend beantwoorde) vraag of dit ook voor een op bedrog ex art. 3:44 BW gebaseerde vernietigingsactie geldt, H.N. Schelhaas, 'Klagen over bedrog!', *NTBR* 2013/6.

3 HR 21 april 2006, *NJ* 2006, 272 (Inno/Sluis).

4 PG Boek 7, p. 148.

5 Vgl. 'Het verval van art. 6:89 BW', *TOP* 2010/5, p. 184 e.v., van mijn hand dat de ontwikkeling tot begin 2010 weergeeft.

6 HR 8 februari 2013, *RvdW* 2013/249 (Van Lanschot/Grove); HR 8 februari 2013, *RvdW* 2013/250 (Kramer/Van Lanschot) en HR 8 februari 2013, *RvdW* 2013/253 (Van de Steeg/Rabobank), ook gepubliceerd als «JOR» 2013/106 m.nt. Van der Wiel.

7 R.o. 4.2.2.

8 R.o. 4.2.5., onder verwijzing naar HR 8 oktober 2010, *NJ* 2010, 545 (Tan c.s./Forward Business Parks 2000).

9 Vgl. o.a. HR 29 september 1995, *NJ* 1996, 89 (Van den Bos/Provinciaal) en HR 24 april 1998, *NJ* 1998, 621.

zijn rechten in aanmerking wordt genomen als het belang van de schuldenaar dat zou worden geschaad doordat de schuldeiser niet binnen bekwame tijd heeft geprotesteerd tegen de gebrekkige prestatie. Het tijdsverloop tussen het moment waarop het gebrek in de prestatie is ontdekt of redelijkerwijs had moeten worden ontdekt en de klacht speelt in deze waardering een belangrijke, maar geen doorslaggevende rol.¹⁰

De vraag in hoeverre de schuldenaar concreet nadeel lijdt door dat tijdsverloop tussen ontdekking en klacht, zoals een benadeling van zijn bewijspositie of een aantasting van zijn mogelijkheden om de gevolgen van de tekortkoming te beperken,¹¹ speelt wel een doorslaggevende rol. In Ploum/Smets II oordeelde de Hoge Raad immers dat de vraag of

Art. 6:89 BW vergt belangenwaardering naar alle omstandigheden van het geval, in het bijzonder naar de aard en inhoud van rechtsverhouding, prestatie en gebrek.

de belangen van de schuldenaar zijn geschaad en, zo ja, in hoeverre “in belangrijke mate” mede bepalend is. Als die belangen niet zijn geschaad zal er niet spoedig voldoende reden zijn de schuldeiser een gebrek aan voortvarendheid te verwijten. In dit verband kan de ernst van de tekortkoming meebrengen dat een nalatigheid van de schuldeiser hem niet kan worden tegengeworpen. In Van de Steeg/Rabobank stelt hij dat bij de beoordeling of een beroep van de bank op art. 6:89 BW gegrond is, “groot gewicht” toekomt aan het antwoord op de vraag of de bank nadeel lijdt door het tijdsverloop.

Met deze aan de feitenrechter opgedragen belangenwaardering aan de hand van alle omstandigheden van het geval maar vooral aan de hand van het antwoord op de vraag of de schuldenaar nadeel lijdt door het tijdsverloop, is van het binaire “alles of niets bolwerk”, waarvan Bollen en Hartlief de ontmanteling bepleitten,¹² of Drion’s “perfecte Zwaard van Damocles” geen sprake meer.¹³

Beroep op art. 6:89 BW en bewijslast

Hoewel ontdaan van de scherpe kanten, biedt art. 6:89 BW de schuldenaar nog steeds een krachtig verweer. Hij moet zich er dan wel expliciet op beroepen dat niet tijdig is geklaagd in de zin van art. 6:89 BW. Ambtshalve toepassing is uitgesloten. Vervolgens is het aan de schuldeiser om gemotiveerd te stellen en zo nodig te bewijzen dat en op

