
‘Bachelorscriptie’

Schending van de klachtplicht; ‘alles of (n)iets’



“Heeft het *Van de Steeg/Rabobank*-arrest - ingeval van een opdrachtovereenkomst ex artikel 7:400 BW - een halt toegeroepen aan een door de doctrine gevreesd ‘automatisch’ verval van alle rechten van de opdrachtgever c.q. schuldeiser?”

Auteur	: K.J. Visser
Studentnummer	:
Datum	: 8 mei 2022
Faculteit	: Rechtsgeleerdheid
Begeleider	:
Aantal woorden	: 5.465

Inhoudsopgave

1	<u>'Inleiding'</u>	p. 1
2	<u>'Klachtplicht'</u>	p. 3
	2.1 Het kader	p. 3
	2.2 De ratio	p. 3
3	<u>'Analyse Van de Steeg/Rabobank-arrest'</u>	p. 5
	3.1 Feiten en procesverloop	p. 5
	3.2 Beoordelingsmaatstaf Hoge Raad	p. 6
4	<u>'Doctrine'</u>	p. 7
	4.1 Weerstand vooraf	p. 7
	4.2 Standpunt achteraf	p. 8
5	<u>'Rechtspraak'</u>	p. 9
	5.1 Belangenafweging	p. 9
	5.2 Nadeelvereiste	p. 10
6	<u>'Conclusie'</u>	p. 11
	<u>Literatuur- en jurisprudentielijst</u>	p. 12
	<u>Bijlage 1: Schema feitenrechtspraak</u>	p. 15

1 ‘Inleiding’

Binnen het contractenrecht staat het adagium *pacta sunt servanda* (c.q. ‘afpraak is afspraak’) centraal.¹ Mocht een schuldenaar desondanks *gebrekkig* presteren, dan verlangt datzelfde contractenrecht dat de schuldeiser ‘binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt’ protesteert (ex artikel 6:89 BW).² Protesteert de schuldeiser niet (tijdig), dan kan hij ‘op een gebrek in de prestatie geen beroep meer doen’ volgens artikel 6:89 BW. Voornoemde sanctionering wordt door J.J. Valk treffend en uitgebreider gedefinieerd als: ‘de schuldeiser verliest alle rechtsvorderingen en verweren ter zake het gebrek’.³

Context

Binnen de literatuur wordt de klachtplicht door Tjittes en H. Boom omschreven als ‘een machtig wapen’, omdat schending hiervan ‘verlies van alle remedies’ aan de zijde van de schuldeiser tot gevolg kan hebben.⁴ Tegelijkertijd stellen Bollen en Hartlief dat een ‘alles-of-niets’ sanctie ‘ouderwets’ is en niet meer past binnen het huidige contractenrecht.⁵ Bollen en Hartlief menen namelijk dat het huidige Burgerlijk Wetboek zorgt voor ‘meer genuanceerdere oplossingen voor het geval een van de contractspartijen niet krijgt waar zij recht op heeft’.⁶ Voorts schrijven Bollen en Hartlief dat binnen voornoemde oplossing rekening moet worden gehouden met ‘de belangen van beide partijen’.⁷

Onder verwijzing naar volgens hen verwante leerstukken, zoals rechtsverwerking, betogen Bollen en Hartlief de behoefte aan een ‘relativeringstendens’.⁸ Ook Vranken constateert in dat kader dat artikel 6:89 BW geen ruimte geeft voor ‘evenwicht tussen de uiteenlopende belangen van partijen’.⁹ Naast de opvattingen van hiervoor bevat artikel 6:89 BW - volgens Hijma terecht - ‘het gevaar dat de verkoper te snel in veilige haven geraakt ten koste van de koper, jegens wie hij toch is tekortgeschoten’.¹⁰ Deze vrees voor een ‘automatisch’ verval van rechten wordt onderschreven door Vranken en J.J. Valk.¹¹

Voorts heeft de Hoge Raad sinds 2006 diverse arresten gewezen met betrekking tot de klachtplichtregeling van artikel 6:89 BW.¹² Eerder werd een beroep op de klachtplicht door de schuldenaar volgens Tjittes en H. Boom ‘ruimhartig gehonoreerd’ door de rechtspraak.¹³ Later heeft de Hoge Raad in het *Van de Steeg/Rabobank*-arrest een andere invalshoek gekozen.¹⁴ Voortaan *vergt* de klachtplichtregeling een *belangenafweging* en dient de schuldenaar als gevolg van de te late mededeling over het gebrek nadeel te hebben geleden.¹⁵

Onderzoek

Voor dit onderzoek staat het *Van de Steeg/Rabobank*-arrest centraal. Aan de hand van dit arrest heeft de Hoge Raad namelijk getracht de klachtplicht van haar ‘scherpe kanten’ te ontdoen.¹⁶ Door middel van een evaluerende vraagstelling beoogt dit onderzoek te achterhalen of op basis van de toepassing van het *Van de Steeg/Rabobank*-arrest binnen de feitenrechtspraak de eerdere vrees van de doctrine (nog steeds) is gerechtvaardigd.

¹ Bollen & Hartlief, *NJB* 2009/43, par. 3.

² Kogelenberg, *WPNR* 2007/6733, pag. 1005.

³ J.J. Valk, *MvV* 2020/2, pag. 43.

⁴ Tjittes & H. Boom 2020, pag. 61. Vgl. Drion, *NJB* 2008/329, pag. 375: ‘*het perfecte Zwaard van Damocles*’.

⁵ Bollen & Hartlief, *NJB* 2009/43, inleiding.

⁶ Bollen & Hartlief, *NJB* 2009/43, par. 1.

⁷ Bollen & Hartlief, *NJB* 2009/43, par. 1.

⁸ Bollen & Hartlief, *NJB* 2009/43, par. 3 en 4.

⁹ Vranken, *WPNR* 2019/7231, pag. 225-226.

¹⁰ Asser/Hijma 7-I 2013/543a.

¹¹ Vranken, *WPNR* 2019/7231, pag. 225. Vgl. J.J. Valk, *MvV* 2020/2, pag. 43.

¹² Hijma 2016, pag. 169.

¹³ Tjittes & H. Boom 2020, pag. 1 en 61. Vgl. Tjittes & Kampman, *Contracteren* 2013/3, pag. 86.

¹⁴ HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600 (*Van de Steeg/Rabobank*).

¹⁵ HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, r.o. 5.4. (*Van de Steeg/Rabobank*).

¹⁶ Tjittes & H. Boom 2020, pag. 1.

In dat kader luidt de (centrale) onderzoeksvraag dan ook als volgt:

“Heeft het Van de Steeg/Rabobank-arrest - ingeval van een opdrachtovereenkomst ex artikel 7:400 BW - een halt toegeroepen aan een door de doctrine gevreesd ‘automatisch’ verval van alle rechten van de opdrachtgever c.q. schuldeiser?”

Methodologie

Dit onderzoek bestaat uit een combinatie van juridisch dogmatisch- en jurisprudentieonderzoek.

Hoewel de wet een tweetal klachtplichtregelingen bevat, namelijk die van artikel 6:89 BW en die van artikel 7:23 lid 1 BW, beperkt dit onderzoek zich (hoofdzakelijk) tot de (algemene) klachtplicht ex artikel 6:89 BW. Bij voornoemde klachtplicht moet volgens de Hoge Raad ook artikel 7:23 lid 1 BW worden betrokken, doordat de ratio van beide artikelen (grotendeels) gelijklopend is.¹⁷ Voor het literatuuronderzoek zal de focus liggen op de - sinds het *Van de Steeg/Rabobank*-arrest - in het kader van de klachtplicht verplichte belangenafweging en het nadeelvereiste.

Voorts dwingt de omvang van dit onderzoek om het jurisprudentieonderzoek af te bakenen tot een specifiek soort overeenkomst. In het verlengde van het soort overeenkomst dat voorlag bij het *Van de Steeg/Rabobank*-arrest is daarom de opdrachtovereenkomst ex artikel 7:400 BW gekozen.¹⁸ Specifiek met betrekking tot het jurisprudentieonderzoek wordt bij de inleiding van hoofdstuk 5 een verantwoording gegeven met betrekking tot de geanalyseerde uitspraken.

Structuur

In zijn totaliteit bedraagt deze scriptie zes hoofdstukken, waarbij hoofdstuk 1 inleidend is en hoofdstuk 6 concluderend. Met betrekking tot de middelste (en tevens inhoudelijke) hoofdstukken zullen de deelvragen - die beantwoording van de hoofdvraag mogelijk maken - worden behandeld.

