



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).

Het toepassingsbereik van art. 6:89 (en art. 7:23 lid 1 BW)

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat het toepassingsbereik van art. 6:89 en 7:23 lid 1 BW centraal. Dat toepassingsbereik wordt geanalyseerd in het licht van de in hoofdstuk 2 en 3 opgedane inzichten over het rechtskarakter van rechtsverwerking en de wettelijke klachtplichten en de verhouding tussen deze rechtsfiguren en de korte verjaringstermijnen.

Art. 6:89 BW formuleert volgens de wettekst een klachtplicht voor 'de schuldeiser' ten aanzien van 'een gebrek in de prestatie'. De bepaling maakt deel uit van afdeling 9 van titel 1 van Boek 6 BW: de gevolgen van het niet-nakomen van een verbintenis. Art. 7:23 lid 1 BW is naar zijn aard specifiek. In de eerste plaats ziet deze klachtplicht alleen op koopovereenkomsten. Volgens de tekst van die bepaling rust bovendien slechts op 'de koper' een klachtplicht ten aanzien van de stelling dat 'hetgeen is afgeleverd niet aan de overeenkomst beantwoordt'. Beide klachtplichten zijn van toepassing 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.¹ De klachtplichten zijn daarentegen niet van toepassing in de situatie waarin in het geheel geen prestatie is verricht.² Ook geldt geen klachtplicht ten aanzien van het opstellen en toezenden van een factuur.³

Met name ten aanzien van de algemene klachtplicht ex art. 6:89 BW bestaan nog steeds de nodige onduidelijkheden aangaande het toepassingsbereik. Ten eerste lopen de meningen uiteen over de vraag of art. 6:89 BW van toepassing is op alle verbintenissen en, daarnaast, of art. 6:89 BW niet ook buiten het domein van de verbintenissen, bijvoorbeeld in de zuiver delictuele sfeer zonder samenloop met een contractuele vordering, een rol moet kunnen spelen. Deze vraag komt in par. 4.2 aan de orde. Ten tweede rijst de vraag of het uitmaakt op wat voor manier de schuldenaar tekortschiet. Volgens rechtspraak van de Hoge Raad geldt art. 6:89 BW niet bij een algeheel niet-presteren, maar hoe zit het bij gedeeltelijke niet-nakoming? Dit thema is ook relevant voor het toepassingsbereik

1 Zie met betrekking tot onrechtmatige daad HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, NJ 2020/7 (*Verkoopmakelaar*); 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*).

2 HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3531, NJ 2007/176 (*Brocacef/Simons*), r.o. 4.3.

3 HR 11 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1565, NJ 2001/410 (*Luttikhuis/Ridgefield c.s.*).

van art. 7:23 lid 1 BW. Ik behandel deze kwestie in par. 4.3. Tot slot bestaat verschil van inzicht over de vraag of bepaalde soorten prestaties buiten het toepassingsbereik van art. 6:89 BW vallen. Er bestaat, preciezer, discussie omtrent de prestatie tot voldoening van een geldsom, prestaties strekkende tot een niet-doen en voortdurende prestaties. Deze kwestie staat centraal in par. 4.4.

Al deze vragen zijn voor de praktijk van belang. Dat belang verdient op voorhand echter ook enige relativering. Het leerstuk van rechtsverwerking is in de regel namelijk van toepassing daar waar de klachtplichten dat niet zouden zijn. Met het leerstuk van rechtsverwerking kunnen in het gegeven geval gelijksoortige uitkomsten worden werkstelligd.

4.2 Is art. 6:89 BW van toepassing op alle verbintenissen?

4.2.1 De bewoordingen van art. 6:89 BW en het systeem van de wet

Voor wat betreft het toepassingsbereik van art. 6:89 BW biedt de tekst van de bepaling op het eerste oog niet direct richting. 'Prestatie' is een veelomvattend woord dat door het wetsartikel verder niet wordt ingekaderd. Met dat woord zou op het begrip prestatie als onderdeel van een verbintenis kunnen zijn bedoeld. Volgens de gebruikelijke definitie is een verbintenis immers 'een vermogensrechtelijke rechtsbetrekking tussen twee of meer personen, krachtens welke de een jegens de ander verplicht is tot een prestatie, waartoe de ander gerechtigd is'.⁴

Het woord 'prestatie' of 'presteren' zou dus kunnen duiden op het nakomen van een verplichting op grond van een verbintenis. Deze betekenis van het woord 'prestatie' zou ook kunnen worden afgeleid uit andere gedeelten van afdeling 6.1.9 BW, met name de verzuimregeling. De term 'prestatie' valt in afdeling 6.1.9 BW voor het eerst in die verzuimregeling, in art. 6:81 BW om precies te zijn. Dat artikel koppelt het intreden van verzuim aan de tijd dat de prestatie uitblijft nadat zij opeisbaar is geworden. Volgens de Toelichting Meijers gaat het bij verzuim om een vertraging in de nakoming of een herstelbaar ondeugdelijke nakoming van een verbintenis.⁵ De verzuimregeling sluit in de daaropvolgende wetsartikelen telkens aan bij de woorden 'nakoming van een verbintenis' zoals die onder andere in art. 6:74 BW zijn terug te vinden. Te wijzen valt op art. 6:82-6:88 BW, waar, anders dan in art. 6:81 BW, steeds over 'nakoming' en 'nakoming van een verbintenis' wordt gesproken.

Het woord 'prestatie' valt na art. 6:81 BW pas voor het eerst weer in art. 6:89 BW. Daarna komt het nog een enkele keer voor. Art. 6:90 BW ziet specifiek op de prestatie strekkende tot aflevering van een zaak. Deze bepaling gaat dus uit van een beperktere opvatting van het begrip 'prestatie'. Dit terwijl art. 6:91 BW, met betrekking tot het boetebeding, onder 'prestatie' ook de verplichting tot voldoening van een geldsom of 'een andere prestatie' schaaft. Art. 6:91 BW gaat dus weer uit van een ruime definitie van het begrip prestatie, waar art. 6:89 BW dat begrip überhaupt niet nader duidt.

Deze analyse van de bewoordingen van de diverse wetsartikelen uit afdeling 6.1.9 BW laat zien dat het begrip 'prestatie' een algemene verbintenisrechtelijke connotatie kan

4 Asser/Sieburgh 6-I 2020/6; Eggens 1950, p. 441; Smits 2003, p. 6.

5 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6*, 1981, p. 282.

worden toegedicht. Tegelijk is het beeld enigszins troebel door een weinig consistent gebruik van het begrip 'prestatie' in de verschillende wetsartikelen van afdeling 6.1.9 BW.

Volgt er nog iets uit het systeem van de wet? Art. 6:89 BW maakt als gezegd onderdeel uit van titel 1 van boek 6, genaamd 'Verbintenissen in het algemeen', en meer in het bijzonder van afdeling 9 daarvan, getiteld 'De gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis'. Art. 6:89 BW is opgenomen in par. 3 van afdeling 9. De paragraaf heeft als titel 'Verdere gevolgen van niet-nakoming'. Het woordje 'verbintenis' komt daarin niet voor. De titel van de paragraaf leest, gelet op het woordje 'verdere' voorafgaand aan 'gevolgen', echter als een referentie aan de titel van de afdeling, waarin het woord 'verbintenis' wel voorkomt. De plaats van art. 6:89 BW wijst in dat opzicht in de richting van een ruim toepassingsbereik, dat zich uitstrekt tot alle verbintenissen.

4.2.2 *De wetsgeschiedenis bij art. 6:89 BW ziet vooral op de prestatie tot levering van een zaak*

Wat valt uit de wetsgeschiedenis bij art. 6:89 BW af te leiden voor wat betreft de consequenties die voortvloeien uit de plaats van deze klachtplicht in de wet en de algemene verbintenisrechtelijke connotatie van het begrip 'prestatie'?

In de Toelichting Meijers is bij de introductie van art. 6:89 BW vooral gedacht aan een klachtplicht bij de prestatie strekkende tot levering van een zaak:

"Dit art. berust op de gedachte dat een schuldenaar er op moet kunnen rekenen, dat de schuldeiser met bekwaame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt en dat deze, indien dit niet het geval blijkt te zijn, zulks, eveneens met spoed, aan de schuldenaar mededeelt. (...) Door het onderzoek, onderscheidenlijk de mededeling aan de schuldenaar, achterwege te laten, beneemt de schuldeiser zich het recht om over de gebreken van de prestatie te klagen. In het thans geldende wetboek is dit beginsel alleen voor de verborgen gebreken bij specieskoop uitgesproken (art. 1547 B.W.) De rechtspraak past het ook toe op de levering van soortzaken, hetzij door aan te nemen dat de schuldeiser stilzwijgend zijn reclamerecht heeft prijsgegeven, hetzij door een beroep op de regel dat overeenkomsten te goeder trouw moeten worden uitgevoerd."⁶

Door de referentie aan de oude verborgengebrekenregeling bij specieskoop en de oude rechtspraak over soortzaken wordt gesuggereerd dat met 'prestatie' vooral de levering van een zaak wordt bedoeld. De commissie stelt in reactie daarop dat de strekking van de bepaling kennelijk deze is, dat een schuldeiser die na de aflevering niet tijdig reclameert, zich niet meer op een gebrek in de prestatie kan beroepen. De commissie suggereert vervolgens om deze strekking expliciet in de redactie van de bepaling op te nemen:

"De strekking van dit art. is kennelijk deze, dat een schuldeiser die *na de aflevering* niet tijdig reclameert, zich niet meer op een gebrek in de prestatie kan beroepen. De Commissie acht het gewenst de cursief gedrukte woorden in de redactie van het art. op te nemen, althans anderszins te doen blijken dat het hier gaat om de situatie na de aflevering."⁷

⁶ TM, *Parl. Gesch BW Boek 6*, 1981, p. 316.

⁷ VV II, *Parl. Gesch. BW Boek 6*, 1981, p. 317.

Aan de suggestie van de commissie is geen opvolging gegeven. De minister stelde in reactie op deze suggestie dat art. 6:89 BW *niet alleen* ziet op de situatie *na de aflevering*. Hij gaf als voorbeeld de situatie waarin de schuldeiser in de gelegenheid wordt gesteld de verschuldigde zaak vóór de aflevering te inspecteren:

“Anders dan de Commissie meent de ondergetekende dat dit art. niet alleen ziet op de situatie na de aflevering. Men denke aan het geval dat – zoals in de praktijk geen uitzondering is – de schuldeiser in de gelegenheid wordt gesteld de verschuldigde zaak vóór de aflevering te inspecteren. De schuldeiser zal dan in de regel ter zake van de door hem bij deze inspectie ontdekte gebreken terstond hebben te protesteren.”⁸

Ook hier wordt dus weer het voorbeeld van aflevering van een zaak genoemd.