welk moment is geklaagd.¹⁴ Of die klacht tijdig is geweest moet op voormelde wijze naar alle omstandigheden van het geval worden beoordeeld. Hoewel de enkele stelling van de schuldenaar dat niet tijdig is geklaagd volstaat om het processuele debat over art. 6:89 BW te openen (met bewijsrisico voor de schuldeiser), volgt uit het voorgaande dat deze enkele stelling uiteindelijk onvoldoende is voor toewijzing van een beroep op art. 6:89 BW. Om die reden ligt het voor de hand dat de schuldenaar direct bij de formulering van zijn art. 6:89 BW verweer de omstandigheden van het geval (in het bijzonder de rechtsverhouding, de prestatie en het door hem vanwege het tijdsverloop geleden nadeel) uiteenzet waaruit volgt dat de schuldeiser geen rechtsgevolgen (meer) aan het vermeende gebrek in de prestatie kan verbinden. Zo bepaalt hij immers de richting van de discussie.

Alle verbintenissen

De schuldeiser zal toepassing van art. 6:89 BW willen uitsluiten. Een aan het soort verbintenis in kwestie ontleend argument lijkt in dat verband echter weinig kansrijk. Uit Van de Steeg/Rabobank volgt dat art. 6:89 BW van toepassing is op *alle verbintenissen*.¹⁵ Oftewel op “alle vermogensrechtelijke betrekkingen tussen twee of meer personen, krachtens welke de een jegens de ander tot een prestatie gerechtigd is en deze jegens gene tot die prestatie verplicht is”.¹⁶

Hieruit volgt dat het artikel ook ziet op verbintenissen tot betaling van een geldsom, zoals bedoeld in Afdeling 11 Boek 6 BW.¹⁷ Hier wordt overigens wel verschillend over gedacht. Zo wijst A-G Wissink voor HR 2 september 2011, NJ 2012, 75 (Van den Eijnde/Fuchs c.s.) op het gegeven dat de klachtplicht ex art. 7:23 BW uitsluitend ziet op gebreken in de prestatie van de verkoper (aflevering van de verkochte zaak) en niet op gebreken in de prestatie van de koper om de koopprijs te voldoen. De samenhang tussen art. 6:89 BW en art. 7:23 BW wijst er dan zijns inziens op dat ook bij art. 6:89 BW de klachtplicht in ieder geval niet zou zien op verbintenissen tot betaling van een geldsom die de wederprestatie vormen voor een andere prestatie.¹⁸ Deze redenering miskent echter dat art. 6:89 BW zich tot art. 7:23 BW verhoudt als algemeen tot bijzonder.¹⁹

10 R.o. 5.4.

11 R.o. 4.2.6.

12 C. Bollen en T. Hartlief, ‘De klachtplicht van de teleurgestelde contractant. Een laatste alles of niets-bolwerk ontmanteld’, *NJB* 2009/43, p. 28, 106 e.v.

13 C.E. Drion, ‘Wie niet klaagt, die niet wint; op weg naar een klaagcultuur?’, *NJB* 2008, 329.

14 HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 80 (Robinson/Molenaar Racing) en HR 8 februari 2013, *RvdW* 2013/250 (Kramer/Van Lanschot).

15 R.o. 4.2.1. Zie ook: Mon. BW A6b (Tjittes), p. 57 en Hof Amsterdam 10 november 2009, LJN BL8340 (Robinson & Croesus Venture Fund/BDO).

16 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/6.

17 Vgl. B.M. Katan, ‘De ondergrens van artikel 6:89 BW’, *Contracteren* 2007, p. 47 en T.S. Jansen, ‘Het verval van art. 6:89 BW’, *TOP* 2010/5, p. 184-185, waarin het onder verwijzing naar Pres. Rb. Leeuwarden 3 maart 1999, *KG* 1999/109 verdedigde andersluidende standpunt derhalve moet worden verlaten. Vgl. Losbladige verbintenissenrecht (Wissink), art. 89, aant. 7 en Mon. BW A6b (Tjittes), p. 57, art. 6:89 BW, waarin wordt gesteld dat geldschulden niet als verbintenissen tot het verrichten van een prestatie kunnen worden beschouwd.