In hoofdstuk 2 vindt een introductie van het kader en de ratio van de klachtplicht plaats. Binnen dit hoofdstuk wordt gekeken naar wat de algemene klachtplichtregeling zonder rechtsvorming inhoudt.¹⁹ Daarna wordt in hoofdstuk 3 het *Van de Steeg/Rabobank*-arrest geanalyseerd, zodat deze direct aansluit op het kader en de ratio van de klachtplichtregeling. Wat volgt is een beschouwing van de doctrine. Immers, voor beantwoording van de hoofdvraag dient de ‘vrees’ van de doctrine te worden geduid. Voorts zal in hoofdstuk 5 de uitwerking van het *Van de Steeg/Rabobank*-arrest op de feitenrechtspraak worden uitgewerkt aan de hand van twee thema’s.²⁰

¹⁷ HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, r.o. 4.2.2 (*Van de Steeg/Rabobank*).

¹⁸ In dit onderzoek zal geen antwoord worden gegeven op het (contractueel afwijkende) toepassingsbereik of de schending van de klachtplicht (in het consumentenrecht). Verder zal ik in dit onderzoek geen (uitdrukkelijk) antwoord geven op de bewijslastverdeling, ambtshalve toetsing en de aanvang c.q. lengte van de klachttermijn.

¹⁹ In dit hoofdstuk ligt de focus op de rechtgevolgen bij schending van de (algemene) klachtplicht. Om die reden zullen niet alle aspecten van de klachtplicht (zoals de onderzoeks- en kennisgevingsplicht) worden besproken.

²⁰ In de bijlage zal een schematisch overzicht van de geanalyseerde uitspraken worden gevoegd.

2

‘Klachtplicht’

In dit hoofdstuk zal het (wettelijk) kader en de ratio van de klachtplicht worden toegelicht. Aan de hand van de parlementaire geschiedenis, de doctrine en uitspraken van de Hoge Raad zal worden weergegeven wat de klachtplicht ex artikel 6:89 BW inhoudt. De reden hiervoor is dat zowel de Hoge Raad als de doctrine in het licht van het kader en de ratio van de klachtplicht de toepassing hiervan duidt. Daarnaast spreekt de feitenrechter op basis van het kader en de ratio van de klachtplicht recht.

In het vervolg van dit onderzoek ligt het accent op de toepassing van het *Van de Steeg-Rabobank*-arrest bij een opdrachtovereenkomst (ex artikel 7:400 BW). Doordat de klachtplicht van artikel 6:89 BW op *iedere verbintenis* van toepassing is, zal deze (algemene) klachtplichtregeling hierna centraal staan.²¹ De klachtplichtregeling van artikel 7:23 lid 1 BW is echter *specifiek* bedoeld voor de koopovereenkomst, waardoor deze hierna niet (expliciet) wordt behandeld.²²

Nadat het kader is weergegeven, zal de ratio van de klachtplicht worden besproken. Ook de ratio staat direct in betrekking tot het *Van de Steeg/Rabobank*-arrest en de aldaar gegeven belangenafweging. In zekere zin fungeert dit hoofdstuk daarmee als directe voorbode voor hoofdstuk 3 en hoofdstuk 4.

2.1 Het kader

De klachtplicht, als bedoeld in artikel 6:89 BW, schrijft voor dat de schuldeiser binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt’ protesteert. Hoewel het *protest* ‘vormvrij’ is, moet het - volgens de Hoge Raad - voor de schuldenaar wel duidelijk zijn wat ‘de gestelde aard en omvang van de *gebrekkige prestatie* is’.²³ Indien het protest niet (tijdig) - dan wel niet voldoende concreet - wordt medegedeeld aan de schuldenaar, dan kan de schuldeiser ‘op een gebrek in de prestatie geen beroep meer doen’ (ex artikel 6:89 BW). Voornoemde sanctie houdt gelet op de parlementaire geschiedenis (concreter) in dat ‘de schuldeiser iedere rechtsvordering en ieder verweer verliest’.²⁴ De zinsnede ‘iedere rechtsvordering en ieder verweer’ betekent volgens de doctrine ‘verval van *alle* rechten (c.q. contractuele remedies): (corrigerende) nakoming, opschorting, schadevergoeding en ontbinding’.²⁵

2.2 De ratio

Vanwege haar beperkte omvang behelst dit onderzoek geen volledige uitdieping van de (historische) achtergrond van de klachtplicht. Daartegenover kan de achtergrond ook niet helemaal worden weggelaten. De verplichting van de schuldeiser tot klagen met betrekking tot de gebrekkige prestatie is namelijk van origine een praktische regeling. Op de markt in het oude Rome vond de inspectie van de koopwaar - in verband met de slechts korte (en vaak finale) ontmoeting tussen partijen - direct na aflevering plaats.²⁶ Het *protesteren* bij de zogenoemde ‘handelskoop’ moest om die reden terstond.²⁷

De achterliggende gedachte van het onverwijld klagen over de gebrekkige prestatie beoogt (gelijk aan de hiervoor geschetste historische achtergrond) *moeilijk te betwisten klachten* te voorkomen, aldus de parlementaire geschiedenis.²⁸ Gelet op het soort zaak (koopwaar), lijkt de term ‘moeilijk betwistbare klachten’ te zien op de vaststelling van (fysieke) schade.²⁹ Gelijk aan de huidige *conformiteitseis* diende een zaak ook toen aan de overeenkomst te beantwoorden. Ter bescherming van de verkoper was het

²¹ Tjittes, *RM Themis* 2007/1, pag. 15. Vgl. Tjittes & Kampman, *Contracteren* 2013/3, pag. 86-87. Vgl. W.H. van Boom, *AA* 2013/10, pag. 755. Vgl. HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, r.o. 4.2.1 (*Van de Steeg/Rabobank*).

²² Kogelenberg, *WPNR* 2007/6733, pag. 1005. Vgl. Tjittes & Kampman, *Contracteren* 2013/3, pag. 86. Vgl. Hijma, *WPNR* 2013/6994, pag. 959.

²³ Tjittes, *RM Themis* 2007/1, pag. 21. Vgl. Tjittes & H. Boom 2020, pag. 92. Vgl. HR 11 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8297, r.o. 3.5 (*Kortenhorst/Van Lanschot Bankiers*).

²⁴ Reehuis, Slob & Zeben 1991, pag. 146-148 en 152. Tjittes & H. Boom 2020, pag. 93. Vgl. Tjittes & Kampman, *Contracteren* 2013/3, pag. 86.

²⁵ W.H. van Boom, *AA* 2013/10, pag. 755, Kogelenberg, *WPNR* 2007/6733, pag. 1011 en Hijma 2016, pag. 171. Vgl. Hijma, *WPNR* 2013/6994, pag. 959: ‘op straffe van remedieverval’.

²⁶ Schrage, *VrA* 2006/2, pag. 92 en 93.

²⁷ Zeben, Du Pon & Olthof 1981, pag. 316-317.

²⁸ Reehuis, Slob & Zeben 1991, pag. 146 en 152.

