



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Rechtsverwerking en klachtplichten in het verbintenissenrecht

Boom, H.

Citation

Boom, H. (2024, September 18). *Rechtsverwerking en klachtplichten in het verbintenissenrecht. Recht en Praktijk - Contracten- en aansprakelijkheidsrecht*. Wolter Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4092523>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4092523>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De verhouding van het leerstuk rechtsverwerking en de wettelijke klachtplichten ten opzichte van de korte verjaringstermijnen

3.1 Inleiding

Dit hoofdstuk richt zich op het spanningsveld tussen het leerstuk rechtsverwerking en de klachtplichten enerzijds en de korte verjaringstermijnen anderzijds. In de literatuur is de zorg geuit dat met name de klachtplicht van art. 6:89 BW het verjaringsrecht en meer in het bijzonder de korte verjaringstermijnen van doorgaans vijf jaar ex art. 3:307-3:311 BW en drie jaar ex art. 3:52 BW uitholt.¹ Art. 6:89 BW heeft een breed toepassingsbereik, want is niet alleen van toepassing op vorderingen gegrond op een tekortkoming, maar ook op vorderingen uit hoofde van onrechtmatige daad, bedrog en dwaling voor zover aan die vorderingen feiten ten grondslag liggen die de stelling zouden rechtvaardigen dat de geleverde zaak of dienst niet aan de overeenkomst beantwoordt.² Dat zijn vorderingen die ook door verjaringstermijnen worden bestreken: de onrechtmatige daadsvordering door art. 3:310 lid 1 BW, de vernietigingsvorderingen door art. 3:52 BW.

Gedurende de afgelopen twee decennia is de tendens geconstateerd dat debiteuren in plaats van of naast een beroep op verjaring steeds vaker een beroep op art. 6:89 BW doen. De discussie over de vraag of de schuldeiser zijn vordering tijdig geldend maakt, komt daarom steeds vaker in de sleutel van art. 6:89 BW te staan. Dat wordt onwenselijk geacht vanwege de rechtszekerheidszwakte van de klachtplicht ten opzichte van verjaring. De korte verjaringstermijnen kennen een vaste termijn, terwijl de klachttermijn van art. 6:89 BW telkens aan de hand van alle omstandigheden van het geval moet worden

1 Smeehuijzen 2013; voor art. 7:23 lid 1 BW speelt dit niet of minder, al was het maar omdat art. 7:23 BW een eigen, kortere verjaringstermijn van twee jaar bevat die is opgehangen aan de klachtplicht van art. 7:23 lid 1 BW.

2 Zie met betrekking tot onrechtmatige daad HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, NJ 2020/7 (*Verkoopmakelaar*) (een kantoorgenoot van mij was betrokken bij deze zaak); met betrekking tot bedrog HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2902, NJ 2017/438 (*MBS/Prowi*) en met betrekking tot dwaling HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733 NJ 2008/552 (*Ploum/Smeets I*) en HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008/606 (*Pouw/Visser*).

vastgesteld.³ Ook bestaat de kans dat een beroep op de klachtplicht slaagt voordat de betreffende verjaringstermijn is verstreken.

Er bestaat de nodige overlap tussen art. 6:89 BW en de korte verjaringstermijnen, zowel qua doel en strekking als voor wat betreft toepassingsvereisten. De korte verjaringstermijn wordt door enkele auteurs in conceptuele zin zelfs als een vorm van rechtsverwerking gezien.⁴

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. In par. 3.2 hierna ga ik in op de vraag of de korte verjaringstermijnen als vorm van rechtsverwerking kunnen worden gezien. In par. 3.3 onderzoek ik in hoeverre rechtsverwerking op onwenselijke wijze samenloopt met de korte verjaringstermijnen. In par. 3.4 voer ik dezelfde exercitie uit, maar dan ten aanzien van de wettelijke klachtplichten. Ik besluit met een conclusie in par. 3.5.

3.2 De korte verjaringstermijn als vorm van rechtsverwerking?

3.2.1 De rol van de rechtszekerheid als grondslag van de korte verjaringstermijn

In de literatuur is betoogd dat de korte verjaringstermijnen van art. 3:307-3:311 BW⁵ in conceptuele zin als rechtsverwerking moeten worden gezien.⁶ Dit betoog is gestoeld op een sterke relativering van de rechtszekerheid als doel en rechtvaardiging van de korte verjaringstermijnen. Die relativering wordt niet gezocht in het individuele rechtszekerheidsbelang dat met verjaring is beoogd voor de debiteur. Men richt de pijlen vooral op het veronderstelde algemene rechtszekerheidsbelang voor de rechtsgemeenschap dat met de korte verjaringstermijnen zou zijn gediend.⁷

Het algemene rechtszekerheidsbelang is door de wetgever mede aan de keuze voor invoering van de korte, vijfjarige verjaringstermijnen ten grondslag gelegd. In de Toelichting Meijers werd de destijds bestaande verjaringstermijn van 30 jaar te lang geacht.⁸ De keuze voor verkorting is daarna in meer detail door de wetgever zowel gemotiveerd met redenen die zijn gestoeld op individuele rechtszekerheid van de crediteur als redenen die zijn ingegeven door een algemeen rechtszekerheidsbelang. In dat verband spreekt de wetgever van het belang van een vlot lopend rechtsverkeer, 'mede met het oog op de belangen van de schuldenaar *en de rechtszekerheid*':

"Bij deze opzet hebben de volgende overwegingen een rol gespeeld. Enerzijds verdient een bekorting van de termijnen van extinctieve verjaring in beginsel aanbeveling. De mogelijkheid nog aangesproken te kunnen worden dwingt de schuldenaar zijn bewijsmateriaal

3 Smeehuijzen 2014, par. 2.5.5.

4 Zie met name Smeehuijzen, 2020, par. 3; Smeehuijzen 2014, par. 2.5.3; Smeehuijzen 2008, par. 27.6; zie voorts Smeehuijzen 2004, p. 254, bijgevallen door Du Perron, annotatie NJ 2006/112; zie ook J.E. Jansen 2009 en Valk 1993, p. 74.

5 Deze verjaringstermijnen worden in de literatuur ook wel aangeduid als 'relatieve verjaringstermijnen' of 'subjectieve verjaringstermijnen'. Dit vanwege de aanknopng voor de bepaling van het aanvangsmoment van de termijn bij de subjectieve wetenschap van de schuldeiser ten aanzien van de betreffende vordering. Ik kies voor het vervolg van dit hoofdstuk voor de term 'korte verjaringstermijn'.

6 Idem.

7 Smeehuijzen 2008, p. 35 e.v.; Valk 1993, p. 74; Brunner 2001, p. 244; Smeehuijzen 2003, p. 1.

8 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 923.

(kwitanties, girostrookjes, bankafrekeningen, bewijsstukken van een eventuele wanprestatie of ontbinding enz.) te bewaren. Dit brengt kosten mee, die in de sfeer van bedrijf en beroep soms aanzienlijk kunnen oplopen. Ook kan het zijn dat de schuldenaar door het verstrijken van de tijd in bewijsnood raakt, omdat getuigen onvindbaar geworden zijn, hij stukken die derden onder zich hadden, niet meer kan opvragen, of ook omdat hij niet meer de mogelijkheid heeft tot nader onderzoek van hetgeen is voorgevallen. *Bekorting van de verjaringstermijn stemt ook overeen met de eis van een vlot verlopend rechtsverkeer, waarin schuldeisers hun vorderingen binnen redelijke tijd moeten instellen, zulks mede met het oog op de belangen van de schuldenaar en de rechtszekerheid.* Heeft de schuldeiser meer tijd nodig dan kan hij de verjaring stuiten, wat volgens art. 3.11.17 mogelijk is bij een enkele brief en waardoor de schuldenaar gewaarschuwd wordt, zodat hij zijn bewijsmateriaal e.d. kan vasthouden.”⁹ [cursivering HB]

Door de rechtszekerheid apart te benoemen naast de individuele schuldenaarsbelangen, is duidelijk dat de wetgever het oog heeft op een meer veralgemeniseerde vorm van rechtszekerheid.

De minister benadrukt bij de introductie van het huidige art. 3:310 lid 5 BW – een subjectieve verjaringstermijn bij letsel- of overlijdensschade – bovendien de rechtszekerheidsfunctie van verjaring in termen van het algemene belang van voorspelbaarheid van dergelijke regels:

“Daar komt bij dat bij verjaringsregels de rechtszekerheid van grote betekenis is, en dat voor betrokken partijen de behoefte aan duidelijke en voorspelbare regels groot is.”¹⁰

Verder wordt in de wetsgeschiedenis onderkend dat de introductie van de korte verjaringstermijnen het leerstuk rechtsverwerking zal terugdringen:

“Het verdient daarom de voorkeur uit te gaan van een lange algemene termijn – welke termijn zoals vanuit de commissie terecht wordt opgemerkt, vaak zijn betekenis zal verliezen omdat men zich al eerder op rechtsverwerking kan beroepen, – maar uitbreiding te geven aan de bijzondere gevallen waarvoor een korte termijn geldt (...).”¹¹

Deze opmerking onderschrijft dat met de korte verjaringstermijnen is beoogd voorspelbaarder regels te introduceren. Daarin ligt een algemeen rechtszekerheidsbelang besloten.¹²

Men zou dus kunnen zeggen dat met verjaringsregels in eerste instantie een rechtszekerheidsbelang wordt gediend. Het gaat om een algemene verkeersfunctie, die als risico in zich draagt dat vorderingen verjaard moeten worden geacht waar in het individuele geval nog geen relevant nadeel voor de debiteur is ontstaan als gevolg van het talmen van de schuldeiser. Met de korte verjaringstermijnen is echter in zoverre ook de gerechtigheid in het individuele geval gediend, dat de termijn een subjectief aanvangsmoment kent. Deze gedachte ligt ook besloten in de overvloedige rechtspraak van de Hoge Raad van de afgelopen twintig jaar over de korte verjaringstermijn van met name art. 3:310 lid 1 BW.

9 MvT, *Parl. Gesch. BW Boek 3* (Inv. 3, 5 en 6), p. 1407.

10 *Kamerstukken I* 2002/03, 26824, nr. 105, p. 14.

11 Eindverslag, *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 919.

12 Zie over de rechtszekerheidsgedachte van de wetgever achter de korte verjaringstermijnen in het NBW ook uitgebreid Barbiers 2020.

In het 'landmark-arrest' *Saelman* uit 2003, dat nog altijd de huidige toetsingsmaatstaf voor de bepaling van het aanvangsmoment van de korte termijn weergeeft, overweegt de Hoge Raad dat aan de korte verjaringstermijn ex art. 3:310 lid 1 BW *niet alleen* de rechtszekerheid, *maar ook* 'de billijkheid' ten grondslag ligt. De Hoge Raad contrasteert die bevinding nadrukkelijk met het bestaansrecht van de lange verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW, waaraan alleen of hoofdzakelijk de rechtszekerheid ten grondslag ligt. De Hoge Raad begint in *Saelman* met een overweging over de ratio van de lange termijn:

"Art. 3:310 lid 1 BW bevat twee verjaringstermijnen: een korte van vijf jaren die begint te lopen op de dag volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, en een lange van twintig jaren, die begint te lopen op de dag na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt. Aan deze lange termijn ligt blijkens de wetsgeschiedenis en de daarmee strokende, vaste rechtspraak van de Hoge Raad (vgl. HR 3 november 1995, nr. 15.801, NJ 1998, 380) de rechtszekerheid ten grondslag. Deze termijn begint te lopen door het intreden van de schadeveroorzakende gebeurtenis, zelfs als de benadeelde met het bestaan van zijn vordering niet op de hoogte is (met dien verstande dat een grond voor verlenging van de verjaring bestaat in het geval van art. 321 lid 1, aanhef en onder f, BW)."¹³

Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat de korte verjaringstermijn, in tegenstelling tot de lange termijn, niet alleen in het teken van de rechtszekerheid staat:

"De korte verjaringstermijn daarentegen, waarom het in dit geding gaat, staat niet alleen in het teken van de rechtszekerheid, maar ook van de billijkheid."¹⁴

In die context besteedt de Hoge Raad vervolgens aandacht aan het subjectieve karakter van de bepaling van het aanvangsmoment van deze termijn:

"De voormelde eis dat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon, moet naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad aldus worden opgevat dat het hier gaat om een daadwerkelijke bekendheid (HR 6 april 2001, nr. C99/158, NJ 2002, 383; vgl. ook HR 20 april 2001, nr. C99/293, NJ 2002, 384), zodat het enkele vermoeden van het bestaan van schade niet volstaat (HR 24 januari 2003, nr. C02/011, NJ 2003, 300). (...) Tegen de achtergrond van voormelde rechtspraak en in het licht van de mede naar aanleiding van deze arresten verschenen literatuur komt de Hoge Raad thans tot het oordeel dat de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW, gelet op de strekking van deze bepaling, pas begint te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsovereenkomst tot vergoeding van deze schade in te stellen."¹⁵

Deze overwegingen moeten zo worden begrepen, dat het rechtszekerheidselement van de korte verjaringstermijn schuilt in de vaste termijn van vijf jaar. Het billijkheidselement ligt op zijn beurt besloten in het subjectieve aanvangsmoment van de termijn. Daarin schuilt immers het verschil met de lange verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW. De

13 HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8168, NJ 2006/112 (*Saelman*), r.o. 3.4.

14 Idem.

15 Idem.

Hoge Raad contrasteert beide regelingen in de hiervoor geciteerde overweging niet voor niets zo expliciet.

Omstandigheden die zich voor het eerst voordoen *nadat* de verjaringstermijn een aanvang heeft genomen kunnen in beginsel niet verhinderen dat de verjaringstermijn doorloopt. Ook is vervolgens niet relevant of de schuldenaar door verloop van vijf jaren daadwerkelijk is benadeeld. Die afweging heeft de wetgever reeds in algemene zin gemaakt door de vaststelling van een vijfjarige wettelijke verjaringstermijn. Alleen de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid kan de schuldeiser na afloop van de korte verjaringstermijn nog te hulp schieten. De Hoge Raad maakt met zoveel woorden uit dat het feit dat de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW ‘mede’ de billijkheid dient, niet aan een beroep op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid in de weg hoeft te staan:

“Een beroep op verjaring, waaronder begrepen een beroep op het niet stuiten van de verjaring, kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Dat het aanvangstijdstip van de korte verjaringstermijn mede door de billijkheid wordt bepaald (HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8168 ([...]), rov. 3.4), staat, anders dan onderdeel 1.1 betoogt, niet eraan in de weg dat de omstandigheden die het hof aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd, een rol kunnen spelen bij de beantwoording van de vraag of een beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.”¹⁶

Hieruit volgt dat ‘de billijkheid’ weliswaar mede ten grondslag ligt aan de korte verjaringstermijn, maar dat nu ook weer niet kan worden gezegd dat de korte verjaringstermijn alleen zijn grondslag vindt in de redelijkheid en billijkheid. Hier toont zich een betekenisvol verschil met rechtsverwerking. Dat leerstuk is alleen geworteld in de redelijkheid en billijkheid.¹⁷

In dit licht zou de vraag kunnen rijzen of, gelet op het feit dat rechtsverwerking een species van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid is, een beroep daarop slechts aan verjaring in de weg zou kunnen staan als de schuldeiser zijn recht nog niet heeft verwerkt.¹⁸ Die opvatting acht ik onjuist. Dat zou een vrij lage drempel met zich brengen voor het aannemen van een beroep op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid van schuldeiserszijde in reactie op een verjaringsberoep van de schuldenaar. Volgens mij geldt onverkort de gebruikelijke hoge drempel van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, namelijk onaanvaardbaarheid. Dat valt af te leiden uit oudere verjaringsrechtspraak van de Hoge Raad over de korte termijn, waarin de Hoge Raad een beroep op die termijn vooral naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar acht als de schuldeiser door toedoen van de schuldenaar zijn vordering niet binnen de termijn geldend heeft kunnen maken.¹⁹

16 Zie HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2047, NJ 2019/246, r.o. 3.3.3 (kantoorgenoten en ikzelf waren bij deze zaak betrokken).