Wat is de betekenis van deze suggesties? Er wordt vooral over de levering van zaken gesproken. De wetsgeschiedenis laat dus weinig licht schijnen over het toepassingsbereik van art. 6:89 BW. In de literatuur is aan de hiervoor weergegeven opmerkingen van de wetgever de conclusie verbonden dat vooral is beoogd een klachtplicht te introduceren voor stoffelijke prestaties en, gelet op de aandacht van de wetgever voor de verplichting van de ontvanger van de prestatie tot inspectie van de zaak, voor situaties waarin een scherp moment bestaat waarop moet worden geklaagd.⁹ In deze lijn heeft A-G Wissink betoogd dat behoefte bestaat aan nadere afbakening en behoedzaamheid in de toepassing van art. 6:89 BW:

“Hierbij kan het gaan om verbintenissen die verplichten tot prestaties die mogelijk niet of nauwelijks verband houden met debiteursbelangen die typisch met het bestaan van een onderzoeks- en klachtplicht worden geassocieerd. Uit de parlementaire geschiedenis van art. 6:89 BW blijkt niet dat men zich destijds van dit probleem bewust is geweest; bij deze behandeling is uitsluitend gewerkt met voorbeelden die zich bevinden in de sfeer van de aflevering van zaken. Juist vanwege de in beginsel onbepaalde reikwijdte van art. 6:89 BW bestaat bij deze bepaling m.i. behoefte aan nadere afbakening en behoedzaamheid in de toepassing ervan.”¹⁰

De summiere wetsgeschiedenis werpt een schaduw op de zeggingskracht van de wetssystematiek in dit verband, waar op zichzelf uit af te leiden is dat art. 6:89 BW van toepassing is op alle verbintenissen. Het lijkt erop dat de wetgever destijds de brede reikwijdte van art. 6:89 BW, die uit het systeem van de wet in verbinding met de bewoordingen van art. 6:89 BW kan worden afgeleid, niet heeft doordacht en allicht zelfs niet heeft beoogd, al was het maar omdat de door de wetgever aangehaalde voorbeelden uitsluitend zien op levering van (roerende) zaken.

4.2.3 De rechtspraak van de Hoge Raad bevat slechts een enkele zin

Wat zegt de jurisprudentie van de Hoge Raad? In *Van de Steeg/Rabobank* overweegt de Hoge Raad dat art. 6:89 BW van toepassing is op ‘alle verbintenissen’:

8 MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6*, 1981, p. 317.

9 Smeehuijzen 2014, p. 18.

10 Conclusie A-G Wissink bij HR 2 september 2011, NJ 2012/75, ECLI:NL:PHR:2011:BQ3876 (*Dierenarts-praktijk/Fuchs c.s.*), par. 2.50.5.

“Art. 6:89 BW is van toepassing op alle verbintenissen, waaronder ook die uit beleggingsadviesrelaties (...).”¹¹

Met deze korte zin luidt de Hoge Raad een college over de toepassing van art. 6:89 BW in. De Hoge Raad poneert deze rechtsregel ongeclausuleerd. Cassatietechnisch betreft het een overweging ten overvloede, omdat de vraag of art. 6:89 BW in de voorliggende casus überhaupt van toepassing is geen onderwerp vormt van de cassatieklachten van Van de Steeg. Het is de eerste keer dat de Hoge Raad zich uitlaat over het toepassingsbereik van art. 6:89 BW, terwijl hij in latere rechtspraak geen verdere aanwijzing over zijn bedoelingen op dit punt in *Van de Steeg/Rabobank* heeft gegeven.

De zin is multi-interpretabel. Hij kan zo worden begrepen dat de Hoge Raad bedoelt dat art. 6:89 BW van toepassing is op alle soorten verbintenissen, ook op verbintenissen die voortvloeien uit beleggingsadviesrelaties waar het in de voorliggende zaak om ging, om in de vervolgoverwegingen duidelijk te maken dat de door hem geslagen piketpalen over de toepassing van art. 7:23 lid 1 BW ook voor art. 6:89 BW gelden.

De zin kan echter ook meer algemeen worden begrepen, namelijk simpelweg dat art. 6:89 BW van toepassing is op ‘alle verbintenissen’. Aangezien het slechts een enkele zin betreft en de Hoge Raad later nooit meer op deze kwestie is teruggekomen, kan bezwaarlijk doorslaggevende betekenis aan *Van de Steeg/Rabobank* worden verbonden voor het toepassingsbereik van art. 6:89 BW.¹²

4.2.4 Kan het Obliegenheit-karakter van de klachtplicht richting geven?

Kan het Obliegenheit-karakter van de klachtplicht richting geven voor de vraag naar het toepassingsbereik van art. 6:89 BW? De vraag is in dit verband meer precies of de klachtplicht, gezien vanuit zijn Obliegenheit-karakter, iets te bieden kan hebben bij alle soorten van verbintenissen.

Zoals eerder aangegeven, kan de klachtplicht als een consistentieplicht worden gezien (zie par. 2.4.1-2.4.4). In het kader van de klachtplicht gaat het erom de schuldenaar te beschermen tegen late en moeilijk betwistbare klachten. Wat zijn nu situaties waarin de schuldenaar aanspraak moet kunnen maken op deze bescherming? De klachtplicht wordt van oudsher, getuige ook de wetsgeschiedenis bij art. 6:89 BW zoals hiervoor geschetst, vooral in verband gebracht met contractueel overeengekomen prestaties strekkende tot levering van een zaak. Na levering van die prestatie kan de schuldenaar in onzekerheid verkeren over de vraag of de nakoming van zijn verplichting voldoet aan het overeengekomene. Doordat hij zijn prestatie uit handen heeft gegeven, kan hij dat zelf minder goed beoordelen. Bovendien kan hij, wanneer hij niet spoedig op de hoogte raakt van een mogelijk gebrek, dat gebrek niet goed meer herstellen en zo eventuele schade voorkomen of beperken. Er is in dit soort gevallen een specifiek moment waarop

11 Zie HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*), r.o. 4.2.1.

12 Door A-G Wesseling-van Gent en A-G Wissink wordt aan deze overweging van de Hoge Raad wel de gevolgtrekking verbonden dat art. 6:89 BW van toepassing is op alle verbintenissen, zie conclusie A-G Wesseling-van Gent vóór HR 8 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:336, par. 4.12 en conclusie A-G Wissink 5 april 2024, ECLI:NL:PHR:2024:381 en conclusie A-G Wissink 19 april 2024, ECLI:NL:PHR:2024:436, beide par. 2.6, waarbij Wissink ook aandacht besteedt aan de plaats van art. 6:89 BW in het burgerlijk wetboek.

van de schuldeiser kan worden verwacht dat hij de ontvangen prestatie op deugdelijkheid onderzoekt en zich daar zo nodig over uitsprekt: binnen bekwame tijd na ontvangst van de prestatie. Doet hij dat niet, dan schendt hij zijn consistentieplicht wanneer hij later alsnog een punt maakt van het betreffende gebrek en de schuldenaar zich als gevolg van het uitblijven van een eerdere klacht niet adequaat meer kan verweren.

4.2.5 De aan art. 6:89 BW ten grondslag liggende consistentieplicht is van nut bij andere typen verplichtingen dan het archetype waarmee de klachtplicht van oudsher wordt geassocieerd: over pekingeenden en landjepik

De aan art. 6:89 BW ten grondslag liggende consistentieplicht kan ook bij andere verplichtingen dan het archetype waarmee de klachtplicht van oudsher wordt geassocieerd van nut zijn.¹³ Hierna geef ik twee voorbeelden van andersoortige verplichtingen waaruit blijkt dat het zin heeft om daar de klachtplicht bij toe te passen.

Ten eerste is het Pekingendeenden-arrest van belang.¹⁴ Zoals in de inleiding van dit boek reeds aangegeven, werd in die casus door het hof aangenomen dat de verkoper had verzuimd om op tijd te klagen over door de koper toegepaste kortingen op de koop prijs. Het gaat in deze casus dus niet om een klachtplicht voor de koper met het oog op de conformiteit van de door de verkoper geleverde goederen, maar om een klachtplicht voor de verkoper met betrekking tot de gebrekkige nakoming van de verplichting tot betaling van de koop prijs door de koper. De door de koper toegepaste kortingen waren direct gerelateerd aan de kwaliteit van de door de verkoper geleverde eenden. De kwaliteit van deze eenden was vrij snel na levering niet meer te verifiëren, aangezien de eenden werden geslacht. Dat zadelde de koper, die op grond van het contract kortingen op de koop prijs mocht toepassen, op met een bewijsprobleem.

Deze klassieke casus demonstreert dat bewijsproblemen die normaal gesproken met de klachtplicht worden geassocieerd, niet alleen spelen bij de verplichting tot levering van een zaak. Dergelijke bewijsproblemen kunnen net zo goed spelen bij de verplichting tot betaling van de daartegenover staande koop prijs. Er rust derhalve in dit geval een consistentieplicht op de verkoper met de strekking dat hij tijdig na kennisneming van de door de koper toegepaste kortingen bezwaren daartegen naar voren moet brengen. Doet hij dat niet, dan kan hij van deze toegepaste kortingen op een later moment niet alsnog een punt maken. Het hof vond dan ook dat de vordering van de verkoper tot betaling van de volledige koop prijs was verwerkt.

Het oordeel van het hof in de pekingeendencasus past goed bij de Obliegenheit-gedachte die achter art. 6:89 BW schuilgaat: de koper wordt in dit geval als gevolg van het feit dat de pekingeenden vrij snel na ontvangst daarvan tenietgaan, geconfronteerd met een substantieel bewijsnadeel. Gelet op dat feit kan van de verkoper worden verwacht dat hij zich spoedig na kennisneming van de kortingen uitsprekt, omdat hij anders in strijd handelt met de op hem rustende consistentieplicht wanneer hij desondanks op een later moment een punt van de kortingen maakt.

¹³ Zie eerder anders Boom 2021 en Tjittes & Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW nr. A6b) 2020/30.

¹⁴ HR 5 april 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB6996, NJ 1968/251 (*Pekingendeenden*). Het betreft een arrest over het leerstuk rechtsverwerking. Het gaat mij op deze plaats echter om het mechanisme uit het arrest, dat parallellen vertoont met de klachtplicht.

Ik noem nog een ander voorbeeld. Sinds het arrest *Gemeente Heusden* van de Hoge Raad uit 2017 is duidelijk dat op het moment van eigendomsverlies door verkrijgende verjaring van een stuk grond, twintig jaar na inbezitneming daarvan door de verkrijger, een vordering op grond van onrechtmatige daad ontstaat aan de zijde van de voormalig eigenaar.¹⁵ Deze vordering biedt de voormalig eigenaar de mogelijkheid om bij wijze van schadevergoeding in natura de verloren grond terug te vorderen. De voormalig eigenaar moet het stuk grond teruggeleverd krijgen in de staat waarin hij het kwijtraakte. Uit de onrechtmatige daad van de verkrijger ontstaat hier dus een verbintenis, strekkende tot levering van een strook grond in een bepaalde staat aan de voormalig eigenaar. De vraag naar de precieze staat waarin die grond moet worden teruggeleverd kan twintig jaar na inbezitneming door de verkrijger voor de nodige hoofdbrekens zorgen: het is goed denkbaar dat na zo'n lange tijd niet duidelijk is hoe het stuk grond er op het moment van inbezitneming door de verkrijger precies bij lag. De verkrijger kan er dan belang bij hebben dat hij snel na levering hoort of hij de schadevergoedingsverbintenis correct is nagekomen. Ook bij verbintenissen uit hoofde van onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking kunnen onduidelijkheden bestaan over de vraag of de daaruit voortvloeiende verbintenis correct wordt nagekomen wanneer de verbintenis zou strekken tot een prestatie om iets in natura te geven of iets te doen. Voor dit type verbintenissen zou op grond van het Obliegenheit-karakter van de klachtplicht reden bestaan om aan te nemen dat ook in dit verband een klachtplicht kan gelden.