18 Par. 2.50.7.

19 PG Boek 7, p. 157.

Het ligt niet voor de hand om uit de formulering van de beperkte reikwijdte van de bijzondere regel (geen beroep op feit dat hetgeen is afgeleverd niet conform is) conclusies ten aanzien van de reikwijdte van de algemene regel (geen beroep op gebrek in prestatie) af te leiden. Anderzijds sluit het gegeven dat art. 7:23 BW niet ziet op de daar tegenoverstaande verbintenis tot betaling van de koopsom, toepassing van art. 6:89 BW op die tegenprestatie in het geheel niet uit. Zo bezien hebben partijen bij wederkerige overeenkomsten wederkerige klachtplichten.

Overigens moet de verbintenis tot betaling van een geldsom worden onderscheiden van het opstellen en het toezenden van de factuur die wellicht aan de betaling ten grondslag ligt. Art. 6:89 BW ziet niet op een dergelijke prestatie,²⁰ noch op het verlenen van noodzakelijke medewerking in de zin van art. 6:58 BW of de nakoming van in overeenkomsten opgenomen bijkomende verplichtingen die niet als verbintenis kunnen worden aangemerkt.

Uit Van de Steeg/Rabobank en HR 11 juni 2010, *NJ* 2010, 331 (Kortenhorst/Van Lanschot) volgt expliciet dat uit beleggingsadviesrelaties voortvloeiende verbintenissen onder de werking van art. 6:89 BW vallen. Bij de beoordeling van het principale cassatieberoep in r.o. 3.4.2 van Van de Steeg/Rabobank wordt art. 6:89 BW toegepast op de nakoming van de volgens vaste rechtspraak²¹ op de bank rustende bijzondere zorgplicht bij beleggingsadviesrelaties met particuliere beleggers. Hieruit volgt dat de Hoge Raad de uit die zorgplicht voortvloeiende verplichtingen als “verbintenissen” kwalificeert. Dit lijkt in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever, die aanvullende, uit redelijkheid en billijkheid voortvloeiende, rechtsplichten tussen contractspartijen expliciet als “verbintenissen” heeft gekarakteriseerd. Focust men echter op het vermogensrechtelijke karakter van de verbintenis – de actiefzijde is steeds een in beginsel overdraagbaar vermogensrecht in de zin van art. 3:1 en 3:6 BW – dan wordt, in de visie van Van der Wiel, de dogmatische achtergrond gecompliceerd.²²

Met de toepassing van art. 6:89 BW op de nakoming van de bancaire zorgplicht zullen naar verwachting ook andere uit redelijkheid en billijkheid voortvloeiende zorgplichten of aanvullende verbintenissen *per analogiam* binnen de werkingssfeer van art. 6:89 BW worden gebracht. Bijvoorbeeld de op notaris, advocaat, faillissementscurator, accountant en arts vanwege hun bijzondere maatschappelijke positie rustende verzwaarde of bijzondere zorgplicht.²³

Vorm van protest

Uit HR 11 juni 2010, *NJ* 2010, 331 (Kortenhorst/Van Lanschot) volgt dat het protest vormvrij is maar dat deze de mededeling moet inhouden dat de verrichte prestatie niet aan de verbintenis beantwoordt, waarbij, voor zover mogelijk, de schuldeiser zijn wederpartij tevens dient te informeren omtrent de gestelde aard en omvang van de tekortkoming. Uit het arrest zelf volgt dat aan een dergelijk protest geen al te hoge eisen worden gesteld. Het hof oordeelde dat het opzeggen van vertrouwen in een beleggingsadviseur met als gevolg zijn vervanging, niet een protest in de zin van art. 6:89 BW betreft. De Hoge Raad casseerde echter nu de schuldenaar op deze wijze wel degelijk was geïnformeerd over de aard van de tekortkoming en naar aanleiding daarvan ook maatregelen trof. HR 22 februari 2013, *NJ* 2013, 126 (Bureau Pals/Houtema) biedt eenzelfde welwillend beeld. Hierin beklagde Houtema zich erover dat Bureau Pals een beroepsfout had gemaakt in de letselschadezaak waarin zij hem juridisch bijstond. Volgens de Hoge Raad had Bureau Pals deze klacht niet alleen moeten betrekken op de verjaring van Houtema's vorderingen op schadeverzekeraars (waarover partijen indertijd corresponderden) maar ook op de later gebleken verjaring van zijn vorderingen op de schadeveroorzakers zelf. Dit oordeel is in lijn met HR 29 juni 2007, *RvdW* 2007/636 (Pouw/Visser) waaruit volgt dat wanneer een schuldenaar al een keer op scherp is gezet door middel van een rechtsgeldig protest er geen verplichting bestaat om bij ieder nadien gebleken gebrek in de prestatie opnieuw binnen bekwame tijd te protesteren.²⁴