17 Zie in die zin ook *Barbiers* 2020, p. 351.

18 Zie in die zin J.E. Jansen 2009, p. 215-217.

19 Zie HR 23 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2748, NJ 2000/15; HR 25 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2934, NJ 2000/16; het betreft een heftige casus, te weten een geval van seksueel misbruik en kindermishandeling, die zodanig psychisch leed veroorzaakten dat de benadeelde om die reden niet in staat was eerder in actie te komen; vgl. op dit punt Van Swaaij 2017.

3.2.2 De korte verjaringstermijn is geen gestandaardiseerde vorm van rechtsverwerking

Aan het slot van de vorige paragraaf kwam de verhouding tussen rechtsverwerking en de korte verjaringstermijn al aan de orde. De rechtsfiguren vertonen verwantschap: beide zijn in ieder geval deels geënt op de redelijkheid en billijkheid en beide figuren stellen een sanctie op een vorm van inactief schuldeisersgedrag. Toch zijn rechtsverwerking en de korte verjaringstermijn niet hetzelfde.

De korte verjaringstermijnen laten zich kenmerken door het feit dat vanaf het moment van daadwerkelijke bekendheid met de vordering een termijn voor de schuldeiser gaat lopen waarbinnen hij zijn vordering geldend moet maken. Het is onverschillig wanneer hij binnen die termijn in actie komt. Ook is onverschillig of de schuldenaar wel of niet benadeeld wordt als gevolg van het verstrijken van de betreffende termijn. De wetgever heeft het voor het rechtsverkeer van belang geacht dat crediteuren binnen drie of vijf jaar nadat zij daartoe daadwerkelijk in staat zijn hun vordering geldend moeten maken. Dat is, zoals in par. 3.2.1 aangegeven, geen afweging van individuele billijkheid. Het betreft een afweging met het oog op stimulatie van een vlotte afwikkeling van vermogensrechtelijke rechtsbetrekkingen door middel van een voorspelbare regel. Die regel bestaat in een harde termijn, waardoor de rechtstoestand blijft aangesloten bij de feitelijke situatie van partijen in het rechtsverkeer. Deze regel grijpt weliswaar vrij vergaand in individuele rechtsverhoudingen in, maar dat doet niet af aan het algemene rechtszekerheidsbelang dat met de regel is beoogd.

Een dergelijke regeling van algemene strekking is conceptueel iets anders dan rechtsverwerking. Zoals ik in hoofdstuk 2 en met name in par. 2.4.1-2.4.4 hiervoor heb uitgewerkt, ligt aan het leerstuk rechtsverwerking een plicht van de schuldeiser strekkende tot consistent gedrag jegens de schuldenaar ten grondslag, gelet op het belang van laatstgenoemde. De schending daarvan leidt tot een beperking van schuldeisersrechten.

De regel dat een vorderingsrecht uitdooft wanneer dat na een subjectief aanvangsmoment niet binnen drie of vijf jaar geldend wordt gemaakt, is niet hetzelfde als een verplichting tot consistent gedrag aan schuldeiserszijde wanneer het belang van de schuldenaar daarom vraagt. Het verjaringsrecht behelst een wettelijke verplichting om binnen een bepaalde tijd in actie te komen.²⁰ De vraag in hoeverre de schuldenaar daar belang bij heeft, wordt niet gesteld. Dat neemt niet weg dat de schuldeiser zich binnen de geldende verjaringstermijn dusdanig inconsistent jegens de schuldenaar kan gedragen, dat het ook binnen die termijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht dat hij zijn recht nog geldend maakt. Van een gestandaardiseerde vorm van rechtsverwerking kan in mijn ogen dus geen sprake zijn. Rechtsverwerking beoogt naar zijn aard uitsluitend individuele gerechtigheid en laat zich daarom niet standaardiseren. In zijn preadvies over rechtsverwerking stelt Houwing dat hij niet gelooft dat we ooit een erg bruikbare en rechtszekerheid verschaffende Wet op de rechtsverwerking zullen krijgen.²¹ Brunner heeft ten aanzien van de wetsgeschiedenis over de korte verjaringstermijnen om voornoemde redenen terecht gezegd dat met de korte verjaringstermijnen 'het instituut van de rechtsverwerking' wordt tergedrongen

²⁰ De Engelse term voor verjaring, *limitation period*, sluit daar in mijn ogen goed bij aan.

²¹ Zie Houwing 1968, p. 64.

ten gunste van 'het instituut van de verjaring'.²² In die opmerking ligt besloten dat het om twee conceptueel verschillende rechtsfiguren gaat.

In de literatuur is tot op heden anders over de verhouding tussen rechtsverwerking en de korte verjaringstermijnen gedacht. Volgens Smeehuijzen zijn de korte verjaringstermijnen wel rechtsverwerking 'in conceptuele zin'.²³ Hij stelt aan de hand van het *Saelman*-arrest van de Hoge Raad dat de korte verjaringstermijn vooral op de billijkheid leunt en niet op afwegingen van rechtszekerheid.²⁴ Vervolgens betoogt Smeehuijzen, onder verwijzing naar gelijklopende kritische opmerkingen over het gebrek aan concretisering van het algemene rechtszekerheidsbelang van onder meer Valk en Brunner, dat de korte verjaringstermijn een rechtsfiguur is die ingrijpt in specifieke partijverhoudingen.²⁵

Smeehuijzen concludeert dat als de schuldeiser in de gegeven omstandigheden in actie had moeten komen door een vordering in te stellen, legitimering van het intreden van de korte verjaringstermijn geen probleem oplevert. Het belang van de schuldenaar om zo snel mogelijk te weten of zijn wederpartij nog actie tegen hem zal ondernemen weegt dan zwaarder dan het beperkte belang dat een schuldeiser heeft om lange tijd de mogelijkheid te houden om zijn vordering geldend te maken.²⁶ Als de schuldeiser daadwerkelijk zijn vordering kon instellen, is verjaring volgens Smeehuijzen te karakteriseren als een gestandaardiseerde vorm van rechtsverwerking.²⁷ De schuldeiser bezwaart de positie van de schuldenaar door zijn gedrag (stilzitten) zozeer dat hem die gedraging wordt tegengeworpen.

Smeehuijzen rechtvaardigt het bestaan van de korte verjaringstermijn dus vanuit een individueel gerechtigheidsperspectief, waarbij hij de aanname hanteert dat een drie- of vijfjarige termijn zoveel nadeel voor de schuldenaar oplevert dat het gevolg van verjaring te billijken is. Hij voegt daar nog een tweede aanname aan toe, namelijk dat de schuldeiser weet dat de debiteur door zijn dralen benadeeld wordt.²⁸

Door hantering van deze aannames wordt bij de korte verjaringstermijn een plichtkarakter geconstrueerd dat er niet is. Dat is nu juist het fundamentele verschil tussen rechtsverwerking en de korte verjaringstermijn. Aan de korte verjaringstermijn ligt geen consistentieplicht ten grondslag, aan rechtsverwerking wel.

Smeehuijzen onderschrijft dit belangrijke onderscheid overigens wel waar hij komt te spreken over het verschil in toepassingsvereisten van rechtsverwerking enerzijds en de korte verjaringstermijnen anderzijds. Aan het slot van zijn proefschrift benadrukt hij dat verjaring en het leerstuk rechtsverwerking zich laten onderscheiden door het feit dat enkel tijdsverloop voldoende is voor het aannemen van verjaring, maar onvoldoende voor rechtsverwerking. Volgens Smeehuijzen is voor het aannemen van rechtsverwerking van belang dat de schuldeiser zijn 'momentum' om te klagen heeft gemist. De schuldeiser verwerkt zijn recht door kort na ontdekking van zijn vordering stil te blijven zitten

22 Brunner 2001, p. 244.

23 Waarbij hij overigens niet motiveert wat in zijn ogen het verschil tussen deze begrippen is, vgl. Smeehuijzen 2008, p. 56.

24 Smeehuijzen 2008, p. 35.

25 Smeehuijzen 2008, p. 34-36; zie ook Brunner 2001 en Valk 1993.

26 Smeehuijzen 2008, p. 56.

27 Idem.

28 Idem.

terwijl dat specifieke moment juist van hem verlangde om in actie te komen.²⁹ Het meest sprekende voorbeeld van een dergelijk geval is het Pekingeenden-arrest, waarover ik al schreef in de inleiding van dit boek. Meteen na ontvangst werden de pekingeenden door de koper verwerkt, waarbij de koper kortingen toepaste vanwege de kwaliteit van de geleverde eenden. De verkoper klaagde pas 5 maanden na de laatste levering tegen de door de koper toegepaste kortingen en vorderde vervolgens in rechte betaling van de volledige koopprijs. De koper beriep zich succesvol op rechtsverwerking. Volgens het hof bestond slechts korte tijd om een onderzoek naar de kwaliteit van het geleverde in te stellen of te doen instellen. Daarom diende de verkoper zo spoedig mogelijk nadat hij van de korting op de hoogte raakte daartegen zijn bezwaren kenbaar te maken. De Hoge Raad laat dat oordeel in stand.³⁰ In deze casus is sprake van een duidelijk afgebakend moment waarbinnen moet worden geklaagd: zo snel mogelijk nadat de verkoper bekend raakte met de door de koper toegepaste kortingen. Die belangrijke omstandigheid kleurt het stilzitten van de verkoper in en rechtvaardigt het aannemen van rechtsverwerking.

3.3 Het leerstuk rechtsverwerking loopt niet op onwenselijke wijze met de korte verjaringstermijnen samen

3.3.1 Samenloop is mogelijk

De korte verjaringstermijnen en het leerstuk rechtsverwerking zijn conceptueel twee verschillende leerstukken. Dat neemt niet weg dat sprake kan zijn van samenloop. Een van de doelen van de introductie van de korte verjaringstermijnen was niet voor niets het terugdringen van het leerstuk van rechtsverwerking. Rechtsverwerking werd onder het oude recht vaker aangenomen. De vereiste snelheid van het rechtsverkeer en de daarmee gepaard gaande behoefte aan rechtszekerheid voor de handelende partijen binnen de toentertijd geldende lange verjaringstermijnen (van doorgaans dertig jaar) brachten mee dat een beroep op rechtsverwerking eerder in de rede lag.³¹ Onder het oude recht was, bij gebreke van een adequaat verjaringsregime, lang tijdsverloop op zichzelf soms voldoende voor een succesvol beroep op rechtsverwerking.³² Met een adequaat verjaringsregime, met kortere termijnen, zou dat echter niet meer aan de orde moeten

29 Smeehuijzen 2008, par. 27.8.2.

30 HR 5 april 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB6996, NJ 1968/251 (*Pekingeenden*).

31 Zie Tjittes & Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW nr. A6b) 2020/10; Smeehuijzen 2008, par. 27.3.

32 Smeehuijzen 2008, par. 27.3 en 27.8.3; vgl. onder meer HR 26 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2437, NJ 1998/20 (*Teernstra/Schouwink*); HR 29 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2212, NJ 1997/153 (*Derksen/Hoffmans*); HR 30 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2381, NJ 1997/544 (*Beelen/Joldersma*).

zijn. Alleen tijdsverloop is immers naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad onvoldoende voor het aannemen van rechtsverwerking.³³

3.3.2 Geen gevallen van rechtsverwerking op basis van enkel tijdsverloop binnen een lopende korte verjaringstermijn in gepubliceerde rechtspraak; Hoge Raad hanteert strenge motiveringscontrole

Ik constateer na een analyse van de rechtspraak over rechtsverwerking onder het nieuwe verjaringsrecht dat zich, voor zover ik in de gepubliceerde rechtspraak kon nagaan, geen gevallen laten uitwijzen waarin de rechter alleen tijdsverloop voldoende achtte voor het aannemen van rechtsverwerking binnen een lopende korte verjaringstermijn.³⁴ Bij deze bevinding past evenwel een belangrijke kanttekening: op basis van uitspraken alleen, zonder inzicht in het dossier, kan niet steeds worden geverifieerd of verjaring naast een beroep op rechtsverwerking daadwerkelijk aan de orde is gesteld. Daarom kan ook niet met zekerheid worden gezegd of steeds sprake was van een lopende korte verjaringstermijn.

Recent heeft de Hoge Raad wel een arrest gewezen waarin hij een hofarrest vernietigt, omdat in het betreffende arrest was overwogen dat de eiser geen recht meer geldend kon maken met betrekking tot een gebruikersvergoeding voor een aantal landbouwmachines. Dat oordeel was alleen gegrond op het tijdsverloop vanaf 2004 tot de datum van de inleidende dagvaarding, 19 oktober 2020. De Hoge Raad is hier kort over: hij overweegt dat het hof kennelijk het oog heeft gehad op rechtsverwerking, terwijl rechtsverwerking op grond van alleen tijdsverloop niet mogelijk is.³⁵

Wanneer rechtsverwerking niet alleen op grond van tijdsverloop, maar ook op grond van bijkomende omstandigheden wordt aangenomen, is de Hoge Raad evengoed streng. Ik bespreek hierna drie arresten waarbij het hof tot rechtsverwerking concludeerde en waarbij de Hoge Raad het betreffende hof telkens terugfluit.

In het arrest *Zilveren Kruis/Medisch Centrum Rhijnauwen* werd de lat voor het aannemen van een op rechtsverwerking geënt beroep op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid volgens de Hoge Raad niet gehaald, althans niet met de motivering zoals door

33 Vaste rechtspraak: HR 7 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0721, NJ 1991/708 (*Bankman-ager*); HR 18 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0803, NJ 1993/152 (*De Moel/Scherpenzeel c.s.*); HR 29 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1827, NJ 1996/89 (*Van den Bos/Provincial*); HR 4 april 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2334, NJ 1997/420 (*R/ABP*); HR 24 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2635, NJ 1998/621 (*W/P*); HR 26 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC3206, NJ 1999/445 (*Gem. V/B*); HR 3 september 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2956, NJ 1999/374 (*Vrolijk & Stoop/Biesboer*); HR 18 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4874, NJ 2000/278 (*Amsem/Van Tuijn c.s.*); HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7372, NJ 2002/120 (*Nahar/Domatilia*); HR 21 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1529, NJ 2002/540 (*Van Est/Kimberly*); HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7680, NJ 2003/551 (*Brown/Sloot*); HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS4406, RvdW 2005/75 (*B./Zee*); HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543, NJ 2013/317 (*P1/Maastricht en Q-Park*); HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2574, NJ 2017/75 (*Bab/Cordial c.s. & MHS*) en HR 7 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:635, NJ 2017/177 (*Jongepier q.q./Drieakker c.s.*); HR 15 januari 2021, ECLI:NL:HR:2021:42, NJ 2021/76; HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:24, NJ 2024/41.