Beide voorbeelden laten zien dat het Obliegenheit-karakter van de klachtplicht meebrengt dat toepassing daarvan ook past bij andere verplichtingen dan het archetype verplichtingen waarbij een klachtplicht van oudsher van belang wordt geacht. In het Pekingenden-arrest ging het om de prestatie tot voldoening van een geldsom. In het arrest *Gemeente Heusden* ging het om een verplichting tot schadevergoeding in natura die voortvloeit uit een onrechtmatige daad. Verbintenissen tot betaling van een geldsom kunnen een zeer diverse herkomst en context hebben. Dat geldt ook voor schadevergoedingsverbintenissen. Het zijn dus niet zomaar twee voorbeelden: zij staan voor iets groters en dat is dat het idee van een consistentieplicht in de vorm van een klachtplicht breed inzetbaar is. Ik kom er dan ook op uit dat er aanleiding is om aan te nemen dat art. 6:89 BW op grond van zijn rechtskarakter geacht kan worden van toepassing te zijn op alle verbintenissen.

Enerzijds brengt het Obliegenheit-karakter van art. 6:89 BW mee dat deze klachtplicht bij een breed scala aan verbintenissen een nuttige functie kan vervullen. Anderzijds brengt dit rechtskarakter mee dat een beroep op schending van de klachtplicht niet snel kan worden gehonoreerd. Een beroep op art. 6:89 BW kan alleen slagen in situaties waarin de schuldenaar daadwerkelijk beschermd moet worden tegen late en moeilijk betwistbare klachten. Art. 6:89 BW wordt gekenmerkt door een strenge sanctie: rechtsverval. Het proportionele karakter van deze figuur van de Obliegenheit (zie par. 2.4.2-2.4.4 hiervoor) brengt met zich dat zij alleen voor toepassing in aanmerking komt wanneer het nadeel, dat de schuldenaar als gevolg van een ontijdige klacht van schuldeiserszijde lijdt, zodanig is dat toepassing van een strenge sanctie als rechtsverval gerechtvaardigd is. Die gedachte sluit goed aan bij de rechtspraak van de Hoge Raad over de materiële toepassingsvereisten van art. 6:89 BW. Als de belangen van de schuldenaar door het moment van klagen niet

15 HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:309, NJ 2018/141 (*Gemeente Heusden*).

zijn geschaad, zal er niet spoedig voldoende reden zijn om de koper een gebrek aan voortvarendheid te verwijten. De factor nadeel komt groot gewicht toe. Enkel en fors tijdsverloop is niet doorslaggevend. De rechter moet 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.¹⁶

Toepassing van de klachtplicht heeft dus een uitzonderingskarakter. Vaak zal duidelijk zijn wat de prestatie inhoudt en of conform is gepresteerd. Vaak zal de schuldenaar ook zelf goed kunnen nagaan of hij conform heeft gepresteerd. In die gevallen zal niet snel schending van de klachtplicht aangenomen kunnen worden. Wat ik maar wil zeggen, is dat het in deze paragraaf gesuggereerde ruime toepassingsbereik van art. 6:89 BW niet zou moeten leiden tot het honoreren van allerhande klachtplichtverweren van schuldenaren in situaties die naar hun aard niet met zich brengen dat de schuldenaar moet worden beschermd. Het zal een rechter in dergelijke situaties ook niet veel moeite, in termen van motivering, moeten kosten om een klachtplichtverweer naast zich neer te leggen.

4.2.6 ***Heeft de klachtplicht van art. 6:89 BW, gelet op zijn Obliegenheit-karakter, ook iets te bieden bij andere verplichtingen dan verbintenissen, zoals rechtsplichten?***

Hiervoor is op grond van het Obliegenheit-karakter geconcludeerd dat art. 6:89 BW iets te bieden kan hebben bij alle soorten van verbintenissen en het dus wenselijk is om het toepassingsbereik niet te beperken tot bepaalde soorten verbintenissen. Het perspectief van de klachtplicht als consistentieplicht roept evenwel de vraag op of het toepassingsbereik van de klachtplicht hiertoe beperkt moet blijven.

De Hoge Raad huldigt in elk geval de opvatting dat de klachtplichten van art. 6:89 en 7:23 lid 1 BW niet van toepassing zijn op een vordering uit onrechtmatige daad, zolang deze vordering niet is gegrond op feiten die tevens de stelling zouden rechtvaardigen dat de prestatie niet aan een verbintenis beantwoordt, aldus de Hoge Raad in 2018:

“De klachtplicht van art. 6:89 BW heeft, evenals die van art. 7:23 lid 1 BW bij een koopovereenkomst, betrekking op gebrekkige prestaties, dat wil zeggen prestaties van een schuldenaar (bij art. 7:23 BW: prestaties van een verkoper) die niet aan de verbintenis beantwoorden. De klachtplicht ziet derhalve niet op een vordering uit onrechtmatige daad. Dat laatste is slechts anders indien de vordering uit onrechtmatige daad is gericht tegen de schuldenaar (bij art. 7:23 BW: is gericht tegen de verkoper) en is gegrond op feiten die tevens de stelling zouden rechtvaardigen dat de prestatie niet aan de verbintenis beantwoordt (bij art. 7:23 BW: niet aan de koopovereenkomst beantwoordt) (...).”¹⁷ [onderstreping HB]

Volgens de Hoge Raad is art. 6:89 BW dus niet van toepassing op een vordering die is gegrond op de schending van een rechtsplicht niet zijnde een verbintenis zoals, in dit geval, een onrechtmatige daad. Het betrof hier een vordering van de koper jegens de makelaar van de verkoper wegens een onjuiste berekening van het aantal vierkante meters van de door de koper gekochte woning. Volgens de koper had de makelaar een zorgplicht jegens

16 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. 4.2.6, r.o. 4.3.4.

17 HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, NJ 2020/7 (*Verkoopmakelaar*), r.o. 3.6.

hem met betrekking tot de in de verkoopbrochure opgegeven woonoppervlakte van de woning. De koper verwijt hier de makelaar dus de schending van een zuiver delictuele zorgplicht, die niet alternatief gegrond kan worden op een contractuele zorgplicht. In dat geval speelt de klachtplicht geen rol. Let wel: als art. 6:89 BW, zoals hiervoor in par. 4.2.4-4.2.5 gesuggereerd, van toepassing is op alle verbintenissen, is deze bepaling dus wel van toepassing zodra de onrechtmatige daad heeft geresulteerd in een concrete schadevergoedingsverbintenis, die de laedens verplicht tot vergoeding van de schade van de gelaedeerde.¹⁸

Heeft de klachtplicht, gelet op zijn Obliegenheit-karakter, niets te bieden in het buitencontractuele domein? Kunnen zich in het delictuele domein of bij andere bronnen van verbintenissen, zoals zaakwaarneming of onverschuldigde betaling, niet ook klachtplichtsituaties voordoen? Ook de laedens kan er belang bij hebben om spoedig te vernemen of de gelaedeerde voornemens is hem uit onrechtmatige daad aan te spreken, omdat hij snel na de schending van de betreffende rechtsplicht, waarbij net zo goed een scherp klaagmoment kan bestaan, niet meer in staat zal zijn zich adequaat te verweren of aan herstel van de ingetreden schade te doen. Dat geldt net zo goed voor de makelaar in het voorbeeld dat hierboven is besproken. Ik zie in dat opzicht geen relevant verschil tussen de situatie waarin de makelaar door de verkoper zelf wordt aangesproken, met wie hij een contractuele verhouding heeft, of door de koper wordt aangesproken, met wie hij geen contractuele verhouding heeft. In het kader van onverschuldigde betaling kan worden gewezen op het hiervoor in par. 3.3.2 besproken arrest *Zilveren Kruis*, waarbij het hof art. 6:89 BW niet toepasselijk achtte, maar de in dat kader door *Zilveren Kruis* naar voren gebrachte argumenten op basis van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid alsnog beoordeelde. Kennelijk gaat daarachter de gedachte schuil dat het hof wel vond dat de schuldenaar in dit geval bescherming verdiende.¹⁹

Wat rechtvaardigt in algemene zin dat geen klachtplicht zou gelden bij de schending van, bijvoorbeeld, een rechtsplicht, terwijl wel een klachtplicht geldt bij verbintenisrechtelijke verplichtingen, die nota bene kunnen voortvloeien uit de schending van een rechtsplicht?

Een echt bevredigend antwoord op deze vraag lijkt niet te geven. De verklaring zou gezocht kunnen worden in het feit dat in geval van de schending van een rechtsplicht niet noodzakelijk een reeds bestaande rechtsverhouding tussen partijen hoeft te bestaan. Dat verschil kan echter niet zonder meer overtuigend verklaren waarom bij de ene plicht wel en de andere plicht geen klachtplicht geldt. De klachtplicht komt immers meestal pas in het spel na de schending van, bijvoorbeeld, een rechtsplicht, in welke situatie intussen een rechtsverhouding tussen partijen is ontstaan. Een andere verklaring kan gezocht worden in het feit dat de klachtplicht aangrijpt op een gebrekkige 'prestatie' en een onrechtmatige daad geen prestatie zou zijn.²⁰ Ook die suggestie gaat echter niet helemaal op. Met name wanneer het aankomt op schending van zorgplichten kan het verschil tussen een delictuele en een contractuele zorgplicht flinterdun zijn. Zowel een contractuele als een delictuele zorgplicht kan erin bestaan dat bepaalde feitelijke prestaties moeten worden

18 Het kan zowel schadevergoedingsverbintenissen in natura betreffen, waarvan ik hiervoor al een voorbeeld noemde, als verbintenissen tot betaling van een geldsom. Over het toepassingsbereik van de klachtplicht bij verbintenissen strekkende tot betaling van een geldsom kom ik nader te spreken in par. 4.4 hierna.

19 HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1902 (*Zilveren Kruis/Medisch Centrum Rhijnauwen*).

20 Zie in die zin *Smeehuijzen* 2013, p. 15.

verricht, bijvoorbeeld het 'nakomen' van bepaalde informatieplichten. De stelling dat een onrechtmatige daad nooit een 'prestatie' veronderstelt acht ik dus niet zonder meer een sluitende verklaring voor een beperking van het toepassingsbereik van art. 6:89 BW ten aanzien van een zuivere onrechtmatige daad. In dit verband is opmerkelijk dat de Hoge Raad in *Van de Steeg/Rabobank* art. 6:89 BW van toepassing verklaart op de contractuele zorgplicht van de bank als opdrachtnemer. In het hiervoor geciteerde arrest uit 2018 houdt de Hoge Raad de delictuele zorgplicht van de verkoopmakelaar jegens de koper evenwel buiten het bereik van art. 6:89 BW.

4.2.7 *Art. 6:89 BW is van toepassing op alle verbintenissen en niet op andere verplichtingen vanwege het belang van een eenvoudig te bepalen toepassingsbereik*

Ondanks de hiervoor geuite kritische gedachten kom ik erop uit dat de meest wenselijke benadering is dat art. 6:89 BW 'beperkt' blijft tot verplichtingen uit hoofde van een verbintenis. Art. 6:89 BW maakt onderdeel uit van afdeling 6.1.9 BW, welke afdeling zich beperkt tot verbintenissen. Ondanks het feit dat de wetgever de consequenties van de bewoording van art. 6:89 BW in verbinding met de plaats van deze klachtplicht in de wet niet lijkt te hebben doordacht en voor wat betreft het begrip 'prestaties' vooral de 'prestatie tot aflevering van een zaak' heeft genoemd, komt het systeem van de wet de nodige zeggingskracht toe.