Ondeugdelijke nakoming of in het geheel geen nakoming?

Uit HR 22 maart 2007, *NJ* 2007, 176 (Brocacef/Simons) volgt dat art. 6:89 BW slechts op gevallen van *ondeugdelijke* nakoming ziet en niet (mede) op gevallen waarin in het geheel geen prestatie is verricht. Deze regel baseert de Hoge Raad op de bewoordingen “gebrek in de prestatie”, in combinatie met het feit dat uit de parlementaire geschiedenis volgt dat deze bepaling ertoe strekt de schuldenaar die een prestatie heeft verricht te beschermen, opdat hij erop kan rekenen dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt en dat deze, indien dat niet het geval blijkt te zijn, zulks eveneens met spoed aan de schuldenaar meedeelt.²⁵ Een dergelijke on-

²⁰ HR 11 mei 2001, *NJ* 2001, 410 (Taxicentrale Oude Luttikhuis/Ridgefield).

²¹ Vgl. de in r.o. 4.3.1 weergegeven rechtspraak: HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 660; HR 11 juli 2003, *NJ* 2003, 103; HR 5 juni 2009, *NJ* 2012, 182-184; HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251 en HR 3 februari 2012, *NJ* 2012, 95.

²² Vgl. zijn uitvoerige noot bij HR 8 februari 2013, «JOR» 2013/106 (Van de Steeg/Rabobank). Het lijkt hem moeilijk vol te houden dat het recht van de cliënt op nakoming van de zorgplicht van de bank subjectief vermogensrecht in de zin van art. 3:6 BW is, reeds omdat dit nakomingsrecht zich niet wel als “goed” laat kwalificeren.

²³ Vgl. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, Deventer: Kluwer 2006.

²⁴ De Hoge Raad overwoog in r.o. 3.5: “het feit dat de verkoper door het eerste – terstond aan hem toegezonden – rapport van de deskundige in kennis was gesteld van gebreken aan het huis, bracht mee dat de verkoper erop bedacht diende te zijn dat er een vervolgonderzoek kon worden ingesteld naar de toestand waarin het huis verkeerde en dat daarbij ook andere soortgelijke gebreken aan het licht zouden kunnen komen. Daarom hoefde de koper zijn wederpartij niet binnen dezelfde termijn als voor de aanvankelijk ontdekte gebreken gold, op straffe van verval van zijn rechten op de hoogte te stellen van verder door de deskundige ontdekte – soortgelijke – gebreken aan het huis.”

²⁵ PG Boek 6, p. 316-317. Zie ook conclusie A-G Langemeijer voor

derzoeksplicht is niet te rijmen met de situatie dat er in het geheel geen prestatie is verricht.

Deze rechtsregel heeft ertoe geleid dat art. 6:89 BW toepassing miste in geval van onder (veel) andere het achterwege laten door Universal van het verschaffen van verklaringen omtrent haar fiscale positie aan Philips,²⁶ niet-terugbetaling van een lening,²⁷ niet-levering van een opstalrecht,²⁸ niet-nakoming van een uit de CAO volgende aanspraak op vergoeding van reizen²⁹ en in geval van een stichtingbestuurder die onbehoorlijke taakvervulling wordt verweten erin bestaande dat hij de stichting in het geheel niet heeft bestuurd.³⁰