34 Smeehuijzen constateerde dat ook al voor de periode tot en met 2008, zie Smeehuijzen 2008, par. 27.8.3.

35 HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:24, NJ 2024/41, r.o. 3.4.

het hof in zijn arrest gegeven.³⁶ De casus is als volgt. Zilveren Kruis vordert terugbetaling door Medisch Centrum Rhijnauwen van uitbetaalde declaraties over de periode 2007-2009. Naar aanleiding van een klacht leidt onderzoek van Zilveren Kruis tot de conclusie dat Medisch Centrum Rhijnauwen bij een aanzienlijk deel van zijn declaraties met betrekking tot laboratoriumonderzoek geen sprake was van de vereiste verwijzing door een huisarts of medisch specialist. In de betreffende declaraties was wel de code voor huisarts als verwijzer vermeld. De rechtbank wijst de vordering van Zilveren Kruis van € 1.313.402,35, gegrond op onverschuldigde betaling, toe. Het hof vernietigt gedeeltelijk en wijst slechts een bedrag van € 635.114,35 toe. Het hof legt daaraan de overweging ten grondslag dat Zilveren Kruis, zodra zij op de hoogte raakte van het feit dat declaraties waren ingediend waaraan geen verwijzing van een gekwalificeerde arts ten grondslag lag, dat gebrek had moeten melden bij Medisch Centrum Rhijnauwen. Dat moment was in juli 2009. Zilveren Kruis heeft echter tot juli 2010 gezwegen en gedurende die tijd alle declaraties van Medisch Centrum Rhijnauwen betaald, zodat het onverschuldigd betaalde bedrag nog verder is opgelopen. Dit terwijl Medisch Centrum Rhijnauwen deze facturen als gevolg daarvan niet alsnog bij verzekeren in rekening kon brengen. Daarvoor had Medisch Centrum Rhijnauwen namelijk vooraf aan de verzekerde moeten mededelen dat sprake was van een niet-gedekte zorgverrichting. Dat heeft zij niet gedaan, omdat zij in de veronderstelling verkeerde dat zij deze facturen bij Zilveren Kruis kon declareren. Het hof acht het daarom onaanvaardbaar om de vordering van Zilveren Kruis toe te wijzen voor zover deze ziet op de periode tot juli 2009.³⁷

De Hoge Raad sauveert de oordeelsvorming van het hof grotendeels, maar acht de motivering van het hof onbegrijpelijk voor zover het heeft aangenomen dat Zilveren Kruis al in juli 2009 wetenschap moest hebben van de aard en de omvang van de onregelmatigheden in de declaraties van Medisch Centrum Rhijnauwen en zich toen bij Medisch Centrum Rhijnauwen had moeten melden. De Hoge Raad weegt daarbij mee dat Zilveren Kruis heeft aangevoerd dat zij in juli 2009 bekend raakte met slechts één ongedekte declaratie, terwijl zij niet eerder klachten had ontvangen. Daarom heeft Zilveren Kruis eerst nader onderzoek gedaan alvorens zich bij Medisch Centrum Rhijnauwen te melden.³⁸ In de procedure na cassatie en verwijzing overweegt het Hof 's-Hertogenbosch dat deze onderzoekstermijn redelijk is en dat de vordering van Zilveren Kruis daarom integraal moet worden toegewezen.³⁹

De toepassing van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid door het Hof Arnhem-Leeuwarden voorafgaand aan de cassatieprocedure komt neer op rechtsverwerking, zoals A-G Hartlief in zijn conclusie bij dit arrest opmerkt.⁴⁰ Dat ligt ook voor de hand omdat het hof het beroep van Medisch Centrum Rhijnauwen op art. 6:89 BW van de hand heeft gewezen. Het was van oordeel dat art. 6:89 BW niet van toepassing was. Het hof heeft een andere grondslag gezocht om dit verweer toch inhoudelijk te kunnen

36 HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1902 (*Zilveren Kruis/Medisch Centrum Rhijnauwen*) (kantoor-genoten van mij waren betrokken bij deze zaak)

37 HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1902 (*Zilveren Kruis/Medisch Centrum Rhijnauwen*), r.o. 3.2.4.

38 Idem, r.o. 3.4.1-3.4.2.

39 Zie Hof 's-Hertogenbosch 17 maart 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:982 (*Zilveren Kruis/Medisch Centrum Rhijnauwen*).

40 Zie conclusie A-G Hartlief bij HR 12 oktober 2018 (*Zilveren Kruis/Medisch Centrum Rhijnauwen*), ECLI:NL:PHR:2018:577, par. 3.27.

behandelen. Volgens het hof is deze klachtplicht niet van toepassing op vorderingen uit hoofde van onverschuldigde betaling.⁴¹ Het hof plaatst dit verweer in de sleutel van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, welk oordeel door de Hoge Raad in stand wordt gelaten.⁴² Door niet meteen na ontdekking in actie te komen en foutieve declaraties uit te blijven betalen, is Medisch Centrum Rhijnauwen op het verkeerde been gezet en is hem de kans ontnomen om de gevolgen van zijn tekortkoming te beperken.⁴³ In dit geval resulteert dit nadeel zijdens Medisch Centrum Rhijnauwen evenwel niet in rechtsverwerking omdat van Zilveren Kruis dergelijke onmiddellijke actie redelijkerwijs niet kon worden verwacht.

Het tweede voorbeeld is de Curaçaose kwestie *Bab/Cordial*.⁴⁴ Het gemeenschappelijk hof van, kort en staatkundig onzuiver gezegd, de Antillen oordeelde in die zaak dat Bab zijn recht op het voeren van een enquêteprocedure had verwerkt. Bab diende op 20 februari 2015 een enquêteverzoek bij het gemeenschappelijk hof in, terwijl hij gedurende de vijf daaraan voorafgaande jaren geen bezwaren tegen de gang van zaken bij Cordial aan Cordial en Turnham kenbaar heeft gemaakt. De laatste keer dat Bab dat deed, was tijdens aandeelhoudersvergaderingen van 11 maart 2010. Aldus is volgens het hof bij Cordial en Turnham het gerechtvaardigd vertrouwen gewekt dat Bab zich bij de emissiebesluiten had neergelegd en aan de uitvoering daarvan geen gevolgen zou verbinden. Indien het beleid en de gang van zaken met betrekking tot die besluiten nu toch weer ter discussie gesteld zouden kunnen worden, zouden zij volgens het hof onredelijk worden benadeeld in hun positie.⁴⁵

De Hoge Raad casseert de beschikking van het gemeenschappelijk hof. Volgens de Hoge Raad heeft het hof ten onrechte geen bijzondere omstandigheden vastgesteld die aanleiding hebben gegeven tot gerechtvaardigd vertrouwen of onredelijke benadeling aan de zijde van Cordial en Turnham. Het enkele tijdsverloop van bijna vijf jaar na de emissiebesluiten en drie jaar na inwerkingtreding van het nieuwe enquêterecht in Curaçao op 1 januari 2012 kan niet als een zodanige omstandigheid worden aangemerkt, aldus de Hoge Raad.⁴⁶

Hoewel deze zaak, gelet op de specifieke casuïstiek met betrekking tot het recht om een enquêteprocedure te voeren, geen samenloop met verjaringsregels zal opleveren, is hij toch vermeldenswaard. De casus illustreert namelijk dat de Hoge Raad onverminderd streng is waar het aankomt op de motivering van feitenrechtters ten aanzien van gerechtvaardigd vertrouwen en onevenredig nadeel als constitutieve factoren van een rechtsverwerkingsoordeel.

Een derde geval betreft de zaak *Jongepier q.q./Drieaker c.s.* De zaak gaat over de rechtsgeldigheid van een door de Thieme-groep, de bank en minderheidsaandeelhouder Drieakker

41 Zie daarover ook de conclusie van A-G Hartlief: ECLI:NL:PHR:2018:577, par. 3.27; over deze kwestie van toepassingsbereik ten aanzien van art. 6:89 BW kom ik overigens in hoofdstuk 4 nog nader te spreken.

42 Zie HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1902 (*Zilveren Kruis/Medisch Centrum Rhijnauwen*), r.o. 3.3.1-3.3.2.

43 Vgl. de overweging van A-G Hartlief in zijn conclusie: ECLI:NL:PHR:2018:577, par. 3.27.

44 Dit betreft een zaak over rechtsverwerking buiten het verbintennisrecht. Omdat het echter een Hoge Raad-arrest betreft met een vrij algemene strekking, is dit arrest ook in verbintenisrechtelijke situaties van belang. Daarom bespreek ik het op deze plaats.

45 Zie HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2574, *NJ 2017/75 (Bab/Cordial)*, r.o. 2.

46 Idem, r.o. 4.3.

gesloten overwaarde-arrangement. De Thieme-groep gaat failliet en Jongepier (hierna: de curator) wordt tot curator benoemd. De curator begint een procedure tegen de bank en Drieakker met als inzet de vernietiging van het overwaarde-arrangement op grond van de faillissementspauliana. Het hof wijst deze vordering af vanwege het ontbreken van wetenschap van benadeling bij de Thieme Groep en Drieakker. Ten overvloede honoreert het hof bovendien het beroep van Drieakker c.s. op rechtsverwerking. Uit de verslagen van de curatorinterviews is volgens het hof gebleken dat de curator aan een betrokkene van Drieakker heeft medegedeeld dat hij zijn geld zou terugkrijgen, althans dat het er goed voor hem uitzag. Vervolgens heeft de curator bijna anderhalf jaar laten verstrijken voordat hij alsnog zijn vernietigingsverklaringen heeft uitgebracht. Drieakker mocht er daarom gerechtvaardigd op vertrouwen dat de geldigheid van het overwaarde-arrangement niet meer ter discussie zou staan, aldus het hof. Volgens het hof had het op de weg van de curator gelegen om ten aanzien van de rechtsgeldigheid van het overwaarde-arrangement een voorbehoud te maken, mede gelet op het feit dat dit de eindgesprekken tussen partijen waren.⁴⁷

Ook dit oordeel blijft in cassatie niet in stand. De Hoge Raad citeert de cruciale passage van het verslag van het curatorinterview, dat als volgt luidt:

“WJ [curator]: U heeft ook niet mis gegokt wat dat betreft.
[betrokkene 1] [Drieakker, toevoeging HB]: Dat weet ik nog niet.
WJ: Ik weet het ook niet zeker, maar volgens mij ziet het er goed uit.”

De Hoge Raad is vervolgens kort maar krachtig: volgens hem valt ‘zonder nadere motivering niet in te zien dat de curator met deze uitlatingen zijn recht heeft verwerkt, ook niet in het licht van het feit dat dit de eindgesprekken waren en evenmin in het licht van het feit dat de curator nadien bijna anderhalf jaar heeft laten verstrijken voordat hij alsnog zijn vernietigingsverklaringen uitbracht’.⁴⁸

De Hoge Raad is hier in mijn ogen terecht streng. Het gespreksverslag is een erg dunne basis voor gerechtvaardigd vertrouwen dat de curator de rechtsgeldigheid van het overwaarde-arrangement nooit meer ter discussie zou stellen. Dit oordeel bevestigt dat de Hoge Raad de hoge drempel die geldt voor het aannemen van rechtsverwerking goed bewaakt. Dat geldt ook voor de andere twee hierboven genoemde arresten van de Hoge Raad over rechtsverwerking. Daaruit kan worden afgeleid dat alleen tijdsverloop daadwerkelijk onvoldoende is om rechtsverwerking aan te nemen. Zelfs waar de feitenrechter op zichzelf relevante bijkomende omstandigheden aan zijn rechtsverwerkingsoordeel ten grondslag legt, zoals in de hiervoor besproken gevallen, toetst de Hoge Raad de motivering daarvan redelijk indringend. Daarmee kan worden geconcludeerd dat de Hoge Raad de motivering van het rechtsverwerkingsoordeel van de lagere rechter vrij indringend toetst.⁴⁹

47 HR 7 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:635, NJ 2017/177 (*Jongepier q.q./Drieakker c.s.*).

48 Idem, r.o. 3.5.2.

49 Vgl. overigens over de motiveringsplicht van de feitenrechter met betrekking tot rechtsverwerking Tjittes & Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW nr. A6b) 2020/29.

3.3.3 Maar Hoge Raad acht rechtsverwerking binnen lopende verjaringstermijn wel mogelijk. In wat voor gevallen is dat gerechtvaardigd?

Deze voorbeelden nemen echter niet weg dat de Hoge Raad uitdrukkelijk heeft overwogen dat rechtsverwerking binnen een lopende verjaringstermijn mogelijk is. Ik wijs op zijn arrest van 6 april 2012.⁵⁰ In deze zaak speelt de vraag wanneer de korte verjaringstermijn gaat lopen in geval van een regresvordering van de door een schuldeiser aangesproken hoofdelijke schuldenaar op een medeschuldenaar op grond van art. 6:10 BW. De Hoge Raad maakt in dat arrest uit dat deze verjaringstermijn pas een aanvang neemt zodra de regresvordering opeisbaar is, dat wil zeggen nadat de hoofdelijk schuldenaar daadwerkelijk door de oorspronkelijk schuldeiser is aangesproken en hij de schuldeiser heeft voldaan. Daarbij merkt de Hoge Raad op dat niet is uitgesloten dat de mogelijkheid van het instellen van de rechtsvordering van de hoofdelijk schuldenaar op zijn medeschuldenaar afstuit op rechtsverwerking. De Hoge Raad noemt als voorbeeld 'dat de hoofdelijk schuldenaar reeds voordien bekend was met het feit dat de regresvordering zou ontstaan maar de voor hem kenbare belangen van degene op wie hij later regres wil nemen, op onaanvaardbare wijze heeft veronachtzaamd'.⁵¹

Deze casus is specifiek: voordat een regresvordering opeisbaar wordt, kunnen vele jaren verstrijken. Zo kan de oorspronkelijk schuldeiser in theorie pas 15 jaar na de schadeveroorzakende gebeurtenis ontdekken dat hij schade heeft geleden waarvoor hij de hoofdelijk schuldenaar kan aanspreken, en vervolgens nog vijf jaar wachten voordat hij daadwerkelijk in actie komt. Pas daarna vangt de verjaringstermijn van de regresvordering aan. Door deze constellatie strekt de tijdsduur waarin een hoofdelijk medeschuldenaar nog kan worden aangesproken op grond van een regresvordering zich uit tot een periode die aanzienlijk langer kan zijn dan vijf jaar, in theorie zelfs langer dan twintig jaar. In de casus die bij de Hoge Raad voorlag, was de schade in 1990 ingetreden, maar is de betreffende verzekeraar op wie regres werd genomen eerst op 7 augustus 2001 door de schuldeiser medeaansprakelijk gesteld. In dat licht mag het geen verbazing wekken dat zich omstandigheden kunnen voordoen waarbij een beroep op rechtsverwerking gerechtvaardigd is, waar de verjaringstermijn van de regresvordering nog niet is afgelopen of zelfs nog niet is aangevallen. Het kan zelfs een vorm van rechtsverwerking bij voorbaat betreffen, omdat een regresvordering pas ontstaat nadat de schuldenaar aan de oorspronkelijk schuldeiser heeft betaald.⁵² Mij zijn evenwel geen voorbeelden bekend waarin rechtsverwerking in deze specifieke situatie daadwerkelijk is aangenomen.

Zo'n zelfde situatie, waarin de verjaringstermijn in feite veel langer kan zijn dan vijf jaar, kan zich ook voordoen wanneer de verjaringstermijn een- of meermaals wordt gestuit. Zou in die situatie binnen een lopende verjaringstermijn rechtsverwerking kunnen worden aangenomen? De aard van een stuitingsbrief brengt nu juist mee dat aan de schuldenaar duidelijk wordt gemaakt dat hij rekening moet houden met een toekomstige aanspraak van de schuldeiser. Dat zou bij hem geen gerechtvaardigd vertrouwen moeten wekken dat de schuldeiser hem niet meer zal aanspreken en zou hem bovendien moeten aansporen om zijn positie op een toekomstige vordering ingericht te blijven houden. Vanuit het

50 HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, NJ 2016/196 (ASR/Achmea).

51 Idem, r.o. 3.7.2.

52 Zie in die zin ook Tjittes & Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW nr. A6b) 2020/27.

perspectief van rechtsverwerking als sanctie op schending van een consistentieplicht, zoals geschetst in par. 2.4.1-2.4.4 hiervoor, voldoet de schuldeiser aan zijn gehoudenheid om zich zodanig tegen de schuldenaar te gedragen dat deze rekening moet blijven houden met een aanspraak.

Toch is bij die stand van zaken een succesvol beroep op rechtsverwerking mogelijk. De Hoge Raad heeft in een wat verder verleden, maar wel onder vigeur van het nieuw BW, een hofoordeel overeind gehouden waarin rechtsverwerking was aangenomen na een tijdsverloop van negen jaar.⁵³ Het ging om een beroepsaansprakelijkheidszaak tussen een advocaat en zijn (ex-)cliënte. De verjaringstermijn was ten tijde van het uitbrengen van de dagvaarding nog niet verlopen, omdat de cliënte in de voorafgaande periode van negen jaar zes verschillende brieven met een aansprakelijkheidsstelling aan de advocaat zond en daarin het voornemen tot uitdrukking bracht binnen afzienbare tijd tot dagvaarding over te gaan. Die brieven hadden volgens het hof de verjaring gestuit. Toch kon de cliënte haar vordering niet meer geldend maken, omdat zij, door tot zes keer toe een aansprakelijkheidsstelling te verzenden, daarin uitdrukkelijk spoedige rechtsmaatregelen aan te kondigen maar vervolgens telkens maar geen procedure te beginnen, volgens het hof de gerechtvaardigde indruk bij de advocaat had gewekt dat zij ondanks deze brieven toch geen procedure meer zou beginnen. Daarbij heeft het hof van belang geacht dat de advocaat door het tijdsverloop ingrijpend in zijn bewijspositie is aangetast. Zo beschikte hij niet meer over een dossier, omdat dit was overgedragen aan een opvolgend advocaat en is een van zijn belangrijkste getuigen, een fiscalist die betrokken was bij de boedelverdeling waar de aansprakelijkheidskwestie op ziet, overleden.