In dit verband is doorslaggevend dat de vraag naar het toepassingsbereik van art. 6:89 BW zo eenvoudig mogelijk moet worden gehouden. Die benadering is vanuit het belang van rechtszekerheid²¹ te verkiezen boven de situatie waarin ervoor gekozen zou worden om gevalstypen te benoemen waarbij toepassing van de klachtplicht in beginsel wel of niet geïndiceerd is.²² Wanneer een dergelijke keuze voor het toepassingsbereik van art. 6:89 BW zou worden gemaakt, ligt de noodzaak tot nuancering en categorisering in de rede. In het domein van de onrechtmatige daad kan bijvoorbeeld sprake zijn van rechtsinbreuken of schending van zorgvuldigheidsnormen ten aanzien waarvan de vraag rijst of die situatie past bij de tekstuele beperking van art. 6:89 BW tot 'prestaties'. Hiervoor in par. 4.2.6 stipte ik aan dat met name in het geval van zorgplichten de verplichtingen van de laedens dicht bij die van een contractuele schuldenaar kunnen liggen, zodat feitelijk sprake kan zijn van een prestatie en de klachtplicht bovendien vanuit zijn Obliegenheit-karakter ook een nuttige functie kan vervullen. Dat zal echter niet steeds het geval zijn. Anders gezegd: een dergelijke benadering zou bij de behandeling van een klachtplichtverweer ingewikkelde voorvragen kunnen oproepen, die een rechter een stuk meer hoofdbrekens opleveren dan een eenvoudig toepassingsbereik gecombineerd met strenge toepassingsvereisten. Laatstgenoemde benadering is daarom te verkiezen. Daarbij speelt mee dat voor gevallen die buiten de grenzen van het toepassingsbereik van art. 6:89 BW vallen, het leerstuk rechtsverwerking van toepassing is. Met het leerstuk rechtsverwerking kunnen in de praktijk dezelfde resultaten worden bereikt, zodat de schuldenaar in knellende gevallen langs die weg kan worden beschermd. De schuldenaar wordt in die situaties in de regel bovendien door de korte verjaringstermijn beschermd.

21 Voor een korte duiding van het begrip rechtszekerheid in dit boek verwijs ik naar par. 1.2.

22 Valk lijkt deze route voor te staan in Valk 2014.

Om die reden zou een nog breder of smaller toepassingsbereik van art. 6:89 BW maar beperkte materiële voordelen opleveren, terwijl een dergelijke keuze mee zou brengen dat het toepassingsbereik van art. 6:89 BW een stuk ingewikkelder en daarmee minder rechtszeker wordt.

4.2.8 Conclusie: art. 6:89 BW is van toepassing op alle verbintenissen

Is art. 6:89 BW van toepassing op alle verbintenissen? De plaats van art. 6:89 BW, in afdeling 6.1.9 BW en de algemene verbintenisrechtelijke connotatie van het begrip 'prestatie' in art. 6:89 BW suggereren van wel. De wetgever geeft er echter geen blijk van dit brede toepassingsbereik te hebben doordacht. Integendeel: de wetgever heeft vooral aan prestaties trekkende tot aflevering van een zaak gedacht. De Hoge Raad heeft in *Van de Steeg/Rabobank* overwogen dat art. 6:89 BW inderdaad van toepassing is op alle verbintenissen. De zin waarin de Hoge Raad die gedachte uit, is echter multi-interpretabel, terwijl de Hoge Raad nooit meer op de kwestie is teruggekomen.

Kan het Obliegenheit-karakter van art. 6:89 BW richting geven? De aan art. 6:89 BW ten grondslag liggende consistentieplicht komt in het spel bij late en moeilijk betwistbare klachten. De bewijsproblemen waar de klachtplicht typisch mee wordt geassocieerd, doen zich niet alleen voor bij de prestatie strekkende tot levering van een goed, maar bestaan ook bij andersoortige verplichtingen, zoals de verbintenis tot betaling van een geldsom. Het klassieke Pekingenden-arrest vormt daarvan een sprekend voorbeeld: in deze casus werd in feite een klachtplicht aan de zijde van de verkoper aangenomen ten aanzien van door de koper toegepaste kortingen op de koopprijs. Ook bij verbintenissen uit een andere bron dan een overeenkomst kunnen dergelijke bewijsproblemen voorkomen, zoals de verbintenis tot schadevergoeding in natura uit hoofde van onrechtmatige daad.

Ik kom dan ook tot de conclusie dat het toepassingsbereik van art. 6:89 BW geacht kan worden zich daadwerkelijk uit te strekken tot alle verbintenissen. Dat betekent dat art. 6:89 BW niet alleen van toepassing is bij de gebrekkige nakoming van 'alle verbintenissen' uit overeenkomst, waaronder dus ook de 'wederprestatie' strekkende tot betaling van de prijs voor een goed of dienst, maar ook bij schadevergoedingsverbintenissen op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW), verbintenissen uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW), zaakwaarneming (art. 6:199-200 BW), onverschuldigde betaling (art. 6:203 BW), bij ongedaanmakingsverbintenissen na ontbinding (art. 6:271 BW), en verbintenissen uit hoofde van een rechterlijke veroordeling tot betaling van een dwangsom of proceskosten. Dergelijke verbintenissen zullen in de regel strekken tot betaling van een geldsom. Over de rol van art. 6:89 BW bij prestaties strekkende tot betaling van een geldsom kom ik nog nader te spreken in par. 4.4 hierna.

Enerzijds brengt het Obliegenheit-karakter van art. 6:89 BW mee dat deze klachtplicht bij een breed scala aan verbintenissen een nuttige functie kan vervullen. Anderzijds brengt dit rechtskarakter mee dat een beroep op schending van de klachtplicht niet te snel kan worden gehonoreerd. Dat karakter brengt immers mee dat een beroep op art. 6:89 BW alleen kan slagen in situaties waarin de schuldenaar beschermd moet worden tegen late en moeilijk betwistbare klachten. Het ruime toepassingsbereik van art. 6:89 BW zou dus niet moeten leiden tot het honoreren van allerhande klachtplichtverweren van schuldenaren in situaties die naar hun aard niet met zich brengen dat de schuldenaar moet worden beschermd.

Een vraag die dan nog rest, is of er aanleiding is om zelfs nog een ruimer toepassingsbereik te veronderstellen, ondanks de plaats van art. 6:89 BW in de wet. Vanwege het Obliegenheit-karakter van art. 6:89 BW is daar het nodige voor te zeggen. Een bevredigend antwoord op de vraag waarom buiten het verbintenissenrechtelijke domein geen klachtplicht zou gelden, lijkt niet echt te geven. Ondanks deze kritische gedachten kom ik er toch op uit dat de meest wenselijke benadering is dat art. 6:89 BW ‘beperkt’ blijft tot verbintenissenrechtelijke verplichtingen. Art. 6:89 BW maakt nu eenmaal onderdeel uit van afdeling 6.1.9 BW. Bovendien is het wenselijk om de vraag naar het toepassingsbereik van art. 6:89 BW overzichtelijk te houden. Die benadering is vanuit het belang van rechtszekerheid te verkiezen boven de situatie waarin het toepassingsbereik van de klachtplicht genuanceerder en dus ook gecompliceerder zou liggen, bijvoorbeeld wanneer ervoor gekozen zou worden om gevalstypen te categoriseren waarbij toepassing van de klachtplicht in beginsel wel of niet geïndiceerd is.

4.3 De klachtplicht bij geheel en gedeeltelijk niet-presteren²³

4.3.1 Inleiding

In de algemene inleiding op dit hoofdstuk is genoemd dat de wettelijke klachtplichten volgens de Hoge Raad niet van toepassing zijn wanneer de schuldenaar in het geheel niet presteert. De Hoge Raad onderbouwt deze toepassingsregel in het arrest *Brocaceff/Simons* met de overweging dat de schuldenaar *die een prestatie heeft verricht*, moet worden beschermd.²⁴ De reden daarvan is dat hij erop moet kunnen rekenen dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt. Als dat niet zo is, moet hij dit met spoed aan de schuldenaar meedelen, aldus de Hoge Raad. Daarnaast wijst de Hoge Raad op de bewoordingen van art. 6:89 BW, welke bepaling spreekt van ‘een gebrek in de prestatie’.²⁵

In deze paragraaf bespreek ik twee vragen die over deze regel rijzen. Ten eerste is de Hoge Raad met de introductie van de *Brocaceff/Simons*-regel impliciet van oordeel dat de schuldenaar die nalaat te presteren, geen bescherming van de klachtplicht verdient. De Hoge Raad motiveert niet waarom dat zo zou zijn.

Ten tweede rijst de vraag of de regel uit het *Brocaceff/Simons*-arrest opgeld doet in gevallen van gedeeltelijke niet-nakoming. Een arrest van de Hoge Raad van 15 oktober 2021 en de daaraan voorafgaande conclusie van A-G Valk roepen deze vraag op.²⁶

Ik schets in par. 4.3.2 de twee arresten van de Hoge Raad over de *Brocaceff/Simons*-regel. Vervolgens stel ik in par. 4.3.3 de onderbouwing van de regel door de Hoge Raad ter discussie. In par. 4.3.4 bespreek ik de vraag in hoeverre de *Brocaceff/Simons*-regel opgeld doet in gevallen van gedeeltelijke niet-nakoming. Par. 4.3.5 besluit met een conclusie.

²³ Deze paragraaf is een bewerkte versie van een artikel van mijn hand in *MvV*, zie Boom 2022.

²⁴ HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3531, *NJ* 2007/176 (*Brocaceff/Simons*), r.o. 4.3; zie ook HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1536, *NJ* 2021/335 r.o. 3.3.

²⁵ HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3531, *NJ* 2007/176 (*Brocaceff/Simons*), r.o. 4.3; zie ook HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1536, *NJ* 2021/335 r.o. 3.3.

²⁶ Zie HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1536, *NJ* 2021/335.

4.3.2 Hoge Raad: geen klachtplicht als geen prestatie is verricht

De Hoge Raad huldigt al geruime tijd het uitgangspunt dat art. 6:89 BW niet van toepassing is in de situatie waarin niet wordt gepresteerd, ook al levert een dergelijk nalaten wel een tekortkoming op grond van art. 6:74 BW op en verjaren vorderingen gegrond op een dergelijke tekortkoming wel. De Hoge Raad introduceert deze regel in het arrest *Brocacef/Simons* van 23 maart 2007.²⁷ Aangenomen wordt dat de regel ook geldt voor art. 7:23 lid 1 BW.²⁸ Er was tot die tijd slechts vrij schaarse literatuur over deze vraag en slechts een enkele lager gerechtelijke uitspraak, die echter al wel in die richting wezen.²⁹ Ook na de komst van dit arrest is overigens weinig over de daarin geïntroduceerde toepassingsregel geschreven.³⁰

Het gaat in het arrest *Brocacef/Simons* om het volgende. Simons, zelfstandig apotheker, neemt sinds 1987 geneesmiddelen af van Brocacef. In 1994 onderhandelen zij over een nieuwe afnameovereenkomst. Daarover bereiken zij in december 1994 mondeling overeenstemming. In diezelfde maand worden enkele faxbrieven tussen partijen uitgewisseld, die de gemaakte afspraken (met enkele aanvullingen/wijzigingen vanuit Simons) bevatten. Partijen sluiten in aanvulling daarop een kredietovereenkomst, op basis waarvan Brocacef aan Simons een bedrag van f 250.000 leent.

Op 3 februari 1995 stuurt Brocacef Simons vervolgens een nieuw concept voor de afnameovereenkomst met enkele afwijkingen ten opzichte van de in december 1994 uitgewisselde faxbrieven. Brocacef geeft daarbij aan niet van de nieuwe aanvullingen te willen afwijken. Daarmee gaat Simons niet akkoord. Hij beëindigt de relatie per direct, op 16 maart 1995. Hij lost de lening niet af, terwijl aan de afnameovereenkomst nog geen uitvoering werd gegeven.