²⁹ W.H. van Boom, *AA* 2013/10, pag. 758.

daarom noodzakelijk dat er voor de koper een verplichting bestond om binnen bekwame spoed te reclameren, zodat eventuele latere schade niet op de verkoper zou kunnen worden afgeschoven.³⁰

Voorts is de primaire doelstelling van de klachtplicht; het voorkomen van bewijsproblemen.³¹ De tweede doelstelling van de klachtplicht ziet - in de woorden van J.J. Valk - ‘op de bescherming tegen late (onverwachte) vorderingen, waar de schuldenaar niet meer op bedacht hoefde te zijn’.³²

De *tweeledigheid* van de ratio blijkt ook uit de parlementaire geschiedenis bij artikel 6:89 BW, te weten:

‘dat een schuldenaar er op moet kunnen rekenen, dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt en dat deze, indien dit niet het geval blijkt te zijn, zulks, eveneens met spoed, aan de schuldenaar mededeelt. Hoeveel tijd de schuldeiser voor een en ander ten dienste staat, moet naar de aard van de overeenkomst en de gebruiken worden beoordeeld.’³³

Het citaat beschrijft in wezen de (klachtplicht)regeling ingeval er sprake is van een *gebrek in de prestatie*.³⁴ Binnen deze regeling dient de schuldenaar (primair) te worden beschermd met het oog op een ‘eventueel (bewijs)nadeel’.³⁵ Daarnaast is (secundair) een spoedige kennisname van de klacht in het belang van de schuldenaar, zodat hij ofwel in de gelegenheid wordt gesteld om de schade te beperken ofwel gebruik kan maken van zijn verhaalsrecht tegenover een derde.³⁶

Hoezeer ook de klachtplicht hoofdzakelijk ziet op de bescherming van de schuldenaar, dient aansluitend tevens rekening te worden gehouden met de belangen van de schuldeiser.³⁷ Tjittes en H. Boom onderbouwen dit standpunt door aan te voeren dat ‘ook de schuldeiser zijn rechten in het kader van een gebrekkige prestatie geldend moet kunnen maken tegenover de schuldenaar’. Daar komt volgens Tjittes en H. Boom nog bij dat ‘de rechten van de schuldeiser door de klachtplicht aanzienlijk worden beperkt ten aanzien van het algemene verjaringsregime (meestal 5 jaar)’.³⁸

Het afwegen van de belangen van de schuldenaar én de schuldeiser valt niet (direct) te herleiden uit de relatief summiere parlementaire geschiedenis van artikel 6:89 BW. W.H. van Boom vraagt zich dan ook hardop af of ‘de wetgever van tevoren een goede inschatting van de klachtplichtregeling heeft gemaakt’. Ook Van Wechem meent dat ‘artikel 6:89 BW nog een nadere (evenwichtige) nuancering nodig heeft’.³⁹

³⁰ W.H. van Boom, AA 2013/10, pag. 758.

³¹ Reehuis, Slob & Zeven 1991, pag. 146 en 152. Vgl. J.J. Valk, *MvV* 2020/2, pag. 45.

³² J.J. Valk, *MvV* 2020/2, pag. 45.

³³ Zeven, Du Pon & Olthof 1981, pag. 316-317. Vgl. A-G Wuisman in zijn conclusie voor HR 29 juni 2007, ECLI:NL:PHR:2007:AZ4850, r.o. 3.6: ‘Achter de artt. 6:89 en 7:23 BW steken overwegingen van rechtszekerheid.’

³⁴ Hijma 2016, pag. 170. Vgl. HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, r.o. 3.6.

³⁵ Tamboer, *TvC* 2008/6, pag. 217.

³⁶ Tjittes & H. Boom 2020, pag. 67. Vgl. Rampersad & Weide, *MvV* 2011/12, pag. 321-322. Vgl. Hijma, *WPNR* 2013/6994, pag. 959.

³⁷ Tjittes & H. Boom 2020, pag. 67-68.

³⁸ Tjittes & H. Boom 2020, pag. 67-68.

³⁹ Wechem, *Contracteren* 2007/4, pag. 100. Deze ‘nuancering’ volgt uit de rechtspraak, zie hoofdstuk 3.

3

‘Analyse Van de Steeg/Rabobank-arrest’

In het vorige hoofdstuk werd afsluitend gehint op de invulling die de rechtspraak aan de klachtplichtregeling c.q. beoordelingsmaatstaf geeft. Immers, kan de praktijk uitwijzen dat enkel de (hiervoor besproken) wettelijke ‘omlijning’ en de vooraf vastgestelde bedoeling(en) niet (volledig) toereikend kunnen zijn. Ingeval van de klachtplicht heeft de Hoge Raad verschillende arresten gewezen, alvorens een (voorlopig) vaste lijn is gevormd.⁴⁰ Juist deze rechtsvorming van de klachtplicht - met betrekking tot haar evenwicht - zal in dit hoofdstuk worden uitgehold.

Aanvankelijk zag de literatuur het *Ploum/Smeets II*-arrest als (voorlopig) eindpunt, omdat de Hoge Raad hierin - in de woorden van Rampersad en Van der Weide - ‘een genuanceerd systeem van checks and balances met betrekking tot de klachtplicht’ had gegeven.⁴¹ Echter, met de wetenschap van nu lijkt de rechtsvorming van de klachtplicht haar ‘climax’ te hebben gevonden in een drietal arresten die door de Hoge Raad op 8 februari 2013 zijn gewezen.⁴²

In dit onderzoek focus ik op één van deze arresten, zijnde het *Van de Steeg/Rabobank*-arrest.⁴³ Gelet op de genuanceerde overwegingen van de Hoge Raad met betrekking tot de belangenafweging, draagt specifiek deze uitspraak bij aan dit onderzoek. Daarbij komt - met het oog op het navolgend hoofdstuk - dat de doctrine vrijwel enkel deze uitspraak becommentarieert.

Hierna zal ik het *Van de Steeg/Rabobank*-arrest analyseren, waarbij ik eerst (kort) de feiten en het procesverloop benoem. Daarna zal ik ingaan op de (voor)overwegingen van de Hoge Raad. Tot slot zal ik in de tweede paragraaf - ter voorbereiding op hoofdstuk 5 - het beoordelingskader (met specifieke aandacht voor de belangenafweging) uiteenzetten.

3.1 Feiten en procesverloop

Tussen Van de Steeg en Rabobank bestond een beleggingsadviesrelatie, waarbij Van de Steeg via Rabobank belegde in aandelen en handelde in opties. Voorts was Van de Steeg van mening dat Rabobank niet de zorg van een goed opdrachtnemer in acht heeft genomen door de op haar rustende bijzondere zorgplichten te schenden. Rabobank verweerde zich hiertegen door aan te voeren dat Van de Steeg niet binnen bekwame tijd hierover had geprotesteerd.⁴⁴

In eerste aanleg oordeelde de rechtbank dat Van de Steeg met betrekking tot de gebrekkige prestatie ‘niet binnen bekwame tijd heeft geprotesteerd’ (ex artikel 6:89 BW).⁴⁵ Nadien heeft het hof de uitspraak van de rechtbank bekrachtigd.⁴⁶ Het hof hecht bij zijn oordeel veel waarde aan het feit dat Van de Steeg (pas) drie jaar na aanvang van de klachttermijn reclameerde. Zie in dat kader de volgende overweging:

‘(...) een tijdsverloop dat - naar het oordeel van het hof - slechts onder bijzondere omstandigheden niet leidt tot verval van het recht om een beroep te doen op een gebrek in de prestatie. De omstandigheid dat Rabobank geen nadeel zou lijden, kan niet als zodanig worden aangemerkt.’⁴⁷

Het hof rechtvaardigt deze overweging door te wijzen op het belang van rechtszekerheid voor de schuldeiser dat volgt uit de ratio van artikel 6:89 BW.⁴⁸ Het uitgangspunt dat ‘een zekere terughoudendheid om een beroep op artikel 6:89 BW te honoreren op zijn plaats is’, maakt het oordeel van het hof in casu niet anders.⁴⁹

⁴⁰ Vranken, *WPNR* 2019/7231, pag. 225. Vranken telde omstreeks maart 2019 circa 15 uitspraken.

⁴¹ Rampersad & Weide, *MvV* 2011/12, pag. 324. Vgl. Orsouw, *Bb* 2013/36, par. 1.

⁴² Orsouw, *Bb* 2013/36, par 1. Vgl. W.L. Valk, *NTBR* 2014/2, inleiding.

⁴³ HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600 (*Van de Steeg/Rabobank*).

⁴⁴ *Idem*, r.o. 3.1-3.2.

⁴⁵ *Idem*, r.o. 3.2.

⁴⁶ *Idem*, r.o. 3.3.

⁴⁷ *Idem*, r.o. 3.3.

⁴⁸ *Idem*, r.o. 3.3.

⁴⁹ *Idem*, r.o. 3.3.