Dit oordeel van de Hoge Raad is te volgen. Door zo lang te wachten met het instellen van een actie, terwijl die actie over een periode van meerdere jaren meermaals formeel is aangekondigd, kan die aankondiging zodanig aan geloofwaardigheid verliezen dat bij de schuldenaar inderdaad de indruk kan ontstaan dat het de schuldeiser op een gegeven moment geen ernst meer is met het initiëren van een procedure. Vanuit het Obliegenheit-perspectief gedacht, is de inconsistentie die de sanctie rechtsverwerking in dit geval rechtvaardigt gelegen in het over een zeer lange periode, negen jaar, telkens aankondigen van concrete rechtsmaatregelen, zonder die maatregelen te nemen. Het is in dit geval ook proportioneel om rechtsverwerking als sanctie toe te passen, omdat de schuldenaar als gevolg van het lange dralen van de schuldeiser substantieel bewijsnadeel heeft geleden, dat deels buiten zijn invloedssfeer is gelegen: een van de belangrijkste getuigen is gedurende de periode van negen jaar overleden.

Wel denk ik dat voor het aannemen van een beroep op rechtsverwerking waar een- of meermaals is gestuit in zijn algemeenheid grote terughoudendheid moet worden betracht. Het blijft overeind dat een stuitingsbrief in beginsel juist de gerechtvaardigde indruk wekt dat de schuldeiser zijn recht nog geldend zal maken. De schuldeiser voldoet daarmee dus in beginsel aan de consistentieplicht. In die gevallen zal voor het aannemen van rechtsverwerking sprake moeten zijn van nadeel aan schuldenaarszijde, dat wegneming rechtvaardigt met rechtsverwerking als passende sanctie. In het hiervoor besproken geval was daar zonder meer sprake van: door een tijdsverloop van meer dan tien jaar was de advocaat ernstig in zijn bewijspositie aangetast doordat hij niet meer beschikte over een dossier en een van zijn belangrijkste getuigen was overleden.

53 HR 28 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ0743, NJ 2004/328 (*Beroepsfout advocaat*).

3.3.4 Conclusie

Het voorgaande overziende kom ik tot de conclusie dat de strenge motiveringstoets van de Hoge Raad ten aanzien van de door de feitenrechter aan zijn rechtsverwerkingsoordeel ten grondslag gelegde bijzondere omstandigheden ervoor zorgt dat het leerstuk rechtsverwerking niet op problematische wijze in het vaarwater van de korte verjaringstermijn komt. Mij zijn bovendien geen gevallen in de rechtspraak in feitelijke instanties bekend waarin de rechter binnen een lopende verjaringstermijn rechtsverwerking aanneemt op basis van enkel tijdsverloop. Niettemin volgt uit de rechtspraak van de Hoge Raad dat rechtsverwerking binnen een lopende korte verjaringstermijn mogelijk is. Dat kan zich vooral voordoen waar de verjaringsregels vanwege de omstandigheden van het geval, bijvoorbeeld bij een regresvordering die pas vele jaren na het ontstaan van de schade opeisbaar wordt of een reeks stuitingshandelingen waarin concrete rechtsmaatregelen worden aangekondigd maar die gedurende een periode van bijna tien jaar uitblijven, de schuldenaar niet kunnen beschermen tegen ernstige bewijsnood. In die bijzondere situaties kan rechtsverwerking binnen een lopende verjaringstermijn, of zelfs voordat die termijn überhaupt is aangevangen, als noodventiel uitkomst bieden. De rol van rechtsverwerking moet in dit verband beperkt blijven tot een noodventiefunctie voor uitzonderlijke gevallen.

3.4 In hoeverre zit art. 6:89 BW in het vaarwater van de korte verjaringstermijnen?

3.4.1 Inleiding

Rechtsverwerking vormt voor de korte verjaringstermijnen dus niet werkelijk een bedreiging. Dat roept de vraag op in hoeverre art. 6:89 BW de wind uit de zeilen van de korte verjaringstermijnen neemt en wat wij daarvan moeten vinden. De tekst van art. 6:89 BW, hoewel volgens de Hoge Raad een wettelijke vorm van rechtsverwerking, leest eerder als een eenvoudige vervaltermijn dan als een vorm van rechtsverwerking. Art. 6:89 BW bepaalt immers niet meer dan dat de schuldeiser geen beroep meer op een gebrek in de prestatie kan doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar ter zake heeft geprotesteerd. Heeft de wetgever, waar hij met de introductie van de korte verjaringstermijnen het leerstuk van rechtsverwerking wilde terugdringen ten gunste van het meer rechtszekere verjaringsinstituut, niet via de achterdeur van art. 6:89 BW een bepaling geïntroduceerd die de wettelijke verjaringsregels alsnog de pas afsnijdt? Ik behandel deze vraag hierna door eerst in te gaan op de wijze waarop het aanvangsmoment van de korte verjaringstermijnen en de klachttermijn van art. 6:89 en ook 7:23 lid 1 BW wordt bepaald. Vervolgens ga ik in op de verjaringstermijn en de klachttermijn zelf.

3.4.2 *Het aanvangsmoment van de verjaringstermijn versus het aanvangsmoment van de klachttermijn*

3.4.2.1 *Het aanvangsmoment van de korte verjaringstermijn*

Over de korte verjaringstermijnen heeft de Hoge Raad de afgelopen twintig jaar een forse stroom uitspraken gewezen.⁵⁴ Haast jaarlijks verschijnt er een arrest over (een van) de korte verjaringstermijnen, met name over de korte termijn van art. 3:310 lid 1 BW. De pointe van die rechtspraaklijn is dat de Hoge Raad bij de bepaling van het aanvangsmoment van de korte verjaringstermijnen hoge eisen stelt aan de bekendheid van de schuldeiser met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon. Zoals hiervoor in par. 3.2 aangegeven, benadrukt de Hoge Raad reeds met het *Saelman*-arrest uit 2003 in het kader van art. 3:310 lid 1 BW dat het om daadwerkelijke, subjectieve bekendheid van de benadeelde met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon moet gaan.⁵⁵ Daarvan is volgens de Hoge Raad sprake als de benadeelde voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid hoeft te zijn – heeft verkregen dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend handelen van de betrokken persoon.⁵⁶

In *Saelman* treden bij de geboorte van een kind in 1987 ernstige complicaties op, waardoor blijvend hersenletsel bij het kind ontstaat. Pas tijdens een gesprek tussen de ouders en de betrokken gynaecoloog in 1994, zeven jaar later dus, blijkt de ouders dat tijdens de bevalling medische fouten zijn gemaakt. Hoewel zij dus tijdens de bevalling al wisten dat er schade was ontstaan en zij de betrokken behandelaars kenden, ontstaat pas voldoende zekerheid om een claim geldend te maken na dit gesprek.⁵⁷

Dit roept de vraag op in hoeverre in het kader van de aanvang van de korte verjaringstermijnen een onderzoeksplicht op de benadeelde rust. De Hoge Raad neemt in zijn arrest van 3 december 2010 aan dat de verjaringstermijn een aanvang kan nemen op het moment dat de benadeelde de identiteit van de aansprakelijke persoon met een beperkt onderzoek eenvoudig had kunnen achterhalen, maar heeft nagelaten een dergelijk onderzoek in te stellen. Als die identiteit gemakkelijk kan worden vastgesteld, mag van de benadeelde in beginsel worden verlangd dat hij zich inspant om erachter te komen

54 Zie onder meer HR 6 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0900, NJ 2002/383 (*Vellekoop/Wilton Fijenoord*); HR 24 januari 2003, NJ 2003/300 (*BASF/Rensink*); HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8168, NJ 2006/112 (*Saelman*); HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8903, NJ 2006/113 (*Bosman/G.*); HR 27 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS8455, NJ 2006/114; HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7942, NJ 2007/377 (*Geldermalsen/Plameco*); HR 4 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC3569, NJ 2008/203; HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ4850, NJ 2012/193 (*Gemeente Stadskanaal/Deloitte & Touche*); HR 3 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6241, NJ 2012/196 (*X/Betonmortelfabriek Bemoti*) (kantoorgenoten van mij waren bij deze zaak betrokken) en verder HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552, NJ 2017/165 (*Mispelhoef/Staat*); HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:667, NJ 2018/239 (*TMG/Staat*); HR 9 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1603, NJ 2021/187; HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:653, NJ 2023/159; HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:20124:18 (*X/Deutsche Bank*); HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:19 (*Variety B.V. c.s./Deutsche Bank*).

55 HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8168, NJ 2006/112 (*Saelman*).

56 HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552, NJ 2017/165 (*Mispelhoef/Staat*), r.o. 3.3.2; HR 9 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1603, NJ 2021/187, r.o. 3.3.2.

57 Idem.

wie voor de schade aansprakelijk is.⁵⁸ Uit dit arrest kan worden afgeleid dat wanneer de identiteit van de aansprakelijke persoon voor de benadeelde eenvoudig achterhaald kan worden, dit van hem mag worden verwacht.

In andere arresten is de Hoge Raad niet expliciet over de mate waarin een onderzoeksplicht voor de benadeelde geldt of kan gelden. Volgens Sieburgh is uit de rechtspraak van de Hoge Raad af te leiden dat *in beginsel geen onderzoeksplicht* op de benadeelde rust.⁵⁹ Hartkamp heeft betoogd dat het aannemen van een onderzoeksplicht een ongewenste objectivering van het aanvangsmoment van de korte termijn met zich zou brengen, waar subjectieve wetenschap voorop moet staan:

“Niet kan worden gezegd dat een subjectief criterium niet in het stelsel van de wet zou passen. Enerzijds komt dat criterium ook elders voor (zie het genoemde art. 3:52 BW), anderzijds vormt de lange termijn een objectief “vangnet”. Ik ben er daarom geen voorstander van om bij de korte termijn een onderzoeksplicht – waar een objectief criterium op neer zou komen – aan te nemen.”⁶⁰

Daar staat tegenover dat, zoals Du Perron dat treffend verwoordde, de benadeelde zich ook weer niet ‘van den domme mag houden’.⁶¹ De schuldeiser kan geacht worden enig onderzoek te doen als hij reden heeft om aan te nemen dat sprake is van aansprakelijkheid van een bepaalde persoon. Deze opmerking van Du Perron sluit goed aan bij de overwegingen van de Hoge Raad in zijn hiervoor genoemde arrest van 3 december 2010.

Smeehuijzen wil verder gaan dan de hiervoor genoemde auteurs. Hij stelt dat als de schuldeiser weet dat hij mogelijk een vordering heeft, hij ook weet dat er mogelijk een schadeveroorzaker is waarmee hij rekening heeft te houden. In dat kader kan enig onderzoek van de schuldeiser worden verlangd, aldus Smeehuijzen. Die redenering is ingegeven door de gedachte dat het er bij de korte verjaringstermijn ‘ten gronde om gaat vanaf welk moment van de benadeelde redelijkerwijze actie verlangd mag worden’.⁶²

Ik ben het daar niet mee eens. Deze redenering is te veel op het leerstuk rechtsverwerking geënt. Bij rechtsverwerking gaat het inderdaad om de vraag wanneer de schuldeiser redelijkerwijze actie moet ondernemen. Rechtsverwerking is, zoals eerder in dit boek aangegeven, een sanctie op schending van de plicht om duidelijk aan de schuldenaar te communiceren dat de schuldeiser vasthoudt aan zijn rechten. Verjaring veronderstelt daarentegen geen *plicht* om in actie te komen. Verjaring stelt slechts een tijdsbeperking aan het geldend maken van de vordering door de schuldeiser, die verder vrij is om van

58 HR 3 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6241, NJ 2012/196 (X/Betonmortelfabriek Bemoti), r.o. 3.6.

59 Asser/Sieburgh 6-II 2021/415, met verwijzing naar HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ4850, NJ 2012/193 (Gemeente Stadskanaal/Deloitte & Touche) en HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552, NJ 2017/165 (Mispelhoef/Staat). Die laatste verwijzing door Sieburgh verdient m.i. enige nuance-ring, omdat eiseres Mispelhoef in deze kwestie nu juist wel onderzoek naar de verantwoordelijkheid van Rijkswaterstaat voor de schade heeft gedaan. In de procedure stond de vraag centraal of de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW reeds begon te lopen op het moment waarop Mispelhoef aanleiding zag dat onderzoek te starten, of pas een aanvang nam na afronding van dat onderzoek. Het hof vond het eerste, de Hoge Raad het laatste.

60 Conclusie A-G Hartkamp bij HR 20 april 2001, NJ 2004/382 (Wong/Mr. X), sub 8.

61 Du Perron, annotatie bij HR 3 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6241, NJ 2012/196 (X/Betonmortelfabriek Bemoti).

62 Smeehuijzen 2008, p. 228.

die mogelijkheid wel of niet gebruik te maken. Bij de korte verjaringstermijn is die tijdsbepanking gebonden aan het moment waarop de schuldeiser daadwerkelijk bekend is met zijn vordering. De rechtspraak van de Hoge Raad, waaruit ten aanzien van de korte verjaringstermijn de nodige voorzichtigheid blijkt met betrekking tot het aannemen van een onderzoeksplicht, sluit goed aan bij de gedachte dat de schuldeiser bij verjaring geen *plicht* heeft om in actie te komen. Zoals in par. 3.4.2.2 hierna zal blijken, heeft de onderzoeksplicht een grotere rol bij art. 6:89 BW. Dit verschil kan worden verklaard vanuit het Obliegenheit-karakter van de wettelijke klachtplichten. De daaraan ten grondslag liggende consistentieplicht kan meebrengen dat van de schuldeiser wordt verwacht dat hij de ontvangen prestatie op deugdelijkheid onderzoekt. Bij verjaring ontbreekt dit plichtkarakter, zodat logisch is dat in dat verband minder snel een onderzoeksplicht wordt aangenomen.

Overigens verdient opmerking dat voor de verjaring van nakomingsvorderingen uit hoofde van een verbintenis op grond van art. 3:307 BW een objectiever aanvangsmoment geldt, namelijk het moment van opeisbaarheid van de betreffende vordering. Dat is in dit verband echter niet relevant, omdat het raakvlak van art. 6:89 BW en de korte verjaringstermijnen op het gebied van de non-conformiteit ligt.

Op één punt heeft de verjaringsrechtspraak echter lange tijd toch een objectiverings-tendens gehad. De Hoge Raad heeft in een bestendige stroom arresten overwogen dat onbekendheid of onzekerheid over de juridische beoordeling van de feiten die relevant zijn voor de schade en de aansprakelijke persoon de aanvang van de verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW niet verhindert.⁶³ Daaraan ligt de gedachte ten grondslag dat rechtsdwaling voor rekening van de dwalende moet blijven.⁶⁴ In het kader van art. 6:89 BW is de Hoge Raad evenwel sinds de februari-arresten van 2013 de opvatting toegedaan dat de schuldeiser pas een klachtplicht heeft zodra hij bekend is met het feit dat de bank een juridische zorgplicht jegens hem heeft.⁶⁵ In dit verband wordt een gebrek aan juridische kennis de schuldeiser dus niet tegengeworpen. Bij arrest van 9 oktober 2020 neemt de Hoge Raad deze inconsistentie tussen de aanvang van de korte verjaringstermijn en de wettelijke klachtplichten weg door ten aanzien van art. 3:310 lid 1 BW te overwegen dat de juridische beoordeling niet ziet op de kennis en het inzicht die nodig zijn om de deugdelijkheid van een geleverde prestatie te beoordelen:

“Deze juridische beoordeling ziet niet op de kennis en het inzicht die nodig zijn om de deugdelijkheid van een geleverde prestatie te beoordelen, anders dan uit eerdere uitspraken van de Hoge Raad zou kunnen worden afgeleid. Het ontbreken van deze kennis of dit inzicht kan immers betekenen dat de benadeelde nog onvoldoende zekerheid heeft verkregen dat schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon. Evenals de juiste kennis of het juiste inzicht kan ontbreken ten aanzien van de ondeugdelijkheid van bijvoorbeeld medisch handelen (...), kan dat het geval zijn ten aanzien van het handelen van bijvoorbeeld een fiscaal of juridisch dienstverlener (...). Onder omstandigheden kan een benadeelde dan ook pas geacht worden voldoende

63 HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:677, NJ 2018/239 (TMG/Staat), r.o. 3.3.3; HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552, NJ 2017/165 (Mispelhoef/Staat), r.o. 3.3.2.