Brocacef eist begin 1997 terugbetaling van het geleende bedrag van Simons. Simons weigert dat en beroept zich op zijn beurt, voor het eerst, op een tekortkoming van Brocacef in de nakoming van de afnameovereenkomst. Brocacef start een procedure tegen Simons om het geleende geldbedrag terug te vorderen. Simons vordert in reconventie schadevergoeding op grond van wanprestatie van Brocacef. Brocacef voert een klachtplichtverweer (op grond van art. 6:89 BW) tegen Simons' reconventionele vordering.

Het hof overweegt dat het beroep van Brocacef op de klachtplicht niet opgaat. Volgens het hof is art. 6:89 BW slechts van toepassing in gevallen waarin een (gebrekkige) prestatie is geleverd en niet wanneer géén prestatie is verricht, ook al levert het achterwege blijven daarvan wanprestatie op.

In cassatie komt Brocacef onder meer tegen dat oordeel van het hof op. De Hoge Raad verwerpt de betreffende cassatieklacht. Hij overweegt dat art. 6:89 BW ertoe strekt de

27 HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3531, NJ 2007/176 (*Brocacef/Simons*), r.o. 4.3.

28 Zo valt a contrario af te leiden uit HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, NJ 2020/7 (*Verkoopmakelaar*), r.o. 3.6, waar de Hoge Raad overweegt dat art. 6:89 BW, evenals art. 7:23 lid 1 BW, ziet op gebrekkige prestaties (en dus, a contrario, niet op gevallen waarin in het geheel niet is gepresteerd); zie voorts *Asser/Hijma 7-I* 2019/802; Katan 2007; vgl. Hof Amsterdam 15 december 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3480, dat de regel uit *Brocacef/Simons* toepast op art. 7:23 lid 1 BW.

29 Vgl. Katan 2007, p. 45; zie voorts Valk 1993, p. 95, concl. A-G Langemeijer voor HR 20 januari 2006, NJ 2006/80, par. 2.15-2.17 en 2.22-2.24; Rb. Leeuwarden (pres.) 3 maart 1999, ECLI:NL:RBLLE:1999:AH7849, KG 1999/109. Zie destijds ook in die zin *Hijma: Asser/Hijma 5-I* 2001/543.

30 Het enige meer beschouwende artikel over de regel is van de hand van Katan, zie Katan 2007.

schuldenaar, die een prestatie heeft verricht, te beschermen omdat hij erop moet kunnen rekenen dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt, en dat deze, indien dit niet het geval blijkt te zijn, dat eveneens met spoed aan de schuldenaar mededeelt. Gelet op die strekking én de bewoordingen waarin de bepaling is gesteld – nu daarin wordt gesproken over een ‘gebrek in de prestatie’ –, ziet art. 6:89 BW slechts op gevallen van ondeugdelijke nakoming en niet (mede) op gevallen waarin *in het geheel geen* prestatie is verricht, aldus de Hoge Raad.³¹

Afgaand op de bewoordingen van de Hoge Raad lijkt de toepassingsregel alleen opgeld te doen in gevallen waarin geen enkele overeengekomen prestatie is verricht. Die conclusie sluit ook aan bij de casus van het arrest. Brocacef heeft immers nog aan geen enkele leveringsverplichting op grond van de overeenkomst voldaan.

In het arrest van 15 oktober 2021 gaat het om een cliënt die zijn advocaat in rechte aanspreekt vanwege een beroepsfout. De advocaat doet in het jaar 2007 op een gegeven moment niets meer voor de cliënt, na initieel in dat jaar wel de belangen van cliënt te hebben behartigd door enkele brieven aan de wederpartij te sturen. Onder het ‘niet-doen’ valt het verzuim om tijdig een stuitingsbrief aan de wederpartij te sturen. Als gevolg daarvan verjaart de vordering van de cliënt. De cliënt spreekt zijn inmiddels ex-advocaat daarvoor in 2011 aan.

Het hof wijst de vordering van de cliënt af. De cliënt zou de klachtplicht van art. 6:89 BW hebben geschonden. In cassatie komt de cliënt tegen dat oordeel op. Hij klaagt dat het hof heeft miskend dat de klachtplicht in dit geval niet van toepassing is, omdat de advocaat na het versturen van een brief op 17 januari 2007 feitelijk niet meer de belangen van de cliënt heeft behartigd en in het geheel niet heeft gepresteerd. Daar gaat de Hoge Raad in mee. De Hoge Raad overweegt dat in cassatie vaststaat dat de advocaat vanaf 17 januari 2007 feitelijk niet meer de belangen van de cliënt heeft behartigd en *iedere verdere prestatie* onder de overeenkomst achterwege heeft gelaten. In een dergelijke situatie is art. 6:89 BW volgens de Hoge Raad niet van toepassing.³²

Anders dan in *Brocacef/Simons* is in dit geval op de keper beschouwd geen sprake van een situatie waarin *in het geheel geen prestatie* is verricht. In dit geval is sprake van een, weliswaar niet onaanzienlijke maar wel gedeeltelijke, niet-nakoming. A-G Valk merkt op dat de cassatieklacht van de cliënt tot uitgangspunt neemt dat de gestelde tekortkoming bestaat in het *niet* verrichten van de verschuldigde prestatie, te weten dat de advocaat de belangen van de cliënt niet heeft behartigd door de vordering te laten verjaren.³³ De advocaat heeft zich in cassatie tegen die klacht verweerd met de stelling dat de advocaat de belangen van de cliënt initieel *wel* behartigde, onder meer door een aantal brieven aan de wederpartij te zenden. Er is dus is geen sprake van een geheel niet-presteren, waarop de klachtplicht niet van toepassing is, aldus de advocaat.³⁴

31 HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3531, NJ 2007/176 (*Brocacef/Simons*), r.o. 4.3.

32 HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1536, NJ 2021/335, r.o. 3.3.

33 Concl. A-G Valk voor HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:PHR:2021:765, par. 3.5.

34 Concl. A-G Valk voor HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:PHR:2021:765, par. 3.6.

4.3.3 *Waarom verdient de niet-presterende schuldenaar geen bescherming van de klachtplicht?*

4.3.3.1 *De twee argumenten van de Hoge Raad*

De Hoge Raad baseert zijn overwegingen ten faveure van de toepassingsregel op twee argumenten. In de eerste plaats overweegt de Hoge Raad dat art. 6:89 BW ertoe strekt de schuldenaar *die een prestatie heeft verricht*, te beschermen. Daaruit is a contrario af te leiden dat de schuldenaar die niet presteert, de bescherming van art. 6:89 BW niet zou verdienen. De Hoge Raad onderbouwt echter niet waarom dat zo is. In de tweede plaats wijst de Hoge Raad op de bewoordingen van art. 6:89 BW, waarin over een 'gebrek in de prestatie' wordt gesproken. Ik bespreek deze argumenten hierna afzonderlijk.

4.3.3.2 *De bewoordingen van art. 6:89 BW dwingen niet zonder meer tot categorische uitsluiting bij niet-presteren*

Weliswaar baseert de Hoge Raad de *Brocaceff/Simons*-regel mede op het feit dat art. 6:89 BW spreekt van een 'gebrek in de prestatie',³⁵ maar dat zou in mijn ogen niet noodzakelijk tot de conclusie hoeven leiden dat een niet-presteren nooit onder de werkingssfeer van de bepaling kan vallen.

De Hoge Raad heeft ervoor gekozen om de woorden 'gebrek in de prestatie' beperkt te interpreteren. Die bewoordingen sluiten echter op zichzelf niet uit dat daaronder een nalaten kan worden begrepen, net zoals een 'tekortkoming in de nakoming' ex art. 6:74 BW kan bestaan in een nalaten. Beide bepalingen maken onderdeel uit van dezelfde afdeling 9 van titel 1 van Boek 6 BW: de gevolgen van het niet-nakomen van een verbintenis. De titel van de afdeling is eveneens ruim geformuleerd.

Ik geef toe dat de wetsgeschiedenis bij art. 6:89 BW aanleiding geeft tot een strikte interpretatie van het begrip gebrek in de prestatie,³⁶ waar de wetsgeschiedenis bij art. 6:74 BW nu juist een ruime interpretatie van het begrip tekortkoming voorstaat.³⁷ De referentie aan de bewoordingen van art. 6:89 BW bij de introductie van de *Brocaceff/Simons*-regel door de Hoge Raad is in dat opzicht te volgen.

4.3.3.3 *De wetsgeschiedenis: geen rechtvaardiging voor categorische toepassingsbeperking bij niet-presteren*

De Hoge Raad verwijst voor zijn andere argument naar de wetsgeschiedenis. Zoals in par. 4.2.2 al werd uitgewerkt, valt op dat met betrekking tot het toepassingsbereik van de klachtplicht hoofdzakelijk over de verbintenis tot aflevering van een zaak is nagedacht en niet over andersoortige verbintenissen. Bovendien is geen onderbouwing gegeven voor de veronderstelling dat de niet-presterende schuldenaar de bescherming van de klachtplicht niet verdient. Ten eerste benadrukt de wetgever dat deze regel in het (oud)

35 HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3531, NJ 2007/176 (*Brocaceff/Simons*), r.o. 4.3.

36 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6*, 1981, p. 316; VV II, *Parl. Gesch. BW Boek 6*, 1981, p. 317.

37 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6*, 1981, p. 258.

BW alleen voor verborgen gebreken bij specieskoop (art. 7A:1547 BW (oud)) gold. In de rechtspraak zou een soortgelijke toepassingsregel zijn aangenomen voor de soortkoop.

Niet alleen de wetgever keek voor de rechtvaardiging van deze toepassingsregel naar de oude verborgengebrekenregeling voor de specieskoop. Ook A-G Keus, die in de zaak *Brocacef/Simons* concludeert, wijst voor zijn door de Hoge Raad bevestigde oordeel dat art. 6:89 BW slechts ziet op gebrekkige prestaties op de verborgengebrekenregeling van art. 7A:1547 (oud) BW.³⁸ Dat is ook het geval in een conclusie van A-G Langemeijer uit 2006, waar A-G Keus naar verwijst.³⁹ A-G Keus wijst bovendien op de opmerking van Hijma dat uit de redactie van art. 7:23 lid 1 BW duidelijk blijkt dat slechts de situatie na aflevering van het gekochte is beoogd, en dat voor art. 6:89 BW niets anders zou gelden.⁴⁰ Ook zij geven dus geen rechtvaardiging voor deze beperking.

4.3.3.4 *Bij niet-presteren (1) geen logisch tijdsmoment voor een klacht en (2) geen noemenswaardig nadeel voor schuldenaar bij achterwege blijven klacht*

Vanuit het Obliegenheit-perspectief dient zich een rechtvaardiging voor deze toepassingsbeperking aan. De gedachte is, dat de schuldenaar na aflevering onzeker kan zijn over de vraag of zijn prestatie aan de overeenkomst voldoet, terwijl hij dat niet is als hij in het geheel niet presteert.⁴¹ In dat geval is duidelijk dat hij niet aan de overeenkomst voldoet. Uitsluiting van de klachtplicht bij de klassieke prestatie tot aflevering van een zaak, waar de wetgever vooral oog voor heeft gehad, is vanuit die gedachte navolgbaar. Er is een duidelijk moment aanwijsbaar waarop de verkoper pretendeert aan zijn verplichtingen jegens de koper te hebben voldaan: het moment van aflevering. Als de koper genoeg neemt met hetgeen in feite is afgeleverd, kan hij achteraf in beginsel niet klagen over gebreken die hij bij aflevering had kunnen constateren.⁴² Als dat wel zou kunnen, staat de verkoper op achterstand. Omdat de zaak uit zijn handen is, kan hij moeilijker bewijzen dat er geen sprake is van een gebrek, terwijl hij het gebrek door het stilzitten van de schuldeiser mogelijk niet meer ongedaan kan maken.