Sterker nog, het hof overweegt dienaangaande (vastbesloten) ‘dat een zekere terughoudendheid om een beroep op art. 6:89 BW te honoreren op zijn plaats is brengt niet mee dat (...) het pas na ongeveer drie jaar protesteren zonder dat daarvoor een duidelijke reden is, nog zou moeten worden gesauveerd’.⁵⁰ Dit om de betekenis van het woord ‘tijdig’ (ex artikel 6:89 BW) te beschermen.⁵¹

Vervolgens wordt deze kwestie voorgelegd aan de Hoge Raad. De Hoge Raad vangt hierbij aan met een inventarisatie van de rechtspraak over de klachtplicht, hetgeen uiteindelijk leidt tot de overweging dat het bij de klachtplicht gaat om een belangenafweging.⁵²

In dat verband dient de rechter (volgens de Hoge Raad) rekening te houden met enerzijds het voor de schuldeiser ingrijpende rechtsgevolg van het te laat protesteren, te weten verval van alle rechten, en anderzijds de concrete belangen waarin de schuldenaar is geschaad door het late tijdstip waarop dat protest is gedaan. Bij dit laatste is van belang of de schuldenaar nadeel lijdt door het late tijdstip waarop de schuldeiser heeft geklaagd.⁵³ Tot slot oordeelt de Hoge Raad dat tijdsverloop weliswaar een belangrijke factor vormt, maar dat deze niet doorslaggevend is.⁵⁴

3.2 Beoordelingsmaatstaf Hoge Raad

Nadat de Hoge Raad in zijn ‘inleidende beschouwingen’ het algemeen kader van de klachtplicht heeft geschetst en de reeds bekende rechtsregels heeft herhaald, behandelt hij de klachten in cassatie. In dat kader is wat de Hoge Raad overweegt onder rechtsoverweging 5.4 innoverend:

‘Zoals hiervoor in 4.2.6 is overwogen, vergt toepassing van art. 6:89 BW een waardering van belangen door de rechter (...) 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.’⁵⁵

Naast dat de hiervoor geciteerde rechtsoverweging voor de Hoge Raad de grondslag vormt om het arrest van het hof te vernietigen, geeft hij evenzo het benodigde ‘evenwicht’ weer. Immers, daar het hof bij de toepassing van de klachtplicht nog meer gewicht toekent aan het *tijdsaspect* (c.q. tijdsverloop), lijkt de Hoge Raad de nadruk te leggen op het *belangaspect* (c.q. belangenafweging).⁵⁶ Ook A-G Wissink sprak het arrest van het hof tegen. Volgens hem is bij de toepassing van de klachtplicht de nadruk de afgelopen jaren zelfs ‘verschoven van het tijdsaspect naar het belangaspect’.⁵⁷

Duidelijk mag zijn dat de Hoge Raad in zijn arrest niet expliciet doelt op een verschuiving in de gewichtsverdeling. In tegendeel, de Hoge Raad overweegt juist dat het tijdsverloop zelf een belangrijke (doch niet doorslaggevende) factor is. Dit aspect dient dus wel degelijk in ogenschouw te worden genomen. Aan de andere kant duidt het woord ‘vergt’ uit bovenstaand citaat wel op het in het leven roepen van een verplichte belangenafweging bij de toepassing van de klachtplicht van artikel 6:89 BW. Daarbij is het volgens de Hoge Raad bepalend of de schuldenaar in zijn belangen is geschaad.⁵⁸ Met name dit *nadeelvereiste* lijkt een automatisch verval van alle rechten in de weg te staan.

⁵⁰ Idem, r.o. 3.3.

⁵¹ Idem, r.o. 3.3.

⁵² Idem, r.o. 4.2.6.

⁵³ Voorts kan het ‘nadeel’ volgens de Hoge Raad bestaan uit een benadeling in zijn bewijspositie of een aantasting van zijn mogelijkheden de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperken, zie r.o. 4.2.6.

⁵⁴ HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, r.o. 4.2.6 (*Van de Steeg/Rabobank*).

⁵⁵ Idem, r.o. 5.4. In verband met de verplichting (‘vergt’) is specifiek deze overweging geciteerd.

⁵⁶ Orsouw, *Bb* 2013/36, par. 5.

⁵⁷ PHR 8 februari 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BY4600, par. 2.5.3.

⁵⁸ HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, r.o. 4.3.4 (*Van de Steeg/Rabobank*).

Hiervoor zijn alle facetten van de klachtplicht besproken. Zo ging hoofdstuk 2 over het kader en de ratio van de klachtplicht en in hoofdstuk 3 kwam het *Van de Steeg/Rabobank*-arrest aan de orde. Puur chronologisch zou de doctrine voorafgaand aan de analyse van het *Van de Steeg/Rabobank*-arrest moeten worden weergegeven. Ik heb er echter voor gekozen om de beoordelingsmaatstaf van de Hoge Raad te laten aansluiten op het kader en de ratio, alvorens de meer indringende kanttekeningen van de doctrine te bespreken. Daarnaast prevaleert in dit kader ook de praktische insteek, zijnde het omvatten van de doctrine in één hoofdstuk. Immers, ziet dit hoofdstuk niet enkel op de weerstand vooraf, maar ook op het standpunt achteraf.⁵⁹

Met betrekking tot de klachtplicht heeft de doctrine verschillende (scherpe) opmerkingen geplaatst.⁶⁰ Voordat het *Van de Steeg/Rabobank*-arrest uitwees dat een belangenafweging is geboden, bestond er binnen de doctrine de opvatting dat artikel 6:89 BW ‘het gevaar in zich bergt dat de [schuldenaar] te snel in veilige haven geraakt, ten koste van de [schuldeiser], jegens wie hij toch is tekortgeschoten’.⁶¹ Dit kan worden vertaald als: een vrees voor een ‘automatisch’ verval van rechten voor de schuldeiser.

Op het eerste gezicht lijkt het woord ‘vrees’ wellicht tamelijk overtrokken. Anderzijds dicht de doctrine de klachtplichtregeling zowaar een ‘draconisch’ karakter toe die ook wordt geassocieerd met de ‘guillotine’.⁶² Deze omschrijvingen hebben alles te maken met de ‘explosieve’ rechtsgevolgen van de klachtplicht, wat alles weg heeft van een ‘alles-of-niet sanctionering’.⁶³

4.1 Weerstand vooraf

De sanctie op het schenden van de klachtplicht is een algeheel verval van rechten van de schuldeiser ter zake van de tekortkoming (ex artikel 6:89 BW). Hoewel deze sanctie ‘bijzonder zwaar’ wordt geacht, is deze volgens de wetgever wel gerechtvaardigd.⁶⁴ Conform de ratio, dient bij iedere discussie omtrent de gebrekkige prestatie in beginsel het belang van de schuldenaar te worden beschermd.⁶⁵

Bollen en Hartlief betogen echter dat de wetgever en de Hoge Raad de klachtplicht niet volgens de huidige tendens binnen het verbintenissenrecht - bestaande uit genuanceerdere oplossingen waarbij rekening kan worden gehouden met elkaars gerechtvaardigde belangen - benadert.⁶⁶

De termen ‘draconisch’ en ‘guillotine’ doen vermoeden dat er binnen de doctrine onvrede bestaat over het ‘alles-of-niets karakter’ van artikel 6:89 BW. Om de *bijzonder zware* rechtsgevolgen van de klachtplicht te nuanceren heeft de doctrine een drietal differenties bedacht.

Ten eerste is de kritiek gericht op een ‘automatische’ toepassing van de (verstreckende) rechtsgevolgen bij schending van artikel 6:89 BW en daarmee dat het wetsartikel de rechter geen alternatief verschaft.⁶⁷ Tekenend in dit kader is de vraag die Bollen en Hartlief hardop stellen: ‘Is het hanteren van de botte bijl, waar een scalpel wellicht meer aangewezen zou zijn’ wel werkelijk nodig?’⁶⁸ Zij menen bovendien dat de huidige klachtplicht het adagium ‘pacta sunt servanda’ tekortdoet. Immers, via de sanctie van de klachtplicht kan worden ontkomen aan deze belangrijke rechtsregel binnen het contractenrecht en dat terwijl het de schuldenaar is die niet correct nakomt.⁶⁹

⁵⁹ Onder 4.1 valt literatuur vóór 8 februari 2013, onder 4.2 valt literatuur (kort) na 8 februari 2013.

⁶⁰ Voor beantwoording van de hoofdvraag is evenwel enkel de kritiek op de sanctie van de klachtplicht relevant.

⁶¹ Asser/Hijma 2013/543a.

⁶² Tjittes & H. Boom 2020, pag. 1 en 61 en W.H. van Boom, AA 2011/11, pag. 810-814. Vgl. Hijma 2016, pag. 169: ‘guillotineregime’.

⁶³ W.H. van Boom, AA 2013/10, pag. 755, 758 en 760-761.

⁶⁴ Reehuis, Slob & Zeven 1991, pag. 152.

⁶⁵ Tjittes & H. Boom 2020, pag. 93.

⁶⁶ Bollen & Hartlief, *NJB* 2009/43, par. 1 en 4.