Zoals uit de conclusie van A-G Langemeijer voor HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 80 (Robinson/Molenaar Racing) volgt, kan uitleg op deze wijze tot rechtsverval leiden. Strekt de verbintenis van Molenaar tot het ter beschikkingstelling van twee specifieke motoren en heeft Molenaar

Art. 6:89 BW ziet alleen op gevallen van ondeugdelijke nakoming – niet op gevallen waarin in het geheel niet is gepresteerd.

maar één motor aan Robinson ter beschikking gesteld, dan zou zonder meer sprake zijn van niet-nakoming in de verbintenis tot ter beschikkingstelling en mist art. 6:89 BW toepassing. Anderzijds, wanneer de rechtsverhouding zo wordt uitgelegd dat Molenaar zich had verbonden tot technische ondersteuning van Robinson in welke ondersteuning terbeschikkingstelling van twee motoren was inbegrepen, dan is een klacht over het niet beschikbaar stellen van twee motoren een klacht over gebrekkige technische ondersteuning, waartegen weer wel binnen bekwame tijd had moeten worden geprotesteerd.

De hiervoor besproken uit redelijkheid en billijkheid voortvloeiende zorgplichten of aanvullende verbintenissen die binnen de werkingssfeer van art. 6:89 BW zijn gebracht, leveren naar verwachting nog veel meer debat op. Bijvoorbeeld over de vraag of helemaal niet, of ondeugdelijk, “indringend is gewaarschuwd” voor specifieke financiële risico’s en onderzoek is gedaan naar de inkomens- en vermogenspositie.³¹ Van der Wiel werpt in dit verband de vraag op of in geval een risicowaarschuwing in mildere dan “niet mis te verstane” bewoordingen nu van gebrekkige nakoming van de waarschuwplicht of van algehele niet-nakoming sprake is. En indien bij een

eerste transactie niet, maar bij een groot aantal opvolgende transacties wel door de bank voor financiële risico’s is gewaarschuwd, is dan sprake van gebrekkige nakoming in het algemeen of niet-nakoming ten aanzien van de eerste transactie in het bijzonder?³²

Aard van de rechtsverhouding

Voor zover sprake is van ondeugdelijke nakoming en art. 6:89 BW moet worden toegepast, dient dit te geschieden aan de hand van alle omstandigheden van het geval en in het bijzonder de aard van de rechtsverhouding. In Van de Steeg/Rabobank wijdt de Hoge Raad een aantal inleidende beschouwingen over hetgeen de aard van beleggingsadviesrelaties in die beoordeling met zich brengt. In die relatie heeft de bank veelal te gelden als professionele en bij uitstek deskundige dienstverlener, terwijl bij haar cliënt doorgaans een zodanige professionaliteit en deskundigheid ontbreken. Deze aard van de rechtsverhouding brengt ten eerste met zich dat de cliënt niet zonder meer op de hoogte hoeft te zijn van het bestaan van de zorgplicht van de bank.³³ Deze overweging is opmerkelijk in het licht van zijn rechtspraak over beroep op rechtsdwaling, welk beroep de Hoge Raad omwille van het rechtsverkeer niet spoedig honoreert.³⁴

Hoe dan ook, als de cliënt op de hoogte is van de jegens hem te betrachten zorgplicht, of op de hoogte moet worden geacht te zijn, volgt uit de aard van de rechtsverhouding dat de cliënt ervan uit mag gaan dat die zorgplicht jegens hem wordt nageleefd. Niet-naleving van de zorgplicht is dus niet een tekortkoming die zonder meer behoort te worden opgemerkt. De onderzoeksplicht met betrekking tot de vraag of de bank de zorgplicht jegens de cliënt heeft nageleefd gaat pas in wanneer de cliënt van die zorgplicht op de hoogte is en “gerede aanleiding heeft te veronderstellen dat de bank daarin kan zijn tekortgeschoten.”³⁵