Als we van de koop van een roerende zaak abstraheren, zijn er twee redenen om geen klachtplicht aan te nemen in gevallen van niet-presteren: (1) er is geen logisch tijdsmoment om te klagen, terwijl (2) de schuldenaar in dat geval niet noemenswaardig in zijn

38 Concl. A-G Keus voor HR 23 maart 2007, NJ 2007/176, ECLI:NL:PHR:2007:AZ3531 (*Brocacef/Simons*), par. 2.17.

39 Concl. A-G Langemeijer voor HR 20 januari 2006, NJ 2006/80 (*Robinson/Molenaar*), ECLI:NL:PHR:2006:AU4122, par. 2.15. De Hoge Raad komt in zijn daaropvolgende arrest evenwel niet toe aan de cassatieklacht van Robinson over het toepassingsbereik van art. 6:89 BW. Dit omdat de Hoge Raad overweegt dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd was getreden door in het betoog van Robinson in de feitelijke instanties überhaupt een beroep op de klachtplicht te lezen. Daar voegt de Hoge Raad de sindsdien geldende regel aan toe dat rechters art. 6:89 BW niet ambtshalve mogen toepassen, zie HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4122, NJ 2006/80 (*Robinson/Molenaar*), r.o. 3.4-3.5.

40 Concl. A-G Keus voor HR 23 maart 2007, NJ 2007/176, ECLI:NL:PHR:2007:AZ3531 (*Brocacef/Simons*), par. 2.17; zie destijds in die zin *Asser/Hijma 5-I* 2001/543; Hijma is overigens nog steeds die opvatting toegedaan, zie *Asser/Hijma 7-I* 2019/802.

41 Vgl. in die zin Katan 2007, p. 46.

42 Concl. A-G Langemeijer voor HR 20 januari 2006, NJ 2006/80 (*Robinson/Molenaar*), ECLI:NL:PHR:2006:AU4122, par. 2.15.

positie wordt aangetast als gevolg van het achterwege blijven van een klacht. Met name de tweede reden past goed bij het voor de klachtplicht belangwekkende arrest *Van de Steeg/Rabobank*, waarin de Hoge Raad voor de bepaling van de klachttermijn zelf vooral van belang acht in hoeverre de belangen van de schuldenaar werkelijk zijn geschaad door het tijdstip waarop is geklaagd.⁴³ Het is dus dit tijdsmoment waarop de consistentieplicht, die aan het leerstuk rechtsverwerking en de wettelijke klachtplichten ten grondslag ligt, aangrijpt. Op dat moment kan op grond van de consistentieplicht van de schuldeiser worden geveegd dat hij zich uitspreekt, omdat anders nadeel aan schuldenaarszijde kan ontstaan (zie ook par. 2.4.2, 2.4.4 en par. 2.6.1 hiervoor).

Daar komt het volgende bij. De klachtplichten van art. 6:89 en 7:23 lid 1 BW worden gekenmerkt door een verstrekkend rechtsgevolg: rechtsverval. Daarmee verschillen de klachtplichten van rechtsverwerking. Rechtsverwerking heeft, als toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, in beginsel tot gevolg dat de schuldeiser zijn recht 'niet meer geldend kan maken'. In de literatuur wordt ervan uitgegaan dat daardoor het recht zelf niet tenietgaat.⁴⁴ In de literatuur is bovendien betoogd dat de sanctie van een succesvol beroep op rechtsverwerking kan variëren naargelang de ernst van het gedrag van de schuldeiser. Proportionele werking dus.⁴⁵ Die gedachte heeft navolging gekregen in de rechtspraak van de Hoge Raad.⁴⁶

De strenge sanctie van de klachtplichten ten opzichte van rechtsverwerking rechtvaardigt een duidelijke ondergrens voor toepassing van de wettelijke klachtplichten, zoals door de Hoge Raad geformuleerd in *Brocacef/Simons*. Voor de gevallen die als gevolg van die regel buiten de reikwijdte van art. 6:89 en 7:23 lid 1 BW vallen, staat een beroep op rechtsverwerking open. De beperkende *Brocacef/Simons*-regel geldt daarvoor immers niet. In het kader van rechtsverwerking staat daar dan weer tegenover dat het mogelijk is om minder verstrekkende sancties aan te nemen.

Hantering van een dergelijke ondergrens vanwege de strenge sanctie van de klachtplicht past ook bij het Obliegenheit-karakter van deze plicht. De klachtplicht beoogt het specifieke nadeel weg te nemen dat als gevolg van inconsistent schuldeisersgedrag is ontstaan. Een strenge sanctie als rechtsverval veronderstelt dus zodanig inconsistent gedrag dat het proportioneel is om het schuldenaarsnadeel door middel van rechtsverval weg te nemen (zie ook par. 2.4.2-2.4.3 hiervoor).

43 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*), r.o. 4.2.6.

44 Zie *Asser/Sieburgh 6-III 2022/435* en Tjittes & Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW nr. A6b) 2020/26.

45 Zie *Asser/Sieburgh 6-III 2022/435*; zie ook reeds W.M. Kleijn, annotatie onder HR 10 juni 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4608, NJ 1984/250 (*Peters/Peters*), die betoogt dat in het BW voor een relatief werkende derogering is gekozen die niet verder strekt dan door de redelijkheid en billijkheid gevorderd wordt; zie in die zin reeds onder het oude recht G.J. Scholten, annotatie onder HR 5 april 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB6996, NJ 1968/251 (*Pekingeeden*) en Houwing 1968, p. 39-46.

46 Zie HR 31 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7295, NJ 1998/86 (*Voogt/mr. Kester q.q.*), waarin is geoordeeld dat alleen sprake was van rechtsverwerking over een bepaalde periode; zie voorts over de proportionele werking van de redelijkheid en billijkheid zelf HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717, NJ 2006/378 (*Royal c.s./Polygram*), waarin een beroep op een vervalbeding door een verzekeraar voor 90% onaanvaardbaar werd geacht; zie voor verdere rechtspraakverwijzingen Tjittes & Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW nr. A6b) 2020/26.

4.3.3.5 Categorische uitsluiting van de klachtplicht bij niet-presteren?

De vraag rijst of het altijd zo is dat er in geval van niet-presteren (1) geen logisch aanwijsbaar moment in de tijd bestaat om te klagen en (2) de niet-presterende schuldenaar niet noemenswaardig in zijn positie wordt aangetast als een spoedige klacht achterwege blijft. Daarbij moet het Obliegenheit-karakter van de klachtplicht zelf helder op het netvlies blijven staan: de klachtplicht is een consistentieplicht die de schuldenaar beschermt tegen late en moeilijk betwistbare klachten (vgl. par. 2.4.2, 2.4.4 en 2.6.1 hiervoor).

In beginsel is verdedigbaar dat de klachtplicht bij niet-presteren buiten toepassing blijft. Niet alleen bij de klassieke prestatie tot aflevering van een zaak is een leveringsmoment aan te wijzen, maar ook, bijvoorbeeld, in geval van dienstverleningsovereenkomsten. Dat moment kan bijvoorbeeld worden gevonden in het verstrekken van een advies. Ook dan ontstaat een logisch moment om te klagen, terwijl er op dat moment onzekerheid bij de schuldenaar kan bestaan over de vraag of de geleverde prestatie aan de overeenkomst voldoet. Die onzekerheid is er niet als hij überhaupt niet presteerde. Er kan bovendien nadeel aan schuldenaarszijde ontstaan bij het achterwege blijven van een tijdige klacht na het 'leveringsmoment'. Mogelijk kan hij het gebrek niet meer helen of de ontstane schade beperken. Denk bijvoorbeeld aan een onjuist advies van een belastingadviseur. Dit nadeel is in de regel niet aanwezig als de prestatie geheel achterwege blijft.

Er zijn evenwel gevallen denkbaar waarbij ook de niet-presterende schuldenaar de bescherming van de klachtplicht verdient. Ook in dat geval kan een specifiek tijdsmoment ontstaan om te klagen en nadeel voor de schuldenaar optreden als de schuldeiser dat moment mist.

Ik noem het volgende voorbeeld. Een aannemer krijgt opdracht om een nieuwe vloer in een kantoorpand aan te leggen. Het blijkt dat een aantal vloerverwarmingsleidingen, dat zich reeds onder de oude vloer bevindt, opnieuw afgedopt moet worden. De oude doppen zijn te zwak. De aannemer schakelt daartoe een onderaannemer in. De onderaannemer, een eenmanszaakje, vergeet in alle drukte deze afspraak. De hoofdaannemer ziet deze afspraak in de hectiek rondom de oplevering van het pand op zijn beurt ook over het hoofd, smeert de vloer dicht en brengt een nieuwe vloer aan. Vervolgens ontstaat er bij ingebruikname van de vloerverwarming lekkage. Een aantal van de oude doppen heeft het niet gehouden. Terwijl de eerste lekkageschade reeds begin 2020 aan de hoofdaannemer wordt gemeld, spreekt deze de onderaannemer pas in 2021 aan.

Het staat vast dat hier sprake is van een algeheel niet-presteren van de onderaannemer. Niettemin bestaat in dit geval aanleiding om toch een beroep op de klachtplicht te kunnen doen. Betoogd kan worden dat er een duidelijk moment ontstond om te klagen, namelijk na de afgesproken deadline voor het opnieuw afdoppen van de leidingen en vóórdat de hoofdaannemer de vloer dichtsmeerde. Daarna is immers niet goed meer te zien of de verwarmingsleidingen opnieuw zijn afgedopt. De onderaannemer verkeert na dat moment in een slechtere positie. Hij kan moeilijker bewijzen dat de leidingen wel of niet zijn afgedopt. Daar komt bij dat hij het gebrek niet kan herstellen zonder aanzienlijke schade toe te brengen aan de inmiddels nieuw gelegde vloer. De vloer zou daarvoor moeten worden opgebroken. Bovendien had de ingetreden schade bij eerder ingrijpen kunnen worden voorkomen of in ieder geval kunnen worden beperkt.

Ondanks het feit dat hier sprake is van een niet-presteren, zou daarom gezegd kunnen worden dat voldaan is aan de ratio voor het toepassen van de klachtplicht. Ik denk daarbij zowel aan de hiervoor geformuleerde ratio van de *Brocaceff/Simons*-regel als aan de ratio van de klachtplicht zelf: bescherming van de schuldenaar tegen late en moeilijk betwistbare klachten.