64 Zie HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8903, NJ 2006/113 (Bosman/G.).

65 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7195, NJ 2014/496 (Kramer/Van Lanschot); HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (Van de Steeg/Rabobank).

zekerheid te hebben dat hij schade heeft geleden als gevolg van tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon, wanneer hij kennis heeft gekregen van een juridisch advies of een rechterlijk oordeel.⁶⁶

De Hoge Raad verwijst bij deze overwegingen expliciet naar zijn arrest *Van de Steeg/Rabobank*. Het arrest van 9 oktober 2020 is in de literatuur met instemming ontvangen.⁶⁷ Ik sluit mij daarbij aan. De oude lijn van de Hoge Raad verdraagt zich niet goed met het subjectieve karakter van de korte verjaringstermijn en de in dat verband beperkte rol van de onderzoeksplicht. Het uitgangspunt dat eenieder de wet behoort te kennen is tot op zekere hoogte als fictie te beschouwen. Dat is temeer het geval wanneer de prestatie van de schuldenaar uit juridisch of sterk juridisch getint advies bestaat aan een juridische leek als schuldeiser, zoals het geval was bij het belastingadvies in het voornoemde arrest van de Hoge Raad uit 2020.

3.4.2.2 *Het aanvangsmoment van de klachttermijn van art. 6:89 en 7:23 lid 1 BW*

De wetgever heeft bij art. 6:89 BW centraal gesteld dat de schuldenaar erop moet kunnen rekenen dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt en indien dit niet het geval blijkt te zijn, de schuldeiser dat eveneens met spoed aan de schuldenaar mededeelt.⁶⁸ Als de schuldeiser voor de levering al een gelegenheid tot inspectie krijgt, zal hij in de regel terstond voor de aflevering over enige ontdekte gebreken moeten klagen.⁶⁹ Voor art. 7:23 lid 1 BW geldt, zolang geen sprake is van een consumentenkoop, in essentie hetzelfde.⁷⁰ Hieruit volgt dat de onderzoeksplicht bij art. 6:89 en 7:23 lid 1 BW meer centraal staat voor de bepaling van het aanvangsmoment van de klachttermijn dan bij de bepaling van het aanvangsmoment van de korte verjaringstermijn.

Opmerking verdient evenwel dat de Hoge Raad een aantal belangrijke nuances aanbrengt op de onderzoeksplicht in het kader van de wettelijke klachtplichten. In dit kader zijn het arrest *Pouw/Visser* en de februari-arresten van de Hoge Raad uit 2013 van belang.⁷¹ In de februari-arresten gaat het telkens om casus in de bancaire zorgplichtsfeer, waarbij de betreffende hoven tweemaal een klachtplichtberoep van de bank honoreren, welke oordelen de Hoge Raad vernietigt,⁷² en een keer een klachtplichtberoep van de bank verwerpen, welk oordeel de Hoge Raad in stand laat.⁷³

66 HR 9 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1603, NJ 2021/187, r.o. 3.3.3, zoals bevestigd in HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:653, NJ 2023/159.

67 Zie de annotatie van Smeehuijzen, NJ 2021/1837 en de annotatie van Strijbos, JOR 2020/302.

68 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6*, 1981, p. 317.

69 HR 13 juli 2007, NJ 2007/408 (WRA/Oldenhoek); zie ook MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6*, 1981, p. 317.

70 MvT, *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7* titels 1, 7, 9 en 14, 1991, p. 146.

71 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008/606 (*Pouw/Visser*); HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7846, NJ 2014/495 (*Van Lanschot/Grove*); HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7195, NJ 2014/496 (*Kramer/Van Lanschot*); HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*), met alle drie een annotatie van Hijma in NJ 2014/497.

72 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7195, NJ 2014/496 (*Kramer/Van Lanschot*); HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*).

73 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7846, NJ 2014/495 (*Van Lanschot/Grove*).

Met name het door de Hoge Raad als een overzichtsarrest ingestoken *Van de Steeg/Rabobank* maakt de rol van de onderzoeksplicht bij de bepaling van het aanvangsmoment van de klachttermijn duidelijk. In de eerste plaats overweegt de Hoge Raad in dat arrest dat zijn eerder geformuleerde gezichtspunten met betrekking tot art. 7:23 lid 1 BW van overeenkomstige toepassing zijn op art. 6:89 BW.⁷⁴ Dat brengt onder meer mee dat ook voor art. 6:89 BW geldt dat de onderzoeks- en klachtplicht niet los kunnen worden gezien van de aard van de prestatie en de overige omstandigheden van het geval, omdat daarvan afhankelijk is wat de schuldeiser kan en moet doen om een eventueel gebrek op het spoor te komen en aan de schuldenaar mededeling te doen van een met voldoende mate van waarschijnlijkheid vastgestelde tekortkoming. Naarmate de schuldeiser op grond van de inhoud van de overeenkomst en de verdere omstandigheden van het geval sterker erop mag vertrouwen dat de zaak beantwoordt aan de overeenkomst, zal van hem minder snel een (voortvarend) onderzoek mogen worden verwacht, omdat de schuldeiser in het algemeen mag afgaan op de juistheid van de hem in dit verband door de schuldenaar gedane mededelingen, zeker als die mogen worden opgevat als geruststellende verklaringen omtrent de aan- of afwezigheid van bepaalde eigenschappen van het gekochte. Bij dit alles is volgens de Hoge Raad in belangrijke mate medebepalend of de belangen van de schuldenaar zijn geschaad, en zo ja, in hoeverre. In dit verband kan de ernst van de tekortkoming meebrengen dat een nalatigheid van de schuldeiser hem niet kan worden tegengeworpen.⁷⁵ De Hoge Raad voegt daar specifiek ten aanzien van art. 6:89 BW nog het volgende aan toe:

“Zoals volgt uit hetgeen hiervoor is overwogen, is bij de beantwoording van de vraag of tijdig is geklaagd op de voet van art. 6:89 BW ook van belang of de schuldenaar nadeel lijdt door het late tijdstip waarop de schuldeiser heeft geklaagd. In dit verband dient de rechter 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 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.”⁷⁶

Ten aanzien van beleggingsadviesrelaties tussen banken en particuliere cliënten overweegt de Hoge Raad vervolgens nog dat de cliënt niet zonder meer op de hoogte hoeft te zijn van het bestaan van de bancaire zorgplicht en hij er bovendien vanuit mag gaan dat de bank die zorgplicht naleeft, zodat daarom op de cliënt niet snel een onderzoeks- of klachtplicht rust. Daarachter gaat de gedachte schuil dat de bank bij beleggingsadviesrelaties heeft te gelden als professionele en bij uitstek deskundige dienstverlener, terwijl bij de cliënt doorgaans een dergelijke professionaliteit en deskundigheid ontbreken. De enkele omstandigheid dat de belegging verlieslatend is, vormt bovendien onvoldoende grond voor de cliënt om te veronderstellen dat de bank zijn zorgplicht heeft geschonden, zodat de cliënt daar

74 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*), r.o. 4.2.2.

75 Idem, r.o. 4.2.3-4.2.4.

76 Idem, r.o. 4.2.6.

onderzoek naar moet doen. Zodra de cliënt wel een onderzoeks- of klachtplicht heeft, dient hem ook nog eens een ruime termijn voor beraad te worden gegund, terwijl bij de beoordeling van het klachtplichtberoep van de bank groot gewicht toekomt aan de vraag of de bank nadeel heeft geleden als gevolg van het tijdsverloop tussen het moment van ontdekking van de tekortkoming en het moment waarop is geprotesteerd:

“(…) De bank heeft bij beleggingsadviesrelaties te gelden als professionele en bij uitstek deskundige dienstverlener, terwijl bij de cliënt doorgaans een zodanige professionaliteit en deskundigheid ontbreken. Dit brengt mee dat de cliënt niet zonder meer op de hoogte behoeft te zijn van het bestaan van de hiervoor in 4.3.1 bedoelde zorgplicht van de bank, terwijl hij, indien hij daarvan wel op de hoogte is, in beginsel ervan mag uitgaan dat de bank die zorgplicht jegens hem naleeft. Het niet naleven van de zorgplicht is derhalve niet een tekortkoming van de bank die de cliënt zonder meer behoort op te merken. Op de cliënt rust dan ook pas op grond van art. 6:89 BW een onderzoeksplicht met betrekking tot de vraag of de bank de 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 omstandigheid dat de beleggingen waarop de beleggingsadviesrelatie betrekking heeft, een tegenvallend rendement hebben of tot verliezen leiden, wijst niet zonder meer op een tekortschieten van de bank. Deze enkele omstandigheid behoeft voor de cliënt dan ook in beginsel niet een reden voor onderzoek te zijn. Overeenkomstig het hiervoor in 4.2.4 overwogene geldt dat 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 indien de bank geruststellende mededelingen doet. De cliënt mag immers in beginsel afgaan op dergelijke mededelingen van de bank als de in de onderlinge verhouding deskundige partij.

(…) Indien de cliënt, eventueel na (deskundig) onderzoek, bekend is geworden met het tekortschieten door de bank in haar zorgplicht, of daarmee redelijkerwijs bekend had moeten zijn, dient hij terzake op de voet van art. 6:89 BW binnen bewakende tijd te protesteren.

Daarbij moet hem een redelijke termijn voor beraad worden gegund. Bij de beoordeling of het beroep van de bank op art. 6:89 BW gegrond is, komt voorts groot gewicht toe aan het antwoord op de vraag of de bank nadeel lijdt in de hiervoor in 4.2.6 bedoelde zin door het tijdsverloop tussen het moment van ontdekking van de tekortkoming en het moment waarop is geprotesteerd.⁷⁷

De Hoge Raad relativeert de onderzoeksplicht dus vooral bij ongelijkwaardige partijverhoudingen in termen van kennisasymmetrie en bij geruststellende mededelingen van de schuldenaar. Daarbij is volgens de Hoge Raad van ‘groot gewicht’ en ‘in belangrijke mate medebepalend’ in hoeverre de belangen van de schuldenaar daadwerkelijk zijn geschaad.⁷⁸ Niettemin blijft overeind dat de onderzoeksplicht in het kader van de wettelijke klachtplichten doorgaans een grotere rol lijkt te hebben dan in het kader van de korte

77 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*), r.o. 4.3.2-4.3.4.

78 HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8991, NJ 2013/5 (*Ploum/Smeets II*), r.o. 3.3.2; HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*), r.o. 4.2.4, 4.2.6, 4.3.4, 5.4.

verjaringstermijnen.⁷⁹ Zoals gezegd past dat mijns inziens bij het Obliegenheit-karakter van de klachtplichten. Art. 6:89 BW behelst, anders dan de korte verjaringstermijnen, daadwerkelijk een sanctie op de plicht jegens de schuldenaar in actie te komen zodra de schuldeiser bekend is of behoort te zijn met een gebrek met het oog op het belang van de schuldenaar (zie par. 2.4.4 en 2.6.1 hiervoor). In het kader van deze consistentieplicht mag van de schuldeiser worden verwacht dat hij de prestatie van zijn wederpartij naargelang de omstandigheden op deugdelijkheid onderzoekt. Bij verjaring ligt dat anders: de schuldeiser mag zich weliswaar niet van den domme houden, maar in beginsel rust op hem geen onderzoeksplicht.

Voor het overige komt het wetenschapsvereiste voor de bepaling van de aanvang van de klachttermijn overeen met het wetenschapsvereiste voor de aanvang van de korte verjaringstermijn. Volgens de vaste rechtspraaklijn in het kader van art. 7:23 lid 1 BW, die dus van overeenkomstige toepassing is op art. 6:89 BW, hoeft geen sprake te zijn van een absolute zekerheid bij de koper dat de verkoper tekort is geschoten, maar is vereist dat de koper er 'met een voldoende mate van waarschijnlijkheid' vanuit moet kunnen gaan dat de geleverde prestatie niet aan de overeenkomst beantwoordt.⁸⁰ In het kader van de korte verjaringstermijn spreekt de Hoge Raad van 'voldoende zekerheid' – die niet een absolute zekerheid hoeft te zijn', dat schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon.⁸¹ Weliswaar gebruikt de Hoge Raad bij de klachtplicht consequent het woord 'waarschijnlijkheid' en bij de korte verjaringstermijn het woord 'zekerheid', maar daar lijken geen wezenlijke inhoudelijke verschillen mee te zijn beoogd. Dat de lat op dit punt ook bij de klachtplichten vrij hoog ligt, wordt geïllustreerd door het arrest van de Hoge Raad van 15 februari 2019 in het kader van art. 7:23 lid 1 BW.⁸² In die zaak overweegt de Hoge Raad dat de consument-koper van het betreffende paard na de eerste behandelingen daarvan door de dierenarts in 2013 nog geen klachtplicht had, anders dan het hof had aangenomen. De Hoge Raad laat, overigens in afwijking van de voorafgaande conclusie van A-G Wissink, de cassatieklacht van de koper met de strekking dat het hof onvoldoende is ingegaan op de stelling van de koper dat de door hem gestelde non-conformiteit van het paard pas duidelijk werd bij een later onderzoek door de dierenarts van de bij de aankoop gemaakte keuringsfoto's van het paard slagen.⁸³

Zoals ik in par. 3.4.2.1 hiervoor al constateerde, is de Hoge Raad in het kader van art. 6:89 BW en 7:23 lid 1 BW sinds de februari-arresten van 2013 de opvatting toegedaan dat de schuldeiser pas een klachtplicht heeft zodra hij bekend is met het feit dat de bank een

79 Zie over de onderzoeksplicht bij art. 6:89 en 7:23 lid 1 BW verder nog HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008/606 (*Pouw/Visser*); HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7846, NJ 2014/495 (*Van Lanschot/Grove*), r.o. 3.5.3 en HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7195, NJ 2014/496 (*Kramer/Van Lanschot*), r.o. 3.4.4 en uitgebreid Tjittes & Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW nr. A6b) 2020/36.

80 HR 25 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5383, JOR 2005/168, r.o. 3.4.5; HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8991, NJ 2013/5 (*Ploum/Smeets II*), r.o. 3.3.2; zie ook HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*), r.o. 4.2.4, waar de Hoge Raad spreekt van een met voldoende mate van waarschijnlijkheid vastgestelde tekortkoming.

81 HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552, NJ 2017/165 (*Mispelhoef/Staat*), r.o. 3.3.2; HR 9 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1603, NJ 2021/187, r.o. 3.3.2.

82 HR 15 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:228, NJ 2019/92 (*Non-conform paard*), r.o. 3.3.2.

83 Idem.

juridische zorgplicht jegens hem heeft.⁸⁴ In dit verband wordt een gebrek aan juridische kennis de schuldeiser dus niet tegengeworpen. Sinds het arrest van de Hoge Raad van 9 oktober 2020 bestaan ook op dit punt geen wezenlijke verschillen meer tussen de bepaling van het aanvangsmoment van de korte verjaringstermijn en de bepaling van het aanvangsmoment van de wettelijke klachtplichten.

3.4.2.3 Conclusie

Uit het voorgaande blijkt dat met betrekking tot het vereiste kennisniveau bij de schuldeiser van het gebrek in de prestatie of de fout van de schuldenaar voor aanvang van de klachttermijn en de verjaringstermijn geen wezenlijke inhoudelijke verschillen bestaan. Er is zelfs sprake van enige expliciete convergentie van de door de Hoge Raad geformuleerde beoordelingskaders. De vraag rijst of het problematisch is dat deze juridische kaders zoveel overeenstemming vertonen. Ik denk van niet. Het is onvermijdelijk dat bij twee rechtsfiguren met een subjectief aanvangsmoment voor een termijn soortgelijke toepassingsvereisten gelden. In dit aspect van de bepaling van het aanvangsmoment van de klachttermijn en de korte verjaringstermijn schuilt ook niet zozeer het onderscheidende element van verjaring ten opzichte van de klachtplichten. Dat element moet veel meer gezocht worden in het belang van de onderzoeksplicht voor bepaling van de aanvang van de termijn en, bovendien, de termijn zelf, waarover ik in de volgende paragraaf kom te spreken.