Dat de beleggingen waarop de adviesrelatie betrekking heeft tegenvallen of in verlies resulteren geeft volgens de Hoge Raad niet direct een dergelijke “gerede aanleiding” en hoeft dus niet direct in onderzoek te resulteren naar de oorzaak van de tegenvaller. Dat geldt te meer indien de bank geruststellende mededelingen doet of ter verklaring of rechtvaardiging op omstandigheden wijst die niet in haar risicosfeer liggen, zoals marktomstandigheden. De cliënt mag immers in beginsel afgaan op dergelijke mededelingen van de bank als de in de onderlinge verhouding deskundige partij. Is de cliënt evenwel, al dan niet na deskundig onderzoek, bekend geworden met de schending van de zorgplicht, of had hij dat moeten zijn, dan moet daarover binnen bekwame tijd

HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 80 (Robinson/Arie Molenaar Racing). Zie ook par. 2.17 conclusie A-G voor het arrest inzake Brocacef/Simons.

26 Rb. Den Bosch 21 juli 2010, *LJN* BN2363 (Universal/Philips).

27 Rb. Utrecht 13 juni 2012, *NJF* 2012/511 (Nice Holding/Tommy Telecom).

28 Hof Leeuwarden 28 augustus 2012, *LJN* BX6180.

29 Rb. Assen 30 november 2011, *LJN* BO8530 (Dynabuild).

30 Rb. Amsterdam 11 november 2009, *LJN* BL3599.

31 HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815, Effectenlease I (Dexia).

32 Vgl. HR 8 februari 2013, «JOR» 2013/106 (Van de Steeg/Rabobank) m.nt. Van der Wiel.

33 R.o. 4.3.2.

34 Vgl. par. 3.5 van de conclusie van A-G Wuisman voor HR 29 juni 2007, *NJ* 2008, 606 (Pouw/Visser), waarin o.a. verwezen wordt naar HR 26 november 2004, *NJ* 2006, 115; de conclusie van A-G Spier (onder 4.6) voor HR 9 september 2005, *NJ* 2006, 93 en de conclusie van A-G Verkade voor HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 585.

35 R.o. 4.3.2.

worden geprotesteerd, waarbij een redelijke termijn voor beraad is toegestaan.³⁶

Deze door de Hoge Raad weergegeven aard van de bellegingsadviesrelatie, kort gezegd een vertrouwensrelatie tussen professional en ondeskundige cliënt, kenmerkt ook andere rechtsverhoudingen met (zakelijke) dienstverleners. Bijvoorbeeld die met een advocaat, notaris, accountant, fiscalist en arts. Een niet-professionele afnemer zou zich er derhalve ook in de relatie met een dergelijke professional op kunnen beroepen dat niet iedere tekortkoming zonder meer hoeft te worden opgemerkt³⁷ en dat pas een onderzoeksplicht geldt bij gereede aanleiding om te veronderstellen dat sprake is van een tekortkoming. Een verloren procedure, of fiscale aanslag in weerwil van een gegeven belastingadvies, zou ook dan niet direct in een onderzoek naar de oorzaak daarvan hoeven te resulteren, geruststellende mededelingen van de professional of door hem aangevoerde externe omstandigheden als oorzaak van het resultaat nog daargelaten.

Belangenwaardering contra legem?

In het licht van de omstandigheden van het geval, en in het bijzonder de aard van de rechtsverhouding, dient de hiervoor besproken belangenwaardering plaats te vinden. In r.o. 5.4 Van de Steeg/Rabobank spreekt de Hoge Raad van “waardering” van belangen. In r.o. 4.2.6 daarvoor was nog sprake van “rekening houden met” enerzijds het ingrijpende rechtsgevolg en anderzijds de concrete belangen waarin de schuldeiser is geschaad. In Pouw/Visser spreekt de Hoge Raad weer van de “afweging van alle betrokken belangen en met inachtneming van alle relevante omstandigheden”.³⁸ Terwijl in Ploum/Smeets II wordt gesteld dat “mede bepalend [is] in hoeverre de belangen van de verkoper al dan niet zijn geschaad”, waarbij de Hoge Raad aantekent dat in het ontkennende geval er niet spoedig voldoende reden is de schuldeiser een gebrek aan voortvarendheid te verwijten.³⁹ Ondanks de verschillende bewoordingen, lijkt uit deze beslissingen te volgen dat het antwoord op de vraag of binnen bekwame tijd is geprotesteerd volgens de Hoge Raad moet worden gevonden door de waardering, of zo men wil weging, van de bij het antwoord op die vraag betrokken belangen.