Rechtvaardigt deze constatering nu het aannemen van een uitzondering op de *Brocaceff/Simons*-regel voor dit geval? Dat vraag ik mij af. De aannemer wordt bovendien beschermd door het leerstuk van rechtsverwerking. Daarvoor geldt de toepassingsbeperking van *Brocaceff/Simons* niet. Een beroep op rechtsverwerking heeft in dit soort gevallen kans van slagen. Door de vloer dicht te smeren, de nieuwe vloer aan te leggen en daarna meer dan een jaar niets aan de onderaannemer te laten horen, kan bij de onderaannemer het gerechtvaardigd vertrouwen zijn gewekt dat de (hoofd)aannemer zich niet meer bij hem zou melden. Bovendien is de onderaannemer door het stilzitten van zijn wederpartij in zijn positie aangetast: hij verkeert in een moeilijke bewijspositie en had bij een eerdere melding de schade mogelijk kunnen voorkomen of beperken.⁴⁷

Dit voorbeeld toont aan dat de *Brocaceff/Simons*-regel aan een categorie gevallen het beroep op de klachtplicht ontzegt waar dat dogmatisch gezien niet terecht lijkt. Het voert evenwel te ver om voor die gevallen een uitzondering op de regel te bepleiten. De rechtszekerheid en de hanteerbaarheid van de regeling is erbij gebaat om het toepassingsbereik van de klachtplicht overzichtelijk te houden, zoals ik in par. 4.2 ook al heb aangegeven.

Tot slot zijn er gevallen van niet-presteren denkbaar waarbij geen duidelijk tijdsmoment ontstond om te klagen, maar de schuldenaar als gevolg van het stilzitten van de schuldeiser niettemin wordt benadeeld. Zou voor dat soort gevallen een uitzondering op de *Brocaceff/Simons*-regel moeten worden gemaakt? Ik denk van niet. Hier ontstaat het nadeel niet zozeer doordat de schuldeiser zijn moment om te klagen miste, maar vooral door tijdsverloop. Alleen tijdsverloop is echter niet voldoende voor het aannemen van rechtsverwerking.⁴⁸ In dat licht past het niet om op dit soort gevallen wel de klachtplicht toe te passen.

4.3.4 Geldt de *Brocaceff/Simons*-regel ook bij gedeeltelijke niet-nakoming?

Waar de Hoge Raad in *Brocaceff/Simons* de klachtplicht slechts niet van toepassing acht in de situatie waarin *in het geheel* niet is gepresteerd en de casus ook een geval van algeheel niet-presteren betreft, acht A-G Valk het in zijn conclusie bij het arrest van 15 oktober 2021 ook in gevallen van gedeeltelijke niet-nakoming van de overeenkomst mogelijk om de klachtplicht buiten toepassing te laten. Bovendien is de onderliggende casus van het arrest een geval van gedeeltelijke, zij het aanzienlijke, niet-nakoming. De advocaat presteerde initieel wel. De Hoge Raad merkt de casus aan als een geval van algeheel niet-presteren vanaf het moment dat de advocaat niets meer deed voor de cliënt.

47 Vgl. HR 29 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1827, NJ 1996/89 (*Van den Bos/Provincial*), r.o. 3.3; HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS4406, RvdW 2005/75 (*B/Zee*); HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2574, NJ 2017/75 (*Bab/Cordial c.s. & MHS*).

48 Zie HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2574, NJ 2017/75 (*Bab/Cordial c.s. & MHS*); HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS4406, RvdW 2005/75 (*B/Zee*); zie voor verdere rechtspraakverwijzingen Tjittes & Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW nr. A6b) 2020/18.

In de literatuur hebben vooral Katan⁴⁹ en J.J. Valk⁵⁰ aandacht aan deze discussie besteed. Beiden hebben betoogd dat in geval van gedeeltelijke niet-nakoming telkens moet worden beoordeeld of art. 6:89 BW van toepassing is. Er moet worden gekeken naar de mate waarin de schuldenaar onzeker kan zijn over de deugdelijkheid van de nakoming en naar de kwalificatie van de tekortkoming als gebrek in de prestatie. Dat laatste is een vraag van contractsuitleg. Beoordeeld moet worden of sprake is van één hoofdprestatie die bestaat uit verschillende deelprestaties, of juist van meerdere zelfstandige hoofdprestaties. Volgens Katan moet niet te snel worden geconcludeerd dat verschillende contractuele prestaties niet samenhangen, zodat bij niet-nakoming van een van die prestaties de klachtplicht niet geldt.⁵¹

De vraag of bij gedeeltelijke niet-nakoming sprake is van een niet-presteren waarop de klachtplicht niet van toepassing is, zal zich niet steeds eenvoudig laten beantwoorden. Ik bespreek hierna een aantal voorbeelden.

Ten eerste noemt Katan het simpele geval waarin de verkoper 5000 kilogram graan aan een koper moet leveren, maar aan de koper in feite 4997 kilogram aflevert. Volgens Katan zal dat als een gebrekkige prestatie kwalificeren waarvoor een klachtplicht geldt. Katan merkt in mijn ogen terecht op dat deze conclusie aansluit bij art. 7:17 lid 3 BW, dat bepaalt dat niet aan de conformiteitseis wordt voldaan indien het afgeleverde in getal, maat of gewicht afwijkt van het overeengekomene.⁵²

Hoe zit het echter met een verplichting tot levering van telkens twee exemplaren van tweehonderd verschillende soorten bloemen, waarbij de leverancier nalaat twee van de tweehonderd paren te leveren?⁵³ Is hier sprake van een niet-presteren ten aanzien van de twee niet-geleverde paren van bloemen, waarop de klachtplicht niet van toepassing is? Katan merkt op dat deze situatie in art. 7:17 lid 3 BW weliswaar niet expliciet als non-conform wordt aangemerkt, maar het desalniettemin wenselijk kan zijn om een klachtplicht aan te nemen. In dit geval kan net zo goed onzekerheid bestaan over de deugdelijkheid van de nakoming, merkt Katan in mijn ogen wederom terecht op.⁵⁴

Is de klachtplicht van toepassing wanneer slechts een gedeelte van een gekocht parkeerterrein wordt overgedragen? Het gaat in dit geval om een situatie waarin het bedoelde stuk grond is gelegen op twee percelen. Koper en verkoper waren zich daar bij het sluiten van de koopovereenkomst niet van bewust. Slechts één perceel wordt overgedragen. Na onderzoek door de architect van de koper wordt vastgesteld dat het overgedragen perceel slechts een deel van het parkeerterrein bestrijkt. De koper vordert in rechte nakoming van de koopovereenkomst van de verkoper, bestaande uit levering van het relevante gedeelte van het andere perceel. De verkoper beroept zich op art. 7:23 lid 1 BW, nu de koper pas een kleine drie jaar na levering van het eerste perceel over dit gebrek heeft geklaagd.⁵⁵

Op basis van contractsuitleg concludeert het Hof Amsterdam in zijn arrest van 15 december 2020 dat partijen hebben bedoeld het gehele parkeerterrein in eigendom over te

49 Katan 2007.

50 J.J. Valk 2020, par. 5.4.; zie ook Spronck 2022, p. 128-129.

51 Katan 2007, p. 46-47.

52 Katan 2007, p. 47.

53 Katan 2007, p. 47.

54 Katan 2007, p. 47.

55 Zie Hof Amsterdam 15 december 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3480.

dragen. In dat geval is mijns inziens sprake van een gebrekkige prestatie: er is weliswaar geleverd en dus gepresteerd, maar gebrekkig, omdat slechts een deel van het verkochte is overgedragen. Het hof denkt hier anders over. Het overweegt met verwijzing naar *Brocacef/Simons* dat art. 7:23 lid 1 BW, net als het algemene art. 6:89 BW, slechts betrekking heeft op gebreken in het *afgeleverde* en niet kan worden ingeroepen indien de prestatie niet is verricht. Daarom verwerpt het hof het beroep van de verkoper op de klachtplicht.⁵⁶

Dit oordeel is onjuist. Het hof ziet de leveringsverplichting van de verkoper vanwege de afzonderlijke kadastrale percelen die moeten worden overgedragen kennelijk als twee afzonderlijke prestaties. Dat is niet goed te rijmen met de conclusie van het hof dat de koopovereenkomst zo moet worden uitgelegd dat het gehele parkeerterrein overgedragen moet worden. Contractueel gezien is dat één prestatie. Het feit dat goederenrechtelijk gezien twee percelen moeten worden overgedragen, doet daar niet aan af. Ik constateer bovendien dat de verkoper aanleiding had om de klachtplicht in te roepen: hij heeft in de tussentijd het tweede perceel aan een ander verkocht.⁵⁷ Hij is dus door het stilzitten van de koper in zijn positie aangetast: hij kan het gebrek niet langer herstellen. Hier had de klachtplicht moeten worden toegepast.⁵⁸

Naast de hiervoor besproken voorbeelden rijst de vraag hoe met het nalaten van verplichtingen op grond van een contractuele zorgplicht moet worden omgesprongen. In het arrest *Van de Steeg/Rabobank* heeft de Hoge Raad de klachtplicht toegepast op de bancaire zorgplicht.⁵⁹ Op basis van dit arrest is door J.J. Valk terecht de conclusie getrokken dat de klachtplicht in brede zin van toepassing is op contractuele zorgplichten en dus ook op de zorgplicht van, bijvoorbeeld, de werkgever en de opdrachtnemer.⁶⁰ In de zaak *Van de Steeg/Rabobank* was onder meer sprake van een nalaten van de bank in het kader van de bancaire zorgplicht.⁶¹ Kwalificeert dat als een 'niet-presteren' waarvoor geen klachtplicht geldt? Ik zet de term 'niet-presteren' tussen aanhalingstekens, omdat discussie bestaat over de vraag of een contractuele zorgplicht als verbintenis moet worden aangemerkt en dus, als onderdeel van de verbintenis, sprake kan zijn van een 'prestatie'.⁶² Hoe het ook zij, nu de Hoge Raad art. 6:89 BW op contractuele zorgplichten toepast, rijst ook in dit verband de vraag wanneer de *Brocacef/Simons*-regel opgeld doet.

Nemen wij een doorsnee bancaire zorgplichtcasus uit de rechtspraak in feitelijke instanties als voorbeeld.⁶³ De bank verschaft een klant op diens verzoek krediet, waarvan het renterisico wordt afgedekt met meerdere renteswaps. De klant zegt schade te lijden als gevolg van de renteswaps. De klant verwijt de bank niet te hebben gewaarschuwd voor de aan de renteswap verbonden risico's. Ook zou de bank zich er niet van hebben vergewist dat de klant zich bewust was van dergelijke risico's. Daarnaast zou de bank bij

56 Hof Amsterdam 15 december 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3480, r.o. 3.14.

57 Hof Amsterdam 15 december 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3480, r.o. 3.15.

58 Mogelijk was de koper zijn vordering daardoor overigens niet kwijtgeraakt, omdat de casus aanleiding biedt voor de veronderstelling dat de koper het gebrek pas ontdekte na het onderzoek van zijn architect en hij vrij snel na dat onderzoek heeft geklaagd, zie r.o. 3.1 van het arrest.

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

60 Zie J.J. Valk 2020, par. 4.

61 Het gaat o.m. om het niet waarschuwen voor de gevolgen van bepaalde transacties en het nalaten actief in te grijpen op momenten dat dit wellicht noodzakelijk was, vgl. HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*), r.o. 3.2.