Uit het voorgaande blijkt een verschil tussen de wettelijke klachtplichten en de korte verjaringstermijn met betrekking tot het belang van de onderzoeksplicht van de schuldeiser. De aanvang van de klachttermijn staat op grond van de wettekst en de wetsgeschiedenis nadrukkelijker in de context van een onderzoeksplicht dan het aanvangsmoment van de korte verjaringstermijn. Op dit punt bestaat dus een verschil voor het startmoment van beide termijnen, waarbij moet worden opgemerkt dat de Hoge Raad het belang van de onderzoeksplicht bij art. 6:89 en 7:23 lid 1 BW relateert in gevallen van ongelijkwaardige partijverhoudingen of informatie-asymmetrie. Hoe het ook zij, dit verschil past bij het Obliegenheit-karakter van art. 6:89 en 7:23 lid 1 BW, welk karakter meebrengt dat deze klachtplichten een plicht behelzen om, gelet op het belang van de schuldenaar, in actie te komen. Uit een dergelijke plicht kan heel goed een onderzoeksplicht voortvloeien. Dat karakter ontbreekt bij de korte verjaringstermijn. Daar sluit goed bij aan dat de onderzoeksplicht in dat verband van ondergeschikt belang is.

Het belang van de onderzoeksplicht in het kader van de klachtplichten zou erin kunnen resulteren dat in de gegeven omstandigheden een klachtplicht wordt aangenomen, terwijl de verjaringstermijn nog geen aanvang neemt. In dat geval zou de wettelijke klachtplicht de korte verjaringstermijn in theorie de pas af kunnen snijden. De vraag of dat erg is, kan niet in algemene zin worden beantwoord. In de eerste plaats wil de vaststelling dat de klachttermijn is aangevangen nog niet zeggen dat die termijn ook geschonden is. Volgens de vaste rechtspraak van de Hoge Raad is de klachttermijn immers in beginsel niet geschonden zolang niet van concreet nadeel aan schuldenaarszijde is gebleken als gevolg van het talmen van de schuldeiser. Als dat concrete nadeel er daadwerkelijk zou

84 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7195, NJ 2014/496 (*Kramer/Van Lanschot*); HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*).

zijn en van die mate is dat ten opzichte van de schuldenaar niet te rechtvaardigen is dat de schuldeiser vervolgens het betrokken recht nog geldend maakt, komt het mij niet onredelijk voor dat de klachtplicht wordt toegepast.

Dit roept de vraag op hoe de rechtspraak van de Hoge Raad over de klachttermijn zelf precies moet worden geduid en hoe de uitwerking daarvan zich verhoudt tot de onderzoeksplicht bij art. 6:89 en tot de korte verjaringstermijn. Op die vraag ga ik in de volgende paragraaf verder in.

3.4.3 *De verjaringstermijn versus de klachttermijn; verhouding klachttermijn en onderzoekstermijn art. 6:89 BW*

Bij de korte verjaringstermijn is de termijn zelf glashelder: drie of vijf jaar. Een lopende verjaringstermijn kan evenwel worden gestuit, hetzij door een procedure te beginnen (art. 3:316 BW) of laagdrempeliger door een schriftelijke mededeling aan de schuldenaar te doen met de strekking dat de schuldeiser zich al zijn rechten voorbehoudt (op grond van art. 3:317 BW). Stuiting heeft als rechtsgevolg dat de verjaringstermijn vanaf de datum van de stuiting opnieuw aanvangt (vgl. art. 3:319 lid 1 en 4 BW).⁸⁵ Er bestaat daarnaast slechts een limitatief aantal wettelijke gronden voor verlenging van de verjaringstermijn op grond van art. 3:320 en art. 3:321 BW. Het gaat bijvoorbeeld om het feit dat schuldeiser en schuldenaar niet van tafel en bed gescheiden echtgenoten zijn. Als een verjaringstermijn zou aflopen tijdens het bestaan van een verlengingsgrond, dan loopt de termijn door tot zes maanden na het verdwijnen van de omstandigheden die de verlengingsgrond constitueren.⁸⁶ Voor het overige kan slechts een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in de weg staan aan de werking van een eenmaal aangevangen verjaringstermijn.

Het verschil met de klachttermijn van art. 6:89 en 7:23 lid 1 BW is in dit opzicht aanzienlijk. De klachttermijn kan in de eerste plaats niet worden gestuit. Overigens zal een wat uitgebreider onderbouwde stuitingsdaad in veel gevallen gelijk kunnen worden gesteld aan een klacht als bedoeld in art. 6:89 en 7:23 lid 1 BW, zodat daarmee de klachttermijn in feite is gered. Voor een stuiting in de zin van art. 3:317 BW gelden op zichzelf geen hoge eisen. Zo is niet zonder meer vereist dat de schuldeiser inzicht geeft in de gestelde aard of omvang van de aansprakelijkheid van de schuldenaar. Op basis van vaste rechtspraak van de Hoge Raad over art. 3:317 lid 1 BW moet een rechtsgeldige stuiting een voldoende duidelijke waarschuwing aan de schuldenaar inhouden dat hij er ook na het verstrijken van de verjaringstermijn rekening mee moet houden dat hij de beschikking behoudt over zijn bewijsmateriaal, zodat hij zich tegen een eventuele vordering van de schuldeiser kan verweren. Daarbij kan de context waarin de mededeling is gedaan een belangrijke rol spelen.⁸⁷ Voor een rechtsgeldige klacht is in beginsel vereist dat de schuldeiser zijn wederpartij moet informeren over de gestelde aard of omvang van de tekortkoming. Op basis van deze informatie zou de schuldenaar in staat moeten

85 Asser/Sieburgh 6-II 2021/427.

86 Asser/Sieburgh 6-II 2021/428-430.

87 Zie HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2741, NJ 2015/382 (*International Strategies Group/Royal Bank of Scotland*) (kantoorgenoten van mij stonden International Strategies Group bij); HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112, NJ 2016/291 (*Hengelo/Weyers*).

worden gesteld om maatregelen te nemen ter herstel van het betreffende gebrek, zijn productieproces aan te passen of verhaal te zoeken op een derde.⁸⁸

De klachttermijn zelf is op basis van vaste rechtspraak van de Hoge Raad volledig afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Volgens de wetsgeschiedenis betekent het begrip 'bekwame tijd' van art. 6:89 en 7:23 lid 1 BW 'op korte termijn'⁸⁹ of zelfs 'met spoed'.⁹⁰ De Hoge Raad ziet dat duidelijk anders: hij voorstaat een volledig casuïstische beoordeling, waarbij hij een aantal belangrijke richtsnoeren heeft gegeven voor de bepaling van de termijn in het concrete geval. Voor toepassing van de klachtplicht is in het bijzonder relevant of de schuldenaar concreet nadeel lijdt door het tijdsverloop tussen het moment van het ontdekken dan wel behoren te ontdekken van het gebrek en het moment waarop door de crediteur/koper is geprotesteerd.⁹¹ In *Ploum/Smeets II* overweegt de Hoge Raad ten aanzien van de onderzoeksplicht van de schuldeiser als volgt:

"Bij dit alles is in belangrijke mate mede bepalend (zie hiervoor onder vii) in hoeverre de belangen van de verkoper al dan niet zijn geschaad. Als die belangen niet zijn geschaad, zal er niet spoedig voldoende reden zijn om de koper een gebrek aan voortvarendheid te verwijten. In dit verband kan de ernst van de tekortkoming meebrengen dat een nalatigheid van de koper hem niet kan worden verweten."⁹²

In *Van de Steeg/Rabobank* herhaalt de Hoge Raad dit oordeel voor 'de onderzoeks- en klachtplicht' van de koper.⁹³ Daaruit volgt dat deze passage niet alleen voor de onderzoeksplicht relevant is, maar ook van toepassing is op de klachtplicht zelf. De Hoge Raad voegt daar in *Van de Steeg/Rabobank* nog aan toe dat 'groot gewicht' toekomt aan de factor nadeel. Enkel en fors tijdsverloop is volgens de Hoge Raad niet doorslaggevend.⁹⁴ De rechter moet volgens de Hoge Raad rekening houden met enerzijds het voor de schuldeiser ingrijpende rechtsgevolg van het te laat protesteren en anderzijds de concrete belangen waarin de schuldenaar is geschaad door het moment van protest.⁹⁵ Aldus komt de bepaling van de lengte van de klachttermijn, of anders gezegd de vraag of het moment van kennisgeving aan de schuldenaar tijdig is, aan op een belangenafweging. Zonder concreet nadeel aan schuldenaarszijde zal er weinig reden zijn om de belangen van de schuldenaar zwaarder te

88 *Asser/Hijma* 7-1 2019/806.

89 MvT, *Parl. Gesch. BW Inv. Boek 3, 5 en 6 Boek 7* titels 1, 7, 9, en 14, 1991, p. 148.

90 In *Kamerstukken II* 2001/02, 27809, nr. 6, p. 6 staat zelfs dat 'binnen bewakende tijd' na ontdekking betekent dat de koper verkoper 'met spoed' van het gebrek op de hoogte moet brengen. De wetgever heeft het tot slot zo gezien, dat de koper zijn klachten tot de verkoper moet richten binnen zo korte tijd als in de gegeven omstandigheden in verband met zijn onderzoeksplicht van hem kan worden gevegd, zie MvA II, *Parl. Gesch. BW Inv. Boek 3, 5 en 6 Boek 7* titels 1, 7, 9, en 14, 1991, p. 152.

91 Zie reeds HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008/606 (*Pouw/Visser*) en HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9615, NJ 2010/545 (*Tan/Forward*).

92 HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8991, NJ 2013/5 (*Ploum/Smeets II*), r.o. 3.3.2.

93 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*), r.o. 4.2.3.

94 *Idem*, r.o. 4.3.4.

95 *Idem*, r.o. 4.2.6.

achten dan die van de schuldeiser.⁹⁶ De bewijslast ten aanzien van het door de schuldenaar geleden nadeel ligt bovendien bij de schuldenaar.⁹⁷

Daarmee ligt de drempel voor het aannemen van een klachtplichtberoep behoorlijk hoog. Niettemin kan een beroep daarop in principe worden gehonoreerd binnen de looptijd van de korte verjaringstermijn. Gebeurt dat vaak? Volgens Smeehuijzen is de klachttermijn in het algemeen 'veel korter' en zal de grote meerderheid van vorderingen eerder aan de klachtplicht dan aan de korte verjaringstermijn ten prooi vallen.⁹⁸ Dat is volgens hem onwenselijk, gelet op de rechtszekerheidszwakte van de klachtplicht, die in de termijnbepaling ervan schuilt.

De soep wordt niet zo heet gegeten als hij door Smeehuijzen is opgediend. Voor deze conclusie onderzocht ik gepubliceerde rechtspraak in feitelijke instanties waarin een beroep op art. 6:89 BW is gedaan vanaf het jaar 2014. Ik kies dit startpunt, omdat vanaf dat moment voor de rechtspraak in feitelijke instanties enige incubatietijd is verstreken om de gezichtspunten van de Hoge Raad uit de februari-arresten van 2013 in gebruik te nemen. Ik bekeek alleen gevallen waarin het beroep op art. 6:89 BW of art. 7:23 BW is gehonoreerd inhoudelijk. Gevallen waarin een klachtplichtberoep wordt verworpen zijn in het kader van de hiervoor opgeworpen vraag minder interessant.

De conclusie op basis van deze analyse luidt dat slechts in beperkte mate sprake is van gevallen waarin een beroep op de klachtplicht wordt gehonoreerd. Het gaat ongeveer om een tiental uitspraken per jaar. Om dat getal in perspectief te plaatsen: ieder jaar verschijnen meer dan honderd gepubliceerde uitspraken waarin een beroep op de klachtplicht wordt behandeld door de betreffende rechter(s). Op basis van deze cijfers kan voorzichtig worden geconcludeerd dat honorering van een beroep op de klachtplicht uitzondering is en afwijzing de regel.

Een analyse van de uitspraken waarin het beroep op art. 6:89 BW wordt gehonoreerd levert een aantal interessante inzichten op. In het merendeel van de gevallen wordt een beroep op de klachtplicht aangenomen op de grond dat de schuldeiser het gebrek op een zeker moment *had behoren te ontdekken*, terwijl na dat moment meerdere jaren verstrijken voordat wordt geklaagd. Het gaat meestal om een periode van drie jaar of

96 Zie in die zin ook Tjittes & Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW nr. A6b) 2020/37.

97 De Hoge Raad legt de bewijslast alleen bij de schuldeiser neer voor zover het aankomt op de vraag of en zo ja wanneer hij heeft geklaagd. Voor het overige rust de bewijslast op de schuldenaar: zie HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593, NJ 2017/163 (*Far Trading/Edco Eindhoven*).

98 Smeehuijzen 2013, p. 743.

langer, en niet zelden zelfs langer dan vijf jaar.⁹⁹ In het overgrote deel van die gevallen toetst het betreffende gerechtelijke college of de schuldenaar als gevolg van dat tijdsverloop concreet nadeel heeft geleden. Dat nadeel varieert van bewijsnadeel, bijvoorbeeld de omstandigheid dat de schuldenaar zijn dossier na ommekomst van een wettelijke bewaartermijn heeft vernietigd,¹⁰⁰ omdat alle relevante getuigen inmiddels zijn overleden¹⁰¹ of omdat bepaald personeel niet langer bij de schuldenaar werkzaam is.¹⁰² Een ander type nadeel betreft beknotten van verhaalsmogelijkheden, bijvoorbeeld wanneer de schuldenaar zijn schade niet meer kan verhalen op derden¹⁰³ vanwege overeengekomen contractuele vervaltermijnen met de betreffende partijen¹⁰⁴ of faillissement.¹⁰⁵ Nog een andere nadeelvariant betreft de omstandigheid dat de schuldenaar het gebrek niet meer

- 99 Rechtbank Amsterdam 3 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2074 (tijdsverloop van twaalf jaar, waarbij de rechtbank overigens in het midden laat of het ging om een geobjectiveerd aanvangsmoment: de cliënt van de bank had zich hier volgens de rechtbank gedurende twaalf jaar gedragen alsof hij een hypothecaire schuld aan ING betaalde door rentebetalingen te doen); Rechtbank Gelderland 6 juli 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3390 (zeven jaar); Rechtbank Oost-Brabant 13 april 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:1410 (twaalf jaar); Hof 's-Hertogenbosch 21 december 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3784 (acht jaar); Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8027 (negen jaar); Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juli 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:5251 (zes jaar); Hof Den Haag 21 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1130 (ruim zeven jaar); Rechtbank Zeeland-West-Brabant 13 maart 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:1057 (zeventien jaar); Rechtbank Amsterdam 6 februari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:540 (vijftien jaar); Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2019, ECLI:NL:GHARL:2018:743 (zeven jaar); Hof Amsterdam 13 november 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4180 (zeven jaar); Hof 's-Hertogenbosch 20 maart 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1174 (vijf jaar, waarbij overigens in het midden blijft of de schuldeiser aan het begin van die termijn het gebrek kende of behoorde te kennen); Rechtbank Midden-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:2305 (drie jaar); Hof 's-Hertogenbosch 14 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:416 (veertien jaar); Hof 's-Hertogenbosch 21 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:587 (zes jaar); Hof 's-Hertogenbosch 15 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:930 (respectievelijk drie en zes jaar); Hof Arnhem-Leeuwarden 28 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5669 (vijf jaar); Hof 's-Hertogenbosch 19 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1787 (twee jaar en acht maanden); zie voor een kortere klachttermijn van één jaar Hof Arnhem-Leeuwarden 31 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:698.
- 100 Hof Arnhem-Leeuwarden 15 januari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:291; vgl. voor een wat discutabeler voorbeeld Rechtbank Midden-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:2305, waar doorslaggevend wordt geacht dat de betreffende advocaat, die door een oud-cliënt werd aangesproken, zijn dossier zou hebben vernietigd vanwege een faillissement van zijn eerdere kantoor. Dat is een beslissing die m.i. allicht meer in de risicosfeer van de betreffende advocaat behoort te liggen; vgl. ook Rechtbank Limburg 18 november 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:9158, waar de Volksbank als (slagend) verweer naar voren brengt dat zij door het tijdsverloop essentiële details niet meer kan achterhalen, nu het betreffende fysieke dossier niet geheel traceerbaar meer is.
- 101 Rechtbank Zeeland-West-Brabant 13 maart 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:1057.
- 102 Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juli 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:5251; Rechtbank Oost-Brabant 12 februari 2020 ECLI:NL:RBOBR:2020:741 (waarbij in dit geval ook een relevante e-mailserver met daarop bewijs niet geheel meer beschikbaar was en de betreffende medewerker met meeneming van het relevante dossier bij een ander advocatenkantoor werkte).
- 103 Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2412.
- 104 Hof Den Haag 21 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1130.
- 105 Vgl. Rechtbank Overijssel 30 mei 2018, ECLI:NL:ROVE:2018:2063 en Hof 's-Hertogenbosch 16 februari 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:432.

kan helen of het gebrek door het tijdsverloop danig is verergerd.¹⁰⁶ In zoverre wordt serieus omgesprongen met de nadeelfactor als beslissend gezichtspunt voor het toepassen van de klachtplicht.