Zo lijkt de regeling echter niet bedoeld. De wetgever overwoog bij invoering dat art. 6:89 BW ertoe strekt de schuldenaar die een prestatie heeft verricht te beschermen, opdat hij erop kan rekenen dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis

beantwoordt en dat deze, indien dat niet het geval blijkt te zijn, zulks eveneens met spoed aan de schuldenaar meedeelt. Hoeveel tijd de schuldeiser voor een en ander ten dienste staat, moet naar de aard van de overeenkomst en de gebruiken worden beoordeeld. Door het onderzoek, onderscheidenlijk de mededeling aan de schuldenaar achterwege te laten, beneemt de schuldeiser zich het recht om over de gebreken van de prestatie te klagen.⁴⁰ Dat de wetgever hierbij steeds haastig handelen van de schuldeiser op het oog heeft gehad, volgt ook uit zijn karakterisering van het begrip “bekwame tijd” in de wetsgeschiedenis

Door de Hoge Raad geïntroduceerde belangenwaardering lijkt strijdig met wetsgeschiedenis die leert dat belang schuldenaar prevaleert wanneer niet binnen bekwame tijd is geprotesteerd.

van art. 7:23 BW⁴¹ als: “op korte termijn”;⁴² althans “met spoed”;⁴³ althans “binnen zo korte tijd als in de gegeven omstandigheden in verband met een onderzoeksplicht van hem kan worden gevergd.”⁴⁴

Hoewel de wetsgeschiedenis nooit het laatste woord heeft,⁴⁵ lijkt de in de rechtspraak aangenomen belangenwaardering, waarin tijdsverloop niet langer doorslaggevend is maar het nadeel van de schuldenaar bij dat tijdsverloop, op gespannen voet te staan met de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever. Wiersma spreekt in dit verband van een “informele wetswijziging” en meent dat de huidige tekst van art. 6:89 BW het geldende recht niet meer weergeeft.⁴⁶

Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de wetgever de belangen van schuldenaar en schuldeiser al in zijn algemeenheid heeft gewogen met als uitkomst dat, wanneer niet binnen bekwame tijd is geprotesteerd, het belang van de schuldenaar bij bescherming prevaleert boven dat van de schuldeiser bij behoud van rechten. De vraag of al dan niet binnen bekwame tijd na ontdekking is geprotesteerd zou dan (enkel) nog een beoordeling van de relevante omstandigheden van het geval vergen, in het bijzonder van de aard van de overeenkomst. De algemene overweging in r.o. 4.2.5. Van de Steeg/Rabobank dat bij beantwoording van de vraag of is voldaan aan de in art. 6:89 BW besloten

36 R.o. 4.3.4.

37 Vgl. voor een dergelijke toepassing in geval van fiscale adviezen o.a. Rb. Rotterdam 2 mei 2012, «JOR» 2012/277 (Loyens & Loeff) en Rb. Amsterdam 8 april 2009, LJN BJ2303 (DCE Consultants/KPMG Meijburg & Co).

38 R.o. 3.3.4.

39 R.o. 3.3.2.

40 PG Boek 6, p. 316-317.

41 Dat deze op dit punt voor de toepassing van art. 6:89 BW van belang is volgt uit de overweging van de wetgever dat voor wat betreft het vereiste “bekwame tijd” geen discrepantie bestaat tussen beide artikelen, vgl. TM Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 152. Zie ook HR 8 februari 2013, *RvdW* 2013/253 (Van de Steeg/Rabobank), r.o. 4.2.2, zoals onder het kopje Belangenwaardering besproken.