⁶⁷ ‘Ook bezien in het licht van de relevante Europese regelgeving kunnen daarbij vraagtekens worden geplaatst.’ Zie Meijerink, *NTBR* 2010/16, par. 3.

⁶⁸ Bollen & Hartlief, *NJB* 2009/43, par. 3.

⁶⁹ Idem, par. 3.

Ten tweede constateert Tamboer dat ‘enige verwijtbaarheid aan de zijde van de schuldenaar in beginsel niet uitmaakt’. De klachtplicht heeft namelijk dezelfde werking ingeval de schuldenaar bewust een gebrekkige prestatie levert.⁷⁰ Volgens Tamboer kan dit gegeven zich moeilijk verenigen met de ratio dat de schuldenaar dient te worden beschermd tegen ‘late en daardoor moeilijk te betwisten klachten’, hij weet immers bij aanvang al dat de prestatie gebrekkig is c.q. gaat zijn.⁷¹ Bollen en Hartlief zijn hieromtrent ook zeer ‘uitgesproken’: ‘Wat zou de schuldenaar in die gevallen willen betwisten? Daar zit het probleem toch?’ Omwille van het voorgaande betoogt Tamboer (stellig) dat ‘de vergaande sanctie alsdan niet op zijn plaats is’.⁷² Vermoedelijk zullen Bollen en Hartlief hiermee instemmen.

Ten derde merkt Tamboer (ogenschijnlijk verontwaardigt) op dat zelfs het ontbreken van enig nadeel bij een schuldenaar niet van doorslaggevende betekenis is.⁷³ Bollen en Hartlief zoeken met betrekking tot dit opgeworpen *nadeelvereiste* aansluiting bij het leerstuk van de rechtsverwerking.⁷⁴ Ook zij voeren aan dat een schuldenaar nadeel moet ondervinden door de late klacht. Hartlief heeft later zelfs nogmaals gesignaleerd dat de focus te veel ligt op het tijdsverloop ‘an sich’ en niet op de vraag of de schuldenaar hierdoor al dan niet wordt benadeeld.⁷⁵

In dat verband voert Tamboer aan dat ‘afwezigheid van enige vorm van nadeel zou moeten rechtvaardigen dat de sanctie bij een succesvol beroep op de klachtplicht wordt versoepeld’.⁷⁶ Bollen en Hartlief vinden echter dat de (alternatieve) oplossing moet ‘worden gezocht in het wegnemen van het nadeel of het verlichten van de gevolgen van de verzwaring’.⁷⁷

4.2 Standpunt achteraf

Hierboven zijn de drie voornaamste kanttekeningen tegen (de sanctie van) de klachtplicht benoemd. Kort na het *Van de Steeg/Rabobank*-arrest hebben enkele auteurs de nieuwe rechtspraak en haar gevolgen beschouwd. Op voorhand wordt hieromtrent geconstateerd dat de Hoge Raad zich kennelijk heeft laten beïnvloeden door de kritiek vanuit de doctrine.⁷⁸ Hierna zullen de invloeden worden belicht.

Vooreerst lag het niet in de rede dat de Hoge Raad de sanctie van de klachtplicht zou aantasten. Desondanks betoogt W.H. van Boom dat een ‘alles-of-niet sanctionering’ meer in de reden ligt bij een (min of meer) duidelijke termijnstelling, hetgeen de klachtplicht niet bevat (‘binnen bekwame tijd’).⁷⁹ Daarnaast heeft De Hoge Raad in het *Van de Steeg/Rabobank*-arrest geoordeeld dat de toepassing van de klachtplicht een belangenafweging vergt. Echter, laat de Hoge Raad volgens Tjittes en Kampman na om (expliciet) binnen deze evenwichtigheid een plek ‘in te ruimen’ voor het meewegen van ‘de opzet of bewuste roekeloosheid’ van de schuldenaar. Zij pleiten ervoor dat deze omstandigheid aanleiding zou geven voor een (veel) langere klachttermijn voor de schuldeiser.⁸⁰

Aangaande diezelfde belangenafweging benadrukt de Hoge Raad daarentegen wel dat de schuldenaar een concreet nadeel moet lijden; enkel tijdsverloop is niet (meer) voldoende.⁸¹ Hiermee heeft het *nadeelvereiste* een belangrijke positie gekregen, daar dit de sleutel is (geworden) voor een geslaagd beroep op de klachtplicht. Anders gezegd: wanneer een concreet nadeel aan de kant van de schuldenaar ontbreekt, dan prevaleert het belang van de schuldeiser.⁸² In deze overweging kunnen de opvattingen van de doctrine en de door haar bedachte oplossingen worden gelezen.

⁷⁰ Tamboer, *TvC* 2008/6, pag. 216.

⁷¹ Idem. Vgl. Bollen & Hartlief, *NJB* 2009/43, par. 6.

⁷² Bollen & Hartlief, *NJB* 2009/43, par. 6. Vgl. Tamboer, *TvC* 2008/6, pag. 222.

⁷³ Tamboer, *TvC* 2008/6, pag. 216.

⁷⁴ Bollen & Hartlief, *NJB* 2009/43, par. 3. Vgl. Hartlief, *AA* 2008/05, pag. 364.

⁷⁵ Hartlief, *AA* 2008/05, pag. 368.

⁷⁶ Tamboer, *TvC* 2008/6, pag. 217.

⁷⁷ Bollen & Hartlief, *NJB* 2009/43, par. 3 en 7.

⁷⁸ Tjittes & Kampman, *Contracteren* 2013/3, pag. 86.

⁷⁹ W.H. van Boom, *AA* 2013/10, pag. 760-761.

⁸⁰ Tjittes & Kampman, *Contracteren* 2013/3, pag. 95.

⁸¹ W.L. Valk, *NTBR* 2014/2, inleiding.

⁸² Tjittes & Kampman, *Contracteren* 2013/3, pag. 96. Vgl. W.H. van Boom *AA* 2013/10, pag. 761, waarin het *nadeelvereiste* een ‘ingangsvoorwaarde’ wordt genoemd.

5

‘Rechtspraak’

In de eerste (inhoudelijke) hoofdstukken heb ik beschouwd wat de klachtplicht inhoudt, welke gedachte hierachter schuilt en hoe de toepassing hiervan zou moeten plaatsvinden. Het vorige hoofdstuk wijst uit dat de doctrine vooraf de nodige weerstand had tegen de eerdere toepassing van de klachtplicht. Deze weerstand uitte zich in een zekere vrees voor een (te) eenvoudige hantering van de klachtplichtsanctie.

Achteraf leek de doctrine nog niet direct overtuigd van de nieuwe beoordelingsmaatstaf van de Hoge Raad. Tegelijkertijd bevat diezelfde maatstaf wel elementen die min of meer aansluiten bij de door de doctrine aangevoerde relativering van de klachtplicht. Daarentegen staat het hebben van een genuanceerde beoordelingsmaatstaf niet direct garant voor een juiste toepassing hiervan. Om die reden zal in dit hoofdstuk worden gekeken naar de wijze waarop de feitenrechter de klachtplicht benadert en beoordeelt sinds dat de Hoge Raad het *Van de Steeg/Rabobank*-arrest heeft gewezen. In het licht van het voorgaande kijkt dit onderzoek dus naar uitspraken van rechtbanken en hoven na 8 februari 2013. Verder dient de klacht - getrouw aan het *Van de Steeg/Rabobank*-arrest - te zien op het schenden van de verplichtingen die voortkomen uit de *overeenkomst van opdracht*.⁸³

Hierna volgt een thematische bespreking van de geanalyseerde uitspraken, waarbij waar mogelijk verbanden zullen worden gelegd tussen de verschillende factoren. De vertaalslag zal plaatsvinden door de kernpunten van de maatstaf van het *Van de Steeg/Rabobank*-arrest, zijnde een verplichte *belangenafweging* én een *nadeelvereiste*, hierna centraal te stellen. Immers, de Hoge Raad tracht door middel van deze verplichtingen meer evenwicht te scheppen binnen de toepassing van de klachtplicht.