Daarop doen zich uitzonderingen voor. In een aannemersgeschil overweegt Hof 's-Hertogenbosch bijvoorbeeld dat een tijdsverloop van zes jaar na het behoren te ontdekken van gebreken zijdens de aannemer 'evident' is dat een dergelijk tijdsverloop in het nadeel van de aannemer werkt omdat hij daardoor niet in de gelegenheid is in te grijpen en passende maatregelen te treffen.¹⁰⁷ Dat oordeel lijkt niet te zijn gebaseerd op een concreet betoog van de aannemer over het nadeel dat hij lijdt. Een dergelijk algemeen oordeel schuurt dicht tegen verjaring aan, omdat het tijdsverloop zelf hier in feite beslissend wordt geacht. Dat tijdsverloop wordt niettemin gekoppeld aan een geobjectiveerd aanvangsmoment voor de klachttermijn van art. 6:89 BW. In sommige gevallen wordt zelfs geen enkele aandacht besteed aan de nadeelvraag.¹⁰⁸

In deze voorbeelden wordt de schuldeiser verweten dat hij vanaf een bepaald moment onvoldoende onderzoek naar het gebrek heeft gedaan. Deze bevinding wekt de suggestie dat geen sprake is van samenloop met de korte verjaringstermijn, omdat die termijn in zo'n situatie denkkelijk nog niet is aangevangen.¹⁰⁹ Dit gelet op de beperkte rol van de onderzoeksplicht in het verjaringsdomein. Helaas wordt in de door mij bestudeerde uitspraken lang niet altijd ingegaan op de vraag hoe het in zo'n geval zit met de korte verjaringstermijn. Ik trof slechts enkele uitzonderingen, waarin het betreffende college expliciteert dat geen verjaring wordt aangenomen, maar wel een schending van de

106 Hof 's-Hertogenbosch 19 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1787; zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8027 (door een wijziging in regelgeving kon na 2013 de betreffende spaarverzekering door de aangesproken adviseur meer in box 1 worden geplaatst); Rechtbank Den Haag 20 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:12287, zoals bekrachtigd in Hof Den Haag 5 juli 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1121; vgl. voorts Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2412; Hof Den Haag 27 september 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1829.

107 Hof 's-Hertogenbosch 21 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:587, r.o. 7.11; vgl. ook Rechtbank Rotterdam 19 augustus 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:7338 (klachttermijn van drie jaar in een notariële aansprakelijkheidszaak met een geobjectiveerd aanvangsmoment voor de klachttermijn, zonder concreet vastgesteld nadeel aan de zijde van de notaris) en Rechtbank Limburg 21 oktober 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:8069.

108 Vgl. Rechtbank Rotterdam 23 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:5940; Hof Arnhem-Leeuwarden 18 augustus 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:6477; Rechtbank Amsterdam 13 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3484; Rechtbank Overijssel 19 december 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:4845, r.o. 4.8-4.9; Rechtbank Noord-Nederland 22 december 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5807; zie verder Rechtbank Amsterdam 12 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1075 (gebreken aan geleverde parkeerplaats, klachten 23 maanden tot 6 jaar na levering. Door de rechtbank wordt slechts in algemene zin overwogen dat de projectontwikkelaar na oplevering belang heeft bij duidelijkheid over diens rechtspositie).

109 Zie over het verschil in het belang van de onderzoeksplicht par. 3.4.2 hiervoor.

klachtplicht op basis van een geobjectiveerd aanvangsmoment van laatstgenoemde regeling.¹¹⁰ In een enkele uitspraak wordt zowel een schending van art. 6:89 BW als verjaring op basis van art. 3:310 lid 1 BW aangenomen.¹¹¹ Voor wat betreft de overige uitspraken is het bij gebreke van inzicht in het betreffende procesdossier tot op zekere hoogte gissen naar de vraag of sprake is van samenloop. Het zou kunnen dat de schuldenaar zich niet op verjaring heeft beroepen maar alleen op de klachtplicht. Het zou ook kunnen dat het betreffende college geen aanleiding ziet om op verjaring in te gaan na een succesvol beroep op het naar zijn aard verderstrekkende verweer van de klachtplicht, ondanks het feit dat ook een beroep op verjaring is gedaan.¹¹² Het zou tot slot kunnen dat, vanwege het geobjectiveerde aanvangsmoment van de klachttermijn, verjaring in de ogen van het betreffende college nog niet speelt en het geen reden ziet om daar nog een overweging aan te wijden.

Er is in deze gevallen misschien lang niet altijd sprake van samenloop van de klachtplicht en de korte verjaringstermijn. Wel zou gezegd kunnen worden dat de klachtplicht op deze manier de verjaringsregels de pas afsnijdt. De klachtplicht is in de hiervoor beschreven gevallen denkbaar al toegepast voordat de korte verjaringstermijn überhaupt een aanvang kon nemen. Men moet ervoor waken dat na bepaling van een geobjectiveerd aanvangsmoment van de klachttermijn al te gemakkelijk wordt geoordeeld dat die termijn daadwerkelijk met voeten is getreden. Er moet sprake zijn van bijzondere omstandigheden die meebrengen dat niet in redelijkheid van de schuldenaar kan worden verlangd dat hij zich nog moet verweren tegen de vordering van de schuldeiser of nog kan worden aangesproken voor de gestelde tekortkoming. Op basis van mijn analyse van rechtspraak in feitelijke instanties nemen rechters de vingerwijzingen van de Hoge Raad op dit punt meestal ter harte.

In een uitzonderlijk geval komt onwenselijke samenloop met de korte verjaringstermijn daadwerkelijk in beeld. Een voorbeeld daarvan is een casus waarin de huurder per april 2011 wist dat huurverlaging onder de geldende huurovereenkomst zonder toestemming van enkele derden niet mogelijk was, terwijl een eerste aansprakelijkstelling aan het adres van de verhuurder ter zake de feitelijke onmogelijkheid tot huurverlaging pas op 7 april 2016 volgde.¹¹³ De huurovereenkomst dateert van 12 april 2011. De rechtbank is niet erg precies ten aanzien van het aanvangsmoment van de klachttermijn, maar afgaand op het moment van sluiten van de huurovereenkomst is op enkele dagen na vijf jaar verstreken tot het

110 Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 15 januari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:291, waarin wordt overwogen dat het klachtplichtberoep slaagt ondanks het feit dat de vordering nog niet is verjaard. Hier speelt het geobjectiveerde aanvangsmoment van de klachttermijn een rol; zie in dezelfde zin Rechtbank Amsterdam 6 februari 2019 ECLI:NL:RBAMS:2019:540, waar sprake is van een tijdsverloop van maar liefst 15 jaar vanaf het moment waarop de schuldeiser het gebrek had behoren te ontdekken, maar de rechtbank vanwege dit geobjectiveerde aanvangsmoment van de klachttermijn het beroep op art. 3:310 lid 1 BW uitdrukkelijk verworpt omdat nog geen sprake was van subjectieve bekendheid onder deze verjaringsregel; vgl. ook Rechtbank Zeeland-West-Brabant 13 maart 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:1057, uit welke uitspraak blijkt dat de schuldenaar een beroep op verjaring heeft gedaan, maar dat beroep verder niet inhoudelijk wordt besproken nadat het klachtplichtberoep is gehonoreerd (met een geobjectiveerd aanvangsmoment van de termijn).

111 Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8027.

112 De klachtplicht leidt immers tot rechtsverval, terwijl verjaring alleen de rechtsvordering uit handen van de schuldeiser slaat, zodat een natuurlijke verbintenis overblijft.

113 Rechtbank Overijssel 6 februari 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1195.

moment van de eerste klacht. Het gaat hier bovendien om een subjectief weten. Volgens de rechtbank was de klachttermijn geschonden, omdat het evident zou zijn dat door het tijdsverloop in deze casus nadeel is ontstaan aan schuldenaarszijde. De reden daarvan is volgens de rechtbank dat 'feiten en omstandigheden zich moeilijk laten reproduceren en de kans bestaat dat niet alle relevante stukken meer voorhanden of vindbaar zijn'.¹¹⁴ Deze motivering is aan de dunne kant. De rechtbank stelt niet vast dat relevante stukken aan de kant van de verhuurder daadwerkelijk niet meer voorhanden zijn. Dit soort algemene bewijsnadelen als gevolg van tijdsverloop zijn weinig onderscheidend ten opzichte van het verjaringsleerstuk, waarin een dergelijke achteruitgang in bewijspositie door de wetgever al is verdisconteerd.¹¹⁵ Dit terwijl de aansprakelijkstelling mogelijk nog net binnen de korte verjaringstermijn valt. In lijn met het uitgangspunt voor rechtsverwerking zou ik dan ook menen dat binnen een lopende verjaringstermijn niet zo gemakkelijk als hier lijkt te gebeuren een schending van de klachtplicht kan worden aangenomen. Daarvoor moeten bijzondere omstandigheden worden vastgesteld, zoals de Hoge Raad in *Van de Steeg/Rabobank* in feite ook vereist. Meer daarmee in lijn acht ik het oordeel van het Hof Arnhem-Leeuwarden in een geval waar drie jaar na ontdekking van een tekortkoming zijdens een belastingadviseur door de ex-cliënt van de betreffende adviseur is geklaagd. Dit terwijl de benadeelde gedurende die periode al volop aan het procederen was tegen de Belastingdienst over de gevolgen van een in zijn ogen onjuist advies van de hand van zijn ex-adviseur, terwijl aan het eind van die periode de betreffende belastingadviseur overleed. Zodoende was het belastingkantoor niet langer in staat bij de betreffende adviseur te informeren hoe de kwestie destijds feitelijk was gelopen, zodat fors bewijsnadeel was ontstaan.¹¹⁶ In enkele gevallen wordt de nadeeltoets überhaupt niet uitgevoerd, wat mij zonder meer als onjuist en onwenselijk voorkomt.¹¹⁷

Naast de hiervoor gesignaleerde casus doen zich in de door mij geanalyseerde rechtspraak veel gevallen met een scherp omlinjd klaagmoment voor. Deze gevallen zijn voor wat betreft mogelijke samenloop met de verjaringsregels een stuk minder problematisch. Ik noem een aantal voorbeelden. Een beroep van een touroperator op het klachtbeding van art. 19 van de algemene reisvoorwaarden (ANVR) slaagt volgens het Hof Den Haag, omdat de schuldeiser niet bij de touroperator heeft geklaagd over de overlast van een grasmaaier

114 Idem, r.o. 5.7.

115 Zie voor een vergelijkbaar en in mijn ogen discutabel geval met een klachttermijn van 'slechts' twee jaar Rechtbank Zeeland-West-Brabant 2 april 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:9441 en voor een klachttermijn van 'slechts' vier jaar Rechtbank Gelderland 15 januari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:214.

116 Hof Arnhem-Leeuwarden 11 februari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:1177.

117 Zie voor een klachttermijn van drie jaar zonder nadeeltoets Rechtbank Amsterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3889; vgl. ook Rechtbank Den Haag 25 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7964 (geen nadeeltoets); voor een klachttermijn van slechts vier maanden zonder nadeeltoets Rechtbank Noord-Holland 6 mei 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:7468; voor een klachttermijn van zes jaar zonder nadeeltoets, waar dus waarschijnlijk ook een verjaringsberoep was gehonoreerd, Rechtbank Limburg 4 mei 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:4494; zie verder Rechtbank Noord-Holland 17 november 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:10931; Rechtbank Overijssel 26 oktober 2021, ECLI:NL:ROOVE:2021:4689 (waarbij bovendien niet eens wordt vastgesteld wanneer de schuldenaar het gebrek ontdekte); en Rechtbank Overijssel 14 april 2021, ECLI:NL:ROOVE:2021:2949; Hof 's-Hertogenbosch 5 september 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:2815 (waarbij naast schending van art. 6:89 BW een schending van een vervalbeding werd aangenomen, wat allicht het ontbreken van een nadeeltoets verklaard); Hof Amsterdam 25 juli 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1803.

op zijn vakantieadres op het moment dat deze overlast zich voordeed. Daarmee heeft de schuldeiser de touroperator de kans ontnomen om op dat moment iets aan de overlast te kunnen doen. Voor zover de betreffende algemene voorwaarden niet toepasselijk zouden zijn, is het hof van oordeel dat art. 6:89 BW aan de vordering van de schuldeiser in de weg staat.¹¹⁸ Een ander voorbeeld biedt een casus waarin de schuldeiser pas na ommekomst van een appeltermijn in kort geding voor het eerst klaagde, waar redelijkerwijs verwacht mocht worden dat hij dat in ieder geval voor ommekomst van die termijn had gedaan, zodat nog hoger beroep kon worden ingesteld.¹¹⁹ Nog een voorbeeld biedt de casus waarin de verhuurder niet voor ommekomst van de huurovereenkomst bij de huurder klaagde over de staat van het gehuurde, en vervolgens zonder te klagen een derde partij herstelwerkzaamheden liet verrichten. Dat ontnam de huurder de kans om bewijs te verzamelen voor zijn verweer en bovendien om zelf tot herstel over te gaan.¹²⁰ Een ander voorbeeld is een cliënt die zich kort ná het passeren van de leveringsakte bij de notaris beklaagt over het feit dat geopteerd had moeten worden voor een btw-belaste levering, terwijl niet viel in te zien waarom die klacht niet vóór het moment van passeren werd geuit, terwijl de fout voor dat moment nog zonder consequenties had kunnen worden hersteld.¹²¹ Een laatste voorbeeld is een volgens het hof ontijdige klacht van cliënten over de werkzaamheden van hun advocaat ongeveer een klein half jaar nadat zij de gestelde gebreken behoorden te ontdekken, omdat de advocaat daardoor geen rekening met de

118 Hof Den Haag 21 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1131; vgl. Rechtbank Midden-Nederland 15 juni 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2288, waarbij een schadevergoedingsvordering telooft omdat de schade aan het betreffende taxibusje niet goed kon worden betwist bij gebreke van een inspectie op het moment van het inleveren van het (gehuurde) busje.

119 Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:6377; vgl. ook Rechtbank Gelderland 20 juni 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:3267, waarbij niet voorafgaand aan een mogelijk hoger beroep werd geklaagd waardoor de schuldenaar de kans ontnomen werd in appel een gebrek te herstellen; vgl. ook Rechtbank Rotterdam 28 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7444, waarbij de verkoper van een perceel in een procedure betrokken raakt over een erfdiensbaarheid. De verkoper licht de partij, van wie hij destijds het perceel kocht, pas in na afronding van het hoger beroep in die procedure en begint daarna zelf een procedure tegen die partij. Een en ander is volgens de rechtbank te laat, temeer omdat de oude koper nuttige aanwijzingen kon aandragen voor de juridische discussie over de erfdiensbaarheid. De vordering van de verkoper tegen deze partij wordt dan ook afgewezen; vgl. tot slot Rechtbank Amsterdam 20 april 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2437, waarbij het de eiser noodlottig wordt dat hij zijn ex-advocaat pas aansprakelijk stelde ruim een jaar nadat een procedure over hetzelfde geschil tegen de betrokken notaris was geïnitieerd, terwijl zij de advocaat niet in die procedure hebben betrokken.

120 Hof Amsterdam 26 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3078; zie voor een soortgelijk oordeel in een aannemersgeschil Hof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4686, r.o. 3.22; Rechtbank Gelderland 25 oktober 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5360; Rechtbank Rotterdam 22 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13129 en Rechtbank Midden-Nederland 30 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1262; Hof 's-Hertogenbosch 29 augustus 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:2752.