42 TM Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 148.

43 Tjittes, a.w., p. 68.

44 PG Boek 7, p. 152.

45 Vgl. Asser-Vranken, nr. 154.

46 H.W. Wiersma, ‘De klachtplicht van art. 6:89 en 7:23 BW na de HR-arresten van 8 februari 2013’, *JBPr* 2013, p. 144-152.

liggende onderzoeks- en klachtplicht, “acht dient te worden geslagen op 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”, sluit op deze oorspronkelijke bedoeling aan.⁴⁷ Aldus zou naar deze omstandigheden in feite moeten worden vastgesteld hoeveel tijd de schuldeiser ten dienste stond voor zijn protest, oftewel of hij naar de omstandigheden van het geval met voldoende bekwame spoed heeft geacteerd. Is dat niet het geval dan is het verval van art. 6:89 BW een feit.

Voor zover toepassing op deze wijze van art. 6:89 BW in de omstandigheden van het concrete geval naar maatstaven van redelijkheid onaanvaardbaar zou zijn, kan het op de grondslag van art. 6:2 lid 2 BW buiten toepassing blijven. Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen moet rekening worden gehouden met de bij het gegeven geval betrokken persoonlijke belangen (art. 3:12 BW). Zo bezien zou de beoordeling van een eventueel beroep op de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid het aangewezen kader zijn voor de afweging van de bij het gegeven geval betrokken belangen. Indien de schuldenaar niet in zijn belangen is geschaad, is heel wel denkbaar dat, mede in het licht van de ernst van de tekortkoming van de schuldenaar, de schuldeiser een nalatigheid onder art. 6:89 BW niet kan worden tegengeworpen⁴⁸ omdat de rechter dit onaanvaardbaar acht.⁴⁹ Daarbij verdient

opmerking dat de rechter in het algemeen terughoudendheid past bij de beoordeling van een beroep op redelijkheid en billijkheid en dat de omstandigheid dat het gaat om een wettelijke vervaltermijn die tot bescherming strekt van de schuldenaar, meebrengt dat voor honorering van een zodanig beroep nog minder ruimte bestaat.⁵⁰

Afsluitend

Het leerstuk van rechtsverwerking onder art. 6:89 BW heeft zich ontwikkeld tot een belangenwaardering, waarvan de uitkomst in het bijzonder afhankelijk is van het door de schuldenaar bij het tijdsverloop tussen ontdekking van het gebrek en het protest daartegen geleden nadeel. Ondertussen is de reikwijdte van het artikel toegenomen, nu het van toepassing is op alle verbintenissen, waaronder begrepen verbintenissen tot betaling van een geldsom, uit redelijkheid en billijkheid voortvloeiende zorgplichten en aanvullende verbintenissen ex art. 6:2 lid 2 BW en art. 6:248 lid 2 BW. Dit ruimere toepassingsgebied en het verstrekkende rechtsgevolg van een geslaagd beroep op art. 6:89 BW rechtvaardigen de verwachting dat deze ontwikkeling zich de komende jaren zal voortzetten langs de besproken thema's.

Over de auteur

Mr. drs. Timo S. Jansen is advocaat bij Lexence.

47 R.o. 3.4.1 HR 8 februari 2013, *RvdW* 2013/250 (Kramer/Van Lanschot) en r.o. 3.5.3 HR 8 februari 2013, *RvdW* 2013/249 (Van Lanschot/Grove) bevatten praktisch gelijklopende overwegingen.

48 Formulering ontleend aan HR 25 maart 2001, *NJ* 2013, 5 (Ploum/Smeets II), r.o. 3.3.2.

49 Vgl. J.A.C. Hijma in zijn noot onder HR 25 maart 2001, *NJ* 2013, 5 (Ploum/

Smeets II), waarin hij stelt dat bij een groot tijdsverloop veeleer de redenering voor de hand ligt dat de wettelijke termijn weliswaar is overschreden maar dat op die overschrijding op grond van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid geen beroep kan worden gedaan.

50 HR 22 juni 2012, *JBPr* 2013/10 (ABN Amro/X). N.B.: Dit arrest ziet op de dwingendrechtelijke uit art. 9 BBA voortvloeiende vervaltermijn, terwijl art. 6:89 BW niet van dwingend recht is, vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/408, maar de redenering gaat m.i. desalniettemin op.