5.1 Belangenafweging

Blijkens de geanalyseerde uitspraak stelt de feitenrechter - aan de hand van de professionaliteit c.q. deskundigheid van een partij - met regelmaat voorop hoe de verhoudingen tussen partijen liggen. Bij een opdrachtovereenkomst is de opdrachtnemer in veel gevallen een professionele partij.⁸⁴ De (ondeskundige) opdrachtgever mag in dat geval vertrouwen op de deskundigheid van de opdrachtnemer.⁸⁵ De opdrachtnemer heeft immers uit hoofde van zijn beroep een zorgplicht.⁸⁶

Uit de geselecteerde en geanalyseerde uitspraken valt op te maken dat het bestaan van de zorgplicht van de opdrachtnemer een belangrijke rol speelt bij de beoordeling van het tijdsverloop tussen het verrichten van de prestatie en de klacht. De zorgplicht rekt namelijk als het ware de aanvang van de klachttermijn op.⁸⁷ Het voorgaande is ook mogelijk als de opdrachtgever zich laat bijstaan door een derde en ook dan dient hij acht te slaan op het tijdsverloop.⁸⁸

Verder hoeft de opdrachtgever de opdrachtnemer gedurende de prestatie niet telkens te controleren, vanwege de deskundigheid van de opdrachtnemer.⁸⁹ Dit geldt temeer als het gaat om ‘standaard’ werkzaamheden.⁹⁰ Dit geldt evenwel niet in ieder geval. Zo overweegt het hof ’s-Hertogenbosch dat van een opdrachtgever, als rechtszoekende, een actieve houding mag worden verwacht in die zin dat een opdrachtnemer (in casu: een advocaat) erop mag rekenen dat de opdrachtgever met bekwame spoed onderzoekt of de geleverde prestatie voldoet en, als dit niet zo is, hij dit (via een derde) voortvarend mededeelt. In zijn besluitvorming neemt het hof ’s-Hertogenbosch met betrekking tot de verlangde *actieve houding* mee dat niet is gebleken dat de opdrachtnemer voortvarend te werk is gegaan en niet duidelijk is geworden waarom de opdrachtgever pas na geruime tijd een professional inschakelt.⁹¹

⁸³ Op basis van dit uitgangspunt zijn de volgende ‘criteria’ gehanteerd: ‘artikel 6:89 BW’, ‘ECLI:NL:HR:2013:BY4600’, ‘artikel 7:400’ en ‘nadeel’. Voornoemde criteria zijn in een aantal samenstellingen op Rechtspraak.nl ingevoerd, waarbij circa 15 (voor dit onderzoek) bruikbare uitspraken zijn geselecteerd. ‘Bruikbaar’ houdt in dat de rechter een belangenafweging maakt en/of het nadeelvereiste toetst. Zie bijlage 1.

⁸⁴ Zo betreft de opdrachtnemer in twaalf van de vijftien geanalyseerde uitspraken een beroepsbeoefenaar.

⁸⁵ Zie uitspraak 12, r.o. 4.10.

⁸⁶ Zie onder andere uitspraken 1 en 2: beleggingsinstelling, uitspraak 3: notaris en uitspraken 11 en 12: advocaat.

⁸⁷ Zie uitspraak 3, r.o. 3.15.

⁸⁸ Zie uitspraak 8, r.o. 5.17. respectievelijk uitspraak 7, r.o. 3.4.3.

⁸⁹ Zie uitspraak 3 en 11.

⁹⁰ Zie uitspraken 1 en 2.

⁹¹ Zie uitspraak 11, r.o. 6.30.

In tegenstelling tot de andere geanalyseerde uitspraken lijkt het hof 's-Hertogenbosch in zijn besluitvorming meer aansluiting te zoeken bij de ratio van de klachtplicht en de opdrachtnemer meer bescherming te bieden. Doordat de geanalyseerde feitenrechtters wisselend oordelen over de ‘gewenste’ houding van de opdrachtgever is het onduidelijk of deze gedurende de prestatie *achterover kan leunen* óf *actief* moet zijn. Wellicht dat het hof 's-Hertogenbosch aanstuurt op een actievere houding, omdat het gebrek voor de opdrachtgever (goed) waarneembaar was.⁹² Anderzijds kan - in het licht van de ratio van de klachtplicht - het veelal toelaten van passiviteit aan de zijde van de opdrachtgever opmerkelijk worden genoemd. Uit het voorgaande blijkt dat de geanalyseerde rechtspraak (impliciet) een ‘strijd’ tussen de klachtplicht (ex artikel 6:89 BW) en de zorgplicht (ex artikel 7:401 BW) lijkt weer te geven, die getuige de onderlinge verdeling (5:1) in beginsel in het voordeel van de zorgplicht uitvalt.

5.2 Nadeelvereiste

Om te voorkomen dat de sanctie van de klachtplicht ‘zomaar’ wordt opgelegd, wordt gekeken naar het nadeel dat de opdrachtnemer lijdt als gevolg van de late klacht. Voorts blijkt uit zeven geanalyseerde uitspraken dat het nadeel niet specifiek, concreet genoeg of zelfs helemaal niet was gesteld.⁹³ Noemenswaardig is wel dat het merendeel van de opdrachtnemers als *advocaat* werd aangesproken.⁹⁴ De vraag is daarom hoe een opdrachtnemer dit moet aanpakken. Het vinden van ‘harde’ bewijzen voor het *hypothetische* geval dat het gebrek eerder zou zijn medegedeeld lijkt niet eenvoudig en hangt blijkens de geanalyseerde feitenrechtspraak nauw samen met de feitelijke omstandigheden.

Zo overweegt de rechtbank Zeeland-West-Brabant dat de *enkele stelling* dat de opdrachtnemer een kans is ontnomen om de gevolgen van de gebrekkige prestatie te herstellen c.q. beperken *onvoldoende is*. Temeer nu het de opdrachtnemer zelf was die ‘een eventueel appèl niet kansrijk inschatte’.⁹⁵ Daarnaast overweegt de rechtbank Gelderland dat niet kan worden vastgesteld dat de opdrachtnemer zich daadwerkelijk als gesteld zou hebben gedragen, maar wel vaststaat dat de *handelswijze van de opdrachtgever* hem de mogelijkheid heeft ontnomen om zich aldus te gedragen. In navolging op het voorgaande wordt tevens overwogen dat het *in de rede ligt* dat een dreigende aansprakelijkheid de schuldenaar c.q. opdrachtnemer *tot actie aanzet* en daarmee niet slechts denkbeeldig is.⁹⁶

Voor de feitenrechter kan kennelijk een mededeling van de opdrachtgever c.q. opdrachtnemer doorslaggevend zijn voor de bepaling of de opdrachtnemer een herstelmogelijkheid is ontnomen. Aan de casuïstiek komt daarmee veel gewicht toe. Daartegenover overweegt het hof 's-Hertogenbosch dat de door de opdrachtnemer gestelde herstelmogelijkheid niet, althans onvoldoende, door de opdrachtgever is weersproken.⁹⁷ Ook de betwisting wordt derhalve meegenomen door de feitenrechter.

Aan de hand van de voorgaande feitenrechtspraak lijkt met betrekking tot de herstelmogelijkheid het uitgangspunt te zijn dat een aannemelijke (c.q. niet voldoende weersproken) onderbouwing de ‘denkbeeldigheid’ van de herstelmogelijkheid dient weg te nemen. Hierbij is van belang of bij een tijdige klacht een actieve houding van de opdrachtnemer aannemelijk is. Een (eerder) negatief procesadvies of een dreigende aansprakelijkheid kunnen hiervoor concrete factoren zijn.

Tot slot wordt in zes instanties aangevoerd dat het nadeel van de opdrachtnemer voortkomt uit het niet meer ‘exact’ weten, dan wel het vernietigen, van het dossier van de opdrachtgever.⁹⁸ Hoewel dit aanvankelijk door de rechter werd afgedaan als ‘te weinig specifiek’ c.q. ‘onvoldoende concreet’, werd dit later toch als ‘voorstelbaar’ gezien.⁹⁹ De *tussentijdse* omstandigheden - zoals het mettertijd vervagen van de herinnering aan de zaak - kan dus wel degelijk worden aangenomen als (bewijs)nadeel. Ik vraag mij dan ook hardop af of dit gewenst is. Het (‘spontaan’) vergeten van de zaak kan in de praktijk namelijk gaan fungeren als ‘uitweg’ voor de gebrekkig presterende opdrachtnemer.

⁹² Zie uitspraak 11, r.o. 6.21. Hierin was de waarneembaarheid van het gebrek een gewichtige omstandigheid.

⁹³ Zie uitspraken 1, 2, 3, 8, 10, 12 en 14. Uitspraak 14 duidt zelfs op het ‘aannemelijk maken’ van het nadeel.