121 Hof 's-Hertogenbosch 27 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5668; vgl. ook het geval waarin het tijdstip van de klacht de mogelijkheid van gedeeltelijke financiering uit een bouwdepot ontnam in Rechtbank Noord-Nederland 7 juni 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:1994; zie voor een meer handelsrechtelijk geval Rechtbank Oost-Brabant 2 juni 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:2558, waarin het ging om de vraag of een gekochte voorraad goederen correct was weergegeven in de overnamebalans. Nu de schuldeiser bijna een jaar wachtte met zijn klacht daarover, kon de schuldenaar de oorspronkelijke voorraadstand niet langer nagaan en was zijn bewijspositie dus ernstig aangetast; vgl. ook Hof Den Haag 7 december 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2376.

klachten kon houden bij facturering en niet in de gelegenheid is geweest ter voorkoming van een gerechtelijke procedure een minnelijke regeling te beproeven.¹²²

Een enkele keer wordt in dit kader zelfs schending van de klachtplicht aangenomen voordat de betreffende prestatie door de schuldenaar wordt verricht, omdat door het stilzitten van de schuldeiser op dat moment aan de opdrachtgever ten onrechte de kans is ontzegd om de uitvoering van zijn opdracht bij te sturen.¹²³ In het kader van een duur-overeenkomst wordt overwogen dat de schuldeiser in het gegeven geval gehouden is om tijdens de uitvoering van de opdracht te klagen. Dit om te voorkomen dat de uitvoering door de opdrachtnemer na een bepaald tijdsmoment niet meer kan worden bijgestuurd en tot schade leidt.¹²⁴ Bij levende have, zoals dieren en planten, of bederfelijke waar lijken rechters in het algemeen strenger bij de bepaling van de klachttermijn.¹²⁵ Dat geldt ook bij gebreken die door weersinvloeden snel verslechteren, zoals lekkage aan een woning,¹²⁶ of zaken ten aanzien waarvan door gebruik en eigen werkzaamheden van de koper niet meer kan worden vastgesteld wie het gebrek heeft veroorzaakt.¹²⁷

In deze gevallen is sprake van specifieke omstandigheden die meebrengen dat de schuldeiser op een bepaald moment had moeten klagen, omdat de schuldenaar na dat moment belangrijke verweer- en/of schadebeperkingsmogelijkheden worden ontzegd. Tijdsverloop speelt hier dus veel minder een rol. Het gaat in deze gevallen om het missen van een specifiek klaagmoment door de schuldeiser. Deze toepassing van de klachtplicht sluit goed aan bij het leerstuk rechtsverwerking en het Obliegenheit-karakter van beide leerstukken. Daaruit vloeit voort dat op een concreet moment vanuit de consistentieplicht een gehoudenheid voor de schuldeiser ontstaat om te spreken. Doet hij dat op dat moment niet en komt hij op een later moment met een claim, dan levert dat een schending van de consistentieplicht op. Ook in deze gevallen is mogelijk sprake van samenloop met de korte verjaringstermijn. Naar mijn mening is dat evenwel niet problematisch, omdat toepassing van de klachtplicht hier wordt gerechtvaardigd door andere omstandigheden dan tijdsverloop alleen, welk fenomeen het verjaringsrecht sanctioneert.

3.5 Conclusie

3.5.1 De korte verjaringstermijn is geen vorm van rechtsverwerking

De in dit hoofdstuk uitgewerkte plaatsbepaling van het leerstuk rechtsverwerking en klachtplichten tegenover de korte verjaringstermijnen valt als volgt uit. Ten eerste kom ik tot de conclusie dat de korte verjaringstermijnen niet als vorm van rechtsverwerking kunnen worden gezien. Dat zou het rechtszekerheidselement van de korte verjaringstermijnen

122 Hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:41.

123 Hof Den Haag 12 februari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:157.

124 Rechtbank Limburg 2 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:7391.

125 Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 14 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2124 (met betrekking tot de koop van olijfbomen op de voet van art. 7:23 lid 1 BW) en Rechtbank Amsterdam 12 mei 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2926 (met betrekking tot levering van vlees); Rechtbank Oost-Brabant 15 maart 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:1000 (levering van frambozenplanten).

126 Hof 's-Hertogenbosch 7 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4064.

127 Vgl. Rechtbank Den Haag 28 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:7798, zoals bekrachtigd in Hof Den Haag 17 augustus 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2494 in het kader van 7:23 lid 1 BW.

tekort doen: de wetgever heeft ervoor gekozen om vaste drie- of vijfjarige termijnen te hanteren. Het is in beginsel onverschillig wanneer de schuldeiser binnen die termijn in actie komt. Het maakt bovendien niet uit of de schuldenaar als gevolg van het tijdsverloop daadwerkelijk nadeel ondervindt. De wetgever heeft het voor het rechtsverkeer van belang geacht dat crediteuren binnen drie of vijf jaar nadat zij daartoe daadwerkelijk in staat zijn hun vordering geldend maken. Dat is primair geen afweging van individuele billijkheid, maar strekt ertoe een vlote afwikkeling van vermogensrechtelijke rechtsbetrekkingen te stimuleren door middel van een voorspelbare regel. Die regel bestaat in een harde termijn, waardoor de rechtstoestand blijft aangesloten bij de feitelijke situatie van partijen in het rechtsverkeer. Deze regel grijpt weliswaar vrij vergaand in individuele rechtsverhoudingen in, maar dat doet in mijn ogen niet af aan het algemene rechtszekerheidsbelang dat met de regel is beoogd. De beperkende werking van redelijkheid en billijkheid kan vervolgens als correctiefactor dienen voor situaties waarin de uitwerking van de betreffende termijn tot evident onredelijke situaties leidt.

Een dergelijke regeling van algemene strekking is conceptueel iets anders dan rechtsverwerking. Zoals ik in par. 2.4.1-2.4.4 en 2.6.1 hiervoor heb uitgewerkt, behelst het leerstuk rechtsverwerking een plicht van de schuldeiser strekkende tot consistent gedrag jegens de schuldenaar, gelet op het belang van laatstgenoemde. Schending van die plicht leidt tot een beperking van schuldeisersrechten. Dit plichtkarakter ontbreekt bij verjaring.

3.5.2 *Rechtsverwerking en de korte verjaringstermijnen lopen niet op onwenselijke wijze samen*

Ik constateer na een analyse van de rechtspraak over het leerstuk rechtsverwerking onder het nieuwe verjaringsrecht dat zich, voor zover ik in de gepubliceerde rechtspraak kon nagaan, geen gevallen laten uitwijzen waarin de rechter alleen tijdsverloop voldoende achtte voor het aannemen van rechtsverwerking binnen een geldende verjaringstermijn. Verder bevestigt de rechtspraak van de Hoge Raad dat hij de hoge drempel die geldt voor het aannemen van rechtsverwerking goed bewaakt. Zelfs waar de feitenrechter op zichzelf relevante bijkomende omstandigheden aan zijn rechtsverwerkingsoordeel ten grondslag legt, toetst de Hoge Raad de motivering daarvan redelijk indringend. Van een ongewenste samenloop tussen rechtsverwerking en de korte verjaringstermijn lijkt voor zover ik kan overzien dan ook geen sprake.

Niettemin volgt uit de rechtspraak van de Hoge Raad dat rechtsverwerking binnen een lopende korte verjaringstermijn mogelijk is. Dat kan zich vooral voordoen waar de verjaringsregels vanwege de omstandigheden van het geval, bijvoorbeeld bij een regresvordering die pas vele jaren na het ontstaan van de schade opeisbaar wordt, de schuldenaar niet kunnen beschermen tegen ernstige bewijsnood. In die bijzondere situaties kan rechtsverwerking binnen een lopende verjaringstermijn, of zelfs voordat die termijn überhaupt is aangevangen, als noodventiel uitkomst bieden.

3.5.3 *Problematische samenloop van de korte verjaringstermijn en de wettelijke klachtplichten? De soep wordt niet zo heet gegeten*

De vraag naar de mogelijk problematische samenloop van de korte verjaringstermijnen door de wettelijke klachtplichten valt uiteen in een vergelijking tussen de regels voor

bepaling van het aanvangsmoment van de verjarings- en klachttermijn en vervolgens van de respectievelijke termijnen zelf. Ik constateerde ten aanzien van het aanvangsmoment dat bij de klachtplicht meer ruimte bestaat voor een geobjectiveerd startpunt van de klachttermijn door een onderzoeksplicht van de schuldeiser aan te nemen.¹²⁸ Bij de korte verjaringstermijnen wordt in de regel geen onderzoeksplicht gehanteerd. Dit verschil kan worden verklaard vanuit het Obliegenheit-karakter van de wettelijke klachtplichten. De daaraan ten grondslag liggende consistentieplicht kan meebrengen dat van de schuldeiser wordt verwacht dat hij de ontvangen prestatie op deugdelijkheid onderzoekt. Bij verjaring ontbreekt dit plichtkarakter, zodat logisch is dat in dat verband minder snel een onderzoeksplicht wordt aangenomen.

Voor zover het gaat om de mate van subjectieve wetenschap bij de klachtplicht en de korte verjaringstermijnen constateerde ik dat er geen wezenlijke verschillen bestaan. Er is zelfs sprake van enige expliciete convergentie van de door de Hoge Raad geformuleerde beoordelingskaders. Volgens mij is dat niet problematisch, omdat het onvermijdelijk is dat bij twee rechtsfiguren met een subjectief aanvangsmoment voor een termijn soortgelijke toepassingsvereisten gelden. In dit aspect van de bepaling van het aanvangsmoment van de klachttermijn en de korte verjaringstermijn schuilt niet zozeer het onderscheidende element van verjaring ten opzichte van rechtsverwerking, al was het maar omdat in dit aspect van de korte verjaringstermijn het billijkheidselement moet worden gezocht.

Het grotere belang van de onderzoeksplicht in het kader van de klachtplichten kan erin resulteren dat in de gegeven omstandigheden een schending van de klachtplicht wordt aangenomen, terwijl de verjaringstermijn nog geen aanvang neemt. In dat geval zou de wettelijke klachtplicht de korte verjaringstermijn de pas af kunnen snijden. De vraag of dat erg is, kan niet in algemene zin worden beantwoord. In de eerste plaats wil de vaststelling dat de klachttermijn is aangevangen nog niet zeggen dat die termijn ook geschonden is. Volgens de vaste rechtspraak van de Hoge Raad is de klachttermijn immers in beginsel niet geschonden zolang niet van concreet nadeel aan schuldenaarszijde is gebleken als gevolg van het talmen van de schuldeiser. Als dat concrete nadeel er daadwerkelijk zou zijn en van die mate is dat ten opzichte van de schuldenaar niet te rechtvaardigen is dat de schuldeiser vervolgens het betrokken recht nog geldend maakt, komt het niet onredelijk voor dat de klachtplicht wordt toegepast.

De conclusie op basis van de door mij bestudeerde gepubliceerde rechtspraak in feitelijke instanties luidt dat slechts in beperkte mate sprake is van gevallen waarin een beroep op de klachtplicht wordt gehonoreerd. Het gaat ongeveer om een tiental uitspraken per jaar. Om dat getal in perspectief te plaatsen: ieder jaar verschijnen meer dan honderd gepubliceerde uitspraken waarin een beroep op de klachtplicht wordt behandeld door de betreffende rechter(s). Op basis van deze cijfers kan voorzichtig worden geconcludeerd dat honorering van een beroep op de klachtplicht uitzondering lijkt en afwijzing de regel.

De rechtspraak waarin een beroep op de klachtplicht wordt gehonoreerd bestaat gedeeltelijk uit gevallen waarin een geobjectiveerd aanvangsmoment van de klachttermijn

128 Met uitzondering van art. 7:23 lid 1 BW voor de consumentenkoop, waar alleen een feitelijk weten volstaat voor aanvang van de klachttermijn en dus niet een behoren te weten, waarbij ik opmerk dat mijns inziens voor art. 6:89 BW in geval van een consument als schuldeiser in de regel evenmin een onderzoeksplicht gehanteerd zou mogen worden, hoewel de Hoge Raad deze mogelijkheid openhoudt. Zie ook Tjittes & Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW nr. A6b) 2020/35.

wordt bepaald. In het overgrote deel van die gevallen wordt de nadeeltoets in lijn met de jurisprudentie van de Hoge Raad uitgevoerd. Ik trof slechts een enkel geval waarin de motivering met betrekking tot het schuldenaarsnadeel dun is of zelfs geheel afwezig. In dit soort gevallen kan de klachtplicht de korte verjaringstermijn de pas afsnijden. Dat is onwenselijk.

Ik trof ook rechtspraak waarin op basis van subjectieve wetenschap een aanvangsmoment van de klachtplicht wordt bepaald en dat beroep vervolgens wordt gehonoreerd op basis van betrekkelijk algemene overwegingen over het door de schuldenaar geleden nadeel in termen van achteruitgang van de bewijspositie. Dit soort algemene, niet in concreto vastgestelde bewijsnadelen als gevolg van tijdsverloop zijn weinig onderscheidend ten opzichte van het verjaringsleerstuk, waarin een dergelijke achteruitgang in bewijspositie door de wetgever al is verdisconteerd en na ommekomst van een vaste termijn ook wordt gesanctioneerd. In lijn met het uitgangspunt voor rechtsverwerking zou ik dan ook menen dat binnen een lopende verjaringstermijn niet zo gemakkelijk een schending van de klachtplicht kan worden aangenomen. Daarvoor moeten bijzondere omstandigheden worden vastgesteld, zoals de Hoge Raad in *Van de Steeg/Rabobank* in feite ook vereist. Dat sluit ook aan bij het Obliegenheit-karakter van de klachtplicht: met deze Obliegenheit wordt beoogd concreet nadeel op te heffen dat als gevolg van het inconsistente schuldeisersgedrag is ontstaan (zie par. 2.4.2-2.4.3 hiervoor). Er moet dan ook sprake zijn van concreet schuldeisersnadeel dat toepassing van de klachtplicht rechtvaardigt.

Daarnaast werd duidelijk dat veel rechtspraak in feitelijke instanties waarin een klachtplichtberoep wordt gehonoreerd, gevallen met een scherp omljnd klaagmoment betreft. Dat wil zeggen dat sprake is van specifieke omstandigheden die meebrengen dat de schuldeiser op een bepaald moment had moeten klagen, omdat de schuldenaar na dat moment belangrijke verweer- en/of schadebeperkingsmogelijkheden worden ontzegd. Tijdsverloop speelt hier dus veel minder een rol. Het gaat in deze gevallen om het missen van een specifiek klaagmoment door de schuldeiser. Deze toepassing van de klachtplicht sluit goed aan bij het leerstuk rechtsverwerking en het Obliegenheit-karakter van beide leerstukken, waaruit voortvloeit dat op een concreet moment vanuit de consistentieplicht een gehoudenheid voor de schuldeiser ontstaat om te spreken (zie par. 2.4.4 hiervoor). Doet hij dat op dat moment niet en komt hij op een later moment met een claim, dan levert dat een schending van de consistentieplicht op. Ook in deze gevallen is mogelijk sprake van samenloop met de korte verjaringstermijn. Naar mijn mening is dat evenwel niet problematisch, omdat toepassing van de klachtplicht hier wordt gerechtvaardigd door andere omstandigheden dan tijdsverloop alleen, welk fenomeen het verjaringsrecht sanctioneert.

Deze rechtspraakanalyse overziend ontstaat een genuanceerd beeld. Het uitzonderingskarakter van de klachtplicht komt als eerste naar voren. Als tweede blijkt dat in veel gevallen waarin de klachtplicht wordt gehonoreerd sprake is van gevallen met een scherp omljnd klaagmoment, die zich van een verjaringsgeval onderscheiden doordat de schuldeiser een cruciaal moment miste waarin hij redelijkerwijs had moeten klagen. In die gevallen ontstaat geen onwenselijke samenloop met het verjaringsrecht. Die ontstaat mogelijk wel, ten derde, wanneer niet in concreto getoetste nadelen verbonden aan tijdsverloop de redelijkheid van de in acht genomen klachttermijn bepalen. Het risico op

onwenselijke samenloop is nog groter bij een subjectief aanvangsmoment gecombineerd met algemene, niet in concreto getoetste bewijsnadelen. Hier past voorzichtigheid, omdat anders de door de wetgever geïntroduceerde korte verjaringstermijnen de pas worden afgesneden door een naar zijn aard rechtsonzekere rechtsfiguur. Het grotere plaatje blijft echter dat het met die gevreesde vorm van samenloop wel meevalt.