⁹⁴ Zie uitspraken 5, 6, 7, 9, 11 en 12. Dit impliceert doorgaans kennis van juridische vraagstukken.

⁹⁵ Zie uitspraak 7, r.o. 3.4.5.

⁹⁶ Zie uitspraak 9, r.o. 4.7.

⁹⁷ Zie uitspraak 11, r.o. 6.29.

⁹⁸ Zie uitspraken 1, 2, 3, 4, 6 en 13. Opmerking: onduidelijk is hoe dit zich verhoudt tot de bewaarplicht.

⁹⁹ Zie uitspraken 1,2 en 3 respectievelijk 6.

De opbouw van dit onderzoek is gericht op het vinden van een antwoord op de vraag: “*Heeft het Van de Steeg/Rabobank-arrest een halt toegeroepen aan een door de doctrine gevreesd ‘automatisch’ verval van alle rechten.*” Nu hiervoor de deelaspecten van dit onderzoek zijn behandeld, kan ik op basis van mijn opgedane bevindingen het volgende concluderen.

De ratio van de klachtplicht is immer hetzelfde (gebleven), namelijk het beschermen van de schuldenaar tegen (later) *moeilijk te betwisten klachten*. De manier waarop deze bescherming kan worden gegarandeerd is door de schuldeiser de verplichting op te leggen dat hij de prestatie met bekwame spoed moet onderzoeken en ingeval van een gebrek hierin dit spoedig mededeelt.

Gelet op al het vorenstaande lijkt er geen twijfel te bestaan over het uitgangspunt van de klachtplicht. Het is de toepassing hiervan die het struikelblok vormt. Nadat de klachtplicht steeds frequenter werd aangevoerd, kwam de Hoge Raad tot de realisatie dat hij de klachtplicht nader moest vormen, teneinde de doelstelling van de klachtplichtregeling te behouden. Wat volgde was een jarenlange zoektocht naar evenwicht - waarbij ieder arrest nauwgezet een aspect van de klachtplicht ontvouwde - totdat het *Van de Steeg/Rabobank-arrest* werd gewezen. In aansluiting op de kritiek van de doctrine werd met dit standaardarrest een nieuwe invalshoek bepaald met een genuanceerdere insteek.

Voortaan zou de klachtplicht een belangenafweging *vergen*, waarbij in het bijzonder sprake dient te zijn van een nadeel aan de zijde van de schuldenaar. De Hoge Raad lijkt hiermee in te spelen op de kanttekeningen van de doctrine die kortweg vreesde voor een ‘automatisch’ verval van alle rechten van de schuldenaar c.q. opdrachtnemer. Met betrekking tot de opdrachtovereenkomst is in dit onderzoek gekeken naar de wijze waarop deze beoordelingsmaatstaf door de feitenrechtspraak wordt gehanteerd.

Uit dit onderzoek is gebleken dat de klachtplicht bij een opdracht in wezen een afweging tussen het verdedigings- c.q. processuele belang van de opdrachtnemer en het belang van de schuldeiser bij een inhoudelijke beoordeling van de gestelde gebrekkige prestatie behelst. Voorts wijs dit onderzoek uit dat er bij een opdrachtovereenkomst met regelmaat sprake is van een ongelijke verhouding tussen partijen (‘professional vs. leek’). Om die reden heeft de professionele opdrachtnemer een zorgplicht. Waar de klachtplicht in beginsel de schuldenaar c.q. opdrachtnemer beoogt te beschermen, beschermt de op de schuldenaar rustende zorgplicht juist de opdrachtgever. Dit wordt in de geanalyseerde uitspraken dan ook met regelmaat benadrukt. Bij de belangenafweging drukt de zorgplicht haar stempel zodanig dat de (ondeskundige) opdrachtgever over het algemeen beter wordt beschermd dan de opdrachtnemer. Dit maakt dat enkel tijdsverloop een (nog) minder doorslaggevende factor wordt voor de klachtplicht.

Daarenboven dient de opdrachtnemer thans aan te tonen dat hij nadeel heeft ondervonden als gevolg van het ontbreken van een (tijdige) klacht. De rechtspraak wijst uit dat dit niet eenvoudig is, aangezien dan aannemelijk moet worden gemaakt dat de opdrachtnemer in dat *hypothetische* geval bijvoorbeeld een schadebeperkende handeling zou hebben verricht. Uit dit onderzoek blijkt temeer dat dit een fors struikelblok vormt voor de opdrachtnemer met een enkel ‘muizengaatje’, te weten een tussentijdse omstandigheid zoals het vervagen van herinnering ofwel het vernietigen van het dossier.

Kort en goed; Het *Van de Steeg/Rabobank-arrest* heeft een halt toegeroepen aan een geslaagd beroep op schending van de klachtplicht (ex artikel 6:89 BW), door de maatstaf hiervoor aanzienlijk te verzwaren. Het is echter de vraag of *alle* vrees van de doctrine hiermee is weggenomen. De doctrine voerde immers aan dat de ‘alles-of-niets sanctionering’ niet (meer) gewenst is en dat deze plaats moest maken voor een genuanceerdere afweging. Erg genuanceerder lijkt het er niet op geworden, aangezien de nieuwe maatstaf - bij de opdrachtovereenkomst - meer tegemoet komt aan de opdrachtgever c.q. schuldeiser. In wezen is daarmee het evenwicht nog steeds ongelijk, zij het dat deze ongelijkheid ‘180 graden’ is gedraaid. Van de door de doctrine en de Hoge Raad beoogde relativering is op basis van de feitenrechtspraak derhalve geen sprake. Het probleem is simpelweg verlegd.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Deze conclusie is gebaseerd op de geanalyseerde uitspraken. Volgens Hoekstra ‘verdient [het] opmerking dat lang niet alle uitspraken gepubliceerd worden op Rechtspraak.nl’, waardoor enige nuance op zijn plaats is. Zie Hoekstra AV&S 2020/38, pag. 225-226.

Literatuur- en jurisprudentielijst

Literatuurlijst

Asser/Hijma 7-I 2013/543a

J. Hijma, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en Ruil*, Deventer: Kluwer 2013.

Link: <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00C24288&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

Bollen & Hartlief, NJB 2009/43

C. Bollen & T. Hartlief, 'De klachtplicht van de teleurgestelde contractant. Een laatste alles of niets-bolwerk ontmanteld', *NJB* 2009/43.

Link: <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00A9D277&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

W.H. van Boom, AA 2011/11

W.H. van Boom, 'Klachtplicht bij koop', *AA* 2011/11, pag. 810-814.

Link: 34593390 (legalintelligence.com)

W.H. van Boom, AA 2013/10

W.H. van Boom, 'Zorgplicht vs. Klachtplicht', *AA* 2013/10, pag. 755-761.

Link: 34593705 (legalintelligence.com)

Drion, NJB 2008/329

C.E. Drion, 'Wie niet klaagt, die niet wint; op weg naar een klaagcultuur?', *NJB* 2008/329, pag. 375.

Link: [Wie niet klaagt, die niet wint; op weg naar een klaagcultuur \(kvdl.com\)](http://www.kvdl.com)

Hartlief, AA 2008/05

T. Hartlief, 'De klachtplicht van de teleurgestelde koper', *AA* 2008/05, pag. 362-369.

Link: [AA_mei2008.indb \(legalintelligence.com\)](http://www.legalintelligence.com)

Hijma 2016

J. Hijma, 'De klachtplicht beteugeld', in: Van Boom e.a. (red.), *Een kwart eeuw. Privaatrechtelijke opstellen*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Link: <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00CD80AB&cpid=WKNL-LTR-Nav2> (PDF)

Hijma, WPNR 2013/6994

J. Hijma, 'Ontwikkelingen in het overeenkomstenrecht', *WPNR* 2013/6994, pag. 955-962.

Link: 11847833 (legalintelligence.com)

Hoekstra AV&S 2020/38

C.O. Hoekstra, 'Private regelgeving en haar invloed op de maatschappelijke betamelijkheid: een onderzoek naar de feitenrechtspraak', *AV&S* 2020/38, pag. 224-231.

Link: <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00D47A5C&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

Kogelenberg, WPNR 2007/6733

M. van Kogelenberg, 'Wie niet komt klagen, wordt overgeslagen', *WPNR* 2007/6733, pag. 1005-1013.

Link: [4527054 \(legalintelligence.com\)](http://www.legalintelligence.com)

Meijerink, NTBR 2010/16

J.G.H. Meijerink, 'De klachtplicht in Europees perspectief', *NTBR* 2010/16.

Link: <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00A3F1A6&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

Orsouw, Bb 2013/36

E.M. van Orsouw, 'De klachtplicht is dood, leve de klachtplicht!', *Bb* 2013/36.

Link: <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00C2C4F0&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

Rampersad & Weide, MvV 2011/12

Y.A. Rampersad & J.A. van der Weide, 'De klachtplicht bij koop', *MvV* 2011/12, pag. 320-325.

Link: [MvV_1574-5767_2011_021_012_003.pdf \(bjutijdschriften.nl\)](http://www.bjutijdschriften.nl)

Reehuis, Slob & Zeben 1991

W.H.M. Reehuis, E.E. Slob & C.J. van Zeben (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 7, Bijzondere overeenkomsten, titels 1, 7, 9 en 14*, Deventer: Kluwer 1991.

Link: <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00CF535C&cpid=WKNL-LTR-Nav2> (PDF)

Schrage, VrA 2006/2

E.J.H. Schrage, 'Rechtsverwerking en gerechtvaardigd vertrouwen', *VrA* 2006/2, pag. 71-111.

Link: [Artikel: Rechtsverwerking en gerechtvaardigd vertrouwen \(bjutijdschriften.nl\)](http://www.bjutijdschriften.nl)

Tamboer, TvC 2008/6

S. Tamboer, 'De klachtplicht van de koper in het Nederlandse kooprecht', *TvC* 2008/6, pag. 216-228.

Link: [read_article_pdf_li.php \(uitgeverijparis.nl\)](http://www.uitgeverijparis.nl)

Tjittes, RM Themis 2007/1

R.P.J.L. Tjittes, 'De klacht- en onderzoeksplicht bij ondeugdelijke prestaties', *RM Themis* 2007/1, pag. 15-25.

Link: [De klacht- en onderzoeksplicht bij ondeugdelijke prestaties \(uitgeverijparis.nl\)](http://www.uitgeverijparis.nl)

Tjittes & H. Boom 2020

R.P.J.L. Tjittes & H. Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Monografieën BW nr. A6b), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Link: <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00D3725B&cpid=WKNL-LTR-Nav2> (PDF)

Tjittes & Kampman, *Contracteren* 2013/3.

R.P.J.L. Tjittes & J. Kampman, 'De klachtplicht onttroond – enige beschouwingen naar aanleiding van HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600 (Van de Steeg/Rabobank)', *Contracteren* 2013/3, pag. 86-98.

Link: [CONTR_1566-0893_2013_015_003_003.pdf](https://www.bjutijdschriften.nl/CONTR_1566-0893_2013_015_003_003.pdf) (bjutijdschriften.nl)

J.J. Valk, *MvV* 2020/2

J.J. Valk, 'Het toepassingsbereik van de klachtplicht', *MvV* 2020/2, pag. 43-52.

Link: [MvV_1574-5767_2020_030_002_001.pdf](https://www.bjutijdschriften.nl/MvV_1574-5767_2020_030_002_001.pdf) (bjutijdschriften.nl)

W.L. Valk, *NTBR* 2014/2

W.L. Valk, 'Hoe nu verder met de klachtplicht?', *NTBR* 2014/2.

Link: <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00C5AAE8&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

Vranken, *WPNR* 2019/7231

J.B.M. Vranken, 'De facelift van de oude dame', *WPNR* 2019/7231, pag. 225-226.

Link: [31716555](https://www.legalintelligence.com/31716555) (legalintelligence.com)

Wechem, *Contracteren* 2007/4

T.H.M. van Wechem, 'Voortschrijdende inzichten ten aanzien van klachttermijnen in het contractenrecht', *Contracteren* 2007/4, pag. 97-100.

Link: [Voortschrijdende inzichten ten aanzien van klachttermijnen](https://www.bjutijdschriften.nl/Voortschrijdende_inzichten_ten_aanzien_van_klachttermijnen) (bjutijdschriften.nl)

Zeben, Du Pon & Olthof 1981

C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

Link: <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00CE652F&cpid=WKNL-LTR-Nav2> (PDF)

Jurisprudentielijst

Hoge Raad

Hoge Raad 11 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8297 (*Kortenhorst/Van Lanschot Bankiers*)

Link: <https://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2010:BL8297>

Hoge Raad 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600 (*Van de Steeg/Rabobank*)

Link: <https://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2013:BY4600>

Hoge Raad 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176

Link: <https://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2018:1176>

Parket bij de Hoge Raad

Parket bij de Hoge Raad 29 juni 2007, ECLI:NL:PHR:2007:AZ4850

Link: <https://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:PHR:2007:AZ4850>

Parket bij de Hoge Raad 8 februari 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BY4600

Link: <https://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:PHR:2013:BY4600>

Bijlage 1: Schema feitenrechtspraak

Nr.	Gerecht ¹⁰¹	Datum	ECLI-nummer ¹⁰²	'Belangenafweging'	'Nadeelvereiste'
1	Rechtbank Noord-Holland*	19 juni 2013	ECLI:NL:RBNHO:2013:CA3974	Professionaliteit/zorgplicht. r.o. 4.12.	Tussentijd/weinig specifiek. r.o. 4.12.
2	Rechtbank Noord-Holland*	19 juni 2013	ECLI:NL:RBNHO:2013:CA3976	Professionaliteit/zorgplicht. r.o. 4.12. - 4.13.	Tussentijd/weinig specifiek. r.o. 4.12. - 4.13.
3	Rechtbank Gelderland	10 juni 2015	ECLI:NL:RBGEL:2015:5231	Professionaliteit/tijdsverloop. r.o. 3.14 - 3.15.	Tussentijd/Onvoldoende concreet. r.o. 3.16.
4	Rechtbank Overijssel	25 november 2015	ECLI:NL:RBOVE:2015:5241	N.v.t.	Tussentijd r.o. 56.
5	Rechtbank Rotterdam	2 december 2016	ECLI:NL:RBROT:2016:9255	Tijdsverloop. r.o. 4.1.3. - 4.1.4.	N.v.t.
6	Rechtbank Midden-Nederland	1 maart 2017	ECLI:NL:RBMNE:2017:2305	Tijdsverloop. r.o. 4.8.	Tussentijd. r.o. 4.8.
7	Rechtbank Zeeland-West-Brabant	31 mei 2017	ECLI:NL:RBZWB:2017:3463	Professionaliteit/Tijdsverloop. r.o. 3.4.3. - 3.4.4.	Geen herstelkans. r.o. 3.4.5.
8	Rechtbank Midden-Nederland	20 september 2017	ECLI:NL:RBMNE:2017:4775	N.v.t.	Niets gesteld. r.o. 5.17.
9	Rechtbank Gelderland	20 juni 2018	ECLI:NL:RBGEL:2018:3267	Tijdsverloop. r.o. 4.7.	Mogelijkheid ontnomen. r.o. 4.7.
10	Gerechtshof 's-Hertogenbosch	7 mei 2019	ECLI:NL:GHSHE:2019:1685	Tijdsverloop. r.o. 3.4.8.	Niet gesteld. r.o. 3.4.6. - 3.4.7.
11	Gerechtshof 's-Hertogenbosch	14 juli 2020	ECLI:NL:GHSHE:2020:2170	Professionaliteit/Tijdsverloop. r.o. 6.26. - 6.27 - 6.30.	Herstel/schadebeperkend. r.o. 6.29. - 6.30.
12	Rechtbank Zeeland-West-Brabant	23 september 2020	ECLI:NL:RBZWB:2020:4293	Professionaliteit. r.o. 4.10	Niet gesteld. r.o. 4.10.
13	Rechtbank Amsterdam	12 december 2020	ECLI:NL:RBAMS:2020:4130	Tijdsverloop. r.o. 4.18.	Tussentijd. r.o. 4.18.
14	Gerechtshof 's-Hertogenbosch	22 februari 2022	ECLI:NL:GHSHE:2022:526	Professionaliteit. r.o. 6.27.	Niet concreet/niet aannemelijk. r.o. 6.27.

¹⁰¹ Uitspraak 1 en uitspraak 2 vertonen veel gelijkenissen.

¹⁰² De ECLI-nummers bevatten een (directe) koppeling naar de bewuste uitspraken.