62 Vgl. Valk 2020, par. 4; ik laat deze discussie verder voor wat zij is.

63 Zie Rb. Overijssel 31 januari 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:456, NJF 2018/178.

een van de renteswaps hebben verzuimd een cliëntprofiel op te stellen. Tot slot zou de bank hebben verzuimd alternatieve renteopties met de klant te bespreken.⁶⁴ De rechtbank neemt een schending van art. 6:89 BW aan, kort gezegd omdat de klant ruim vier jaar heeft gewacht met enige klacht over deze tekortkomingen.⁶⁵

Er is niet gedebatteerd over de vraag of de klachtplicht van toepassing is. Hoe was dat debat uitgevallen? Enerzijds kan worden betoogd dat de bancaire zorgplicht ten dienste staat aan de te leveren prestatie van de bank. Informatieplichten die voortvloeien uit de bancaire zorgplicht brengen met zich dat de bank zijn diensten op de specifieke wensen van de klant kan afstemmen. In zoverre vormt de bancaire zorgplicht allicht geen 'zelfstandige prestatie' in het kader van art. 6:89 BW. In de hiervoor weergegeven casus valt te denken aan de verplichting tot het opstellen van een cliëntprofiel. Anderzijds vloeien verplichtingen uit de bancaire zorgplicht voort die, zoals de Hoge Raad in vaste rechtspraak steevast overweegt, mede dienen ter bescherming van de klant.⁶⁶ De bank dient de klant zodanig te informeren dat hij een weloverwogen beslissing kan nemen. De bank dient zich er daarbij van te vergewissen dat de klant doordrongen is van alle risico's die aan een financieel product kleven. Onder omstandigheden moet de bank de klant expliciet waarschuwen voor het bestaan van dergelijke risico's.⁶⁷ Van dit soort verplichtingen kan worden gezegd dat zij een meer zelfstandig karakter hebben, zodat het eerder in de rede ligt om daarop de *Brocacef/Simons*-regel toe te passen. Het zal mijns inziens afhangen van het precieze verwijt van de klant of de *Brocacef/Simons*-regel opgeld doet.

De hiervoor besproken voorbeelden geven aan dat er met enige moeite wel antwoorden te vinden zijn op de vraag of de *Brocacef/Simons*-regel geldt in geval van gedeeltelijke niet-nakoming. De voorbeelden laten echter ook zien dat juridische haarkloverij daarbij niet altijd te vermijden is. Ik denk dat dat zijn doel voorbijschiet: de klachtplicht beoogt de rechtszekerheid te dienen door de schuldenaar te beschermen tegen late en daardoor moeilijk te betwisten klachten.⁶⁸ De rechtszekerheid is er niet bij gebaat wanneer in gevallen van gedeeltelijke niet-nakoming telkens discussie ontstaat over de vraag of de klachtplicht van toepassing is.⁶⁹ Ik vraag me bovendien af of de Hoge Raad het zo bedoelt. De Hoge Raad overweegt in *Brocacef/Simons* nadrukkelijk dat sprake moet zijn van een *in het geheel niet presteren*.⁷⁰

Daar komt bij dat het niet in lijn is met de in par. 4.3.3 hiervoor geformuleerde ratio van de *Brocacef/Simons*-regel om die regel toe te passen in gevallen van gedeeltelijke niet-nakoming. In die gevallen is immers wel gepresteerd, zodat een tijdsmoment ontstaat

64 Rb. Overijssel 31 januari 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:456, r.o. 4.1-4.15.

65 Rb. Overijssel 31 januari 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:456, r.o. 5.15-5.16.

66 Vgl. HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*), r.o. 4.3.1.

67 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*), r.o. 4.3.1.

68 Tjittes & Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW nr. A6b) 2020/31.

69 Zie anders over het belang van rechtszekerheid in het kader van het toepassingsbereik van art. 6:89 BW A-G Wissink, conclusie 5 april 2024, ECLI:NL:PHR:2024:381 en 19 april 2024, ECLI:NL:PHR:2024:436, beide par. 2.34. Hij lijkt op die plaats echter op het belang van de schuldenaar bij rechtszekerheid in het kader van art. 6:89 BW te doelen, welk belang hij niet doorslaggevend acht voor de vraag naar het toepassingsbereik van art. 6:89 BW. Dat is op zich juist, maar dat doet niet af aan de in deze paragraaf gevolgde redenering over het belang van rechtszekerheid, waarmee vooral wordt gedoeld op het feit dat het rechtsverkeer is gebaat bij voorspelbare regels, in welk kader een eenvoudig toepassingsbereik van art. 6:89 BW wenselijk is.

70 HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3531, NJ 2007/176 (*Brocacef/Simons*), r.o. 4.3.

om te klagen. Bovendien laat een aantal van de hiervoor genoemde voorbeelden zien dat in dit soort gevallen evenzogoed bewijsperikelen en nadeel aan schuldenaarszijde kunnen ontstaan als gevolg van een ontijdige klacht van de schuldeiser. Dat is nu juist waartegen de klachtplichten beogen te beschermen.

Naar mijn mening dient de klachtplicht in gevallen van gedeeltelijke niet-nakoming dan ook onverkort te worden toegepast. Dat sluit het beste aan bij het arrest *Brocacef/Simons* en heeft als voordeel dat netelige formele discussies over de toepassingsvraag van art. 6:89 en/of art. 7:23 lid 1 BW uit de weg worden gegaan. Bij de inhoudelijke toetsing van een klachtplichtberoep zijn bovendien voldoende mogelijkheden om onbevredigende uitkomsten te voorkomen. Die mogelijkheid zit met name in de bepaling van de lengte van de klachttermijn. Volgens *Van de Steeg/Rabobank* is een klacht immers niet snel ontijdig als de schuldenaar door het tijdstip van de klacht niet concreet is benadeeld.⁷¹

In dit licht rijst de vraag hoe wij het arrest van de Hoge Raad van 15 oktober 2021 moeten begrijpen. Duidelijk is in ieder geval dat de Hoge Raad het optreden van de advocaat als een geval van *geheel niet presteren* aanmerkt. De Hoge Raad overweegt dat in cassatie vaststaat dat de advocaat vanaf 17 januari 2007 feitelijk niet meer de belangen van de cliënt heeft behartigd en *iedere verdere prestatie* onder de overeenkomst achterwege heeft gelaten.⁷² Het is de Hoge Raad kennelijk niet alleen om het achterwege laten van de stuiting te doen, op basis waarvan A-G Valk tot vernietiging concludeert,⁷³ als wel om het feit dat de advocaat vanaf een bepaald moment geen enkele prestatie heeft geleverd.

Dit arrest moet dan ook zo worden begrepen, dat vanaf een bepaald moment in de tijd duidelijk sprake was van een algeheel niet-presteren. Hoewel de casus iets afwijkt van *Brocacef/Simons*, is de uitkomst daarmee aldus in lijn te brengen. Uit het feit dat het arrest slechts door drie raadsheren is gewezen (in plaats van vijf), is bovendien af te leiden dat de Hoge Raad met dit arrest geen koerswijziging heeft beoogd. De rechtsregel uit *Brocacef/Simons* is en blijft daarom in mijn ogen leidend voor het toepassingsbereik van art. 6:89 (en art. 7:23 lid 1) BW.

4.3.5 Conclusie

In deze paragraaf werd geconstateerd dat de toepassingsregel voor art. 6:89 BW uit *Brocacef/Simons* op het eerste oog niet stoelt op een overtuigende rechtvaardiging van de veronderstelling dat de niet-presterende schuldenaar geen bescherming van de klachtplicht zou verdienen. Bij nadere beschouwing lijkt de rechtvaardiging daarvan vooral te zijn gelegen in het feit dat bij niet-presteren (1) geen logisch moment in de tijd ontstaat om te klagen en (2) de schuldenaar door het achterwege blijven van een klacht niet wordt benadeeld. Die gedachtegang sluit aan bij het leerstuk van rechtsverwerking en de ratio van Obliegenheiten, zoals uiteengezet in hoofdstuk 2. Het is dit tijdsmoment waarop de consistentieplicht, die aan de wettelijke klachtplichten ten grondslag ligt, aangrijpt. Op dat moment kan vanuit de consistentieplicht van de schuldeiser worden gevergd dat hij zich uitspreekt, omdat anders nadeel aan schuldenaarszijde kan ontstaan (zie ook par. 2.4.2 en 2.4.4 hiervoor).

71 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*), r.o. 4.3.1.

72 HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1536, NJ 2021/335, r.o. 3.3.

73 Conclusie A-G Valk voor HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:PHR:2021:765, par. 3.6-3.7.

In het overgrote deel van de gevallen van niet-nakoming klopt die veronderstelling. Voor die gevallen van niet-presteren waarbij wel degelijk een logisch tijdsmoment ontstaat om te klagen én de schuldenaar wordt benadeeld als de schuldeiser op dat moment stil blijft zitten, kan allicht worden betoogd dat de klachtplicht wél van toepassing moet zijn. Het lijkt mij gelet op de rechtszekerheid en de hanteerbaarheid van deze regeling evenwel wenselijk om het toepassingsbereik overzichtelijk te houden. Het lijkt mij mede in dat licht en gelet op de bewoordingen van art. 6:89 BW, dat spreekt van een gebrek in de prestatie, niet geïndiceerd om voor dit soort gevallen een uitzondering op de *Brocacef/Simons*-regel te maken. Daarbij speelt mee dat de schuldenaar door het leerstuk van rechtsverwerking en het verjaringsrecht wordt beschermd.

Vervolgens ben ik ingegaan op de mogelijkheid van toepassing van de *Brocacef/Simons*-regel in gevallen van gedeeltelijke niet-nakoming. Aan de hand van een aantal voorbeelden illustreerde ik dat deze mogelijkheid tot ongewenste juridische haarkloverij zou kunnen leiden. Ik denk niet dat de Hoge Raad bedoelt om de klachtplicht in dit soort gevallen buiten toepassing te laten voor wat betreft het niet-nagekomen gedeelte van de overeenkomst. Het past bovendien niet bij de achterliggende gedachte van de *Brocacef/Simons*-regel om aan die regel werking toe te kennen bij gevallen van gedeeltelijke niet-nakoming: er ontstaat ook in die gevallen immers een tijdsmoment om te klagen en er kan evenzogoed nadeel aan schuldenaarszijde ontstaan als gevolg van een ontijdige klacht. In dat soort gevallen moet de klachtplicht worden toegepast. Bij de inhoudelijke toetsing van de klachtplicht zijn vervolgens voldoende schuldeisersvriendelijke gezichtspunten voorhanden om onredelijke uitkomsten te voorkomen.

4.4 Het toepassingsbereik van art. 6:89 BW bij enkele specifieke soorten prestaties

4.4.1 Inleiding

In de literatuur bestaat met betrekking tot een drietal specifieke typen van prestaties discussie over het toepassingsbereik van art. 6:89 BW. Het gaat in de eerste plaats om de vraag of een klachtplicht geldt bij de prestatie strekkende tot betaling van een geldsom. Ten tweede rijst de vraag naar het toepassingsbereik van art. 6:89 BW bij prestaties trekkende tot een niet-doen. Ten derde bestaat verschil van inzicht over de vraag of art. 6:89 BW van toepassing is in geval van voortdurende prestaties. Deze vragen behandel ik hierna achtereenvolgens.

4.4.2 Art. 6:89 BW en prestaties strekkende tot betaling van een geldsom

4.4.2.1 Inleiding

De vraag of de klachtplicht van toepassing is op de prestatie strekkende tot betaling van een geldsom wordt in de literatuur verschillend beantwoord. De Hoge Raad heeft zich er nog niet expliciet over uitgelaten.

In par. 4.2 hiervoor werd geconcludeerd dat er het nodige voor te zeggen is dat art. 6:89 BW van toepassing is op alle verbintenissen. Daaruit vloeit voort dat art. 6:89 BW ook van toepassing moet worden geacht op de verbintenis strekkende tot betaling van een

geldsom. De *Brocacef-Simons*-regel brengt evenwel mee dat de klachtplicht in dit verband in ieder geval niet geldt bij ontijdige betaling of bij het überhaupt uitblijven van betaling. De klachtplicht is immers alleen van toepassing op gebrekkige prestaties en niet op het geval waarin in het geheel niet is gepresteerd. Ik verwijs terug naar par. 4.3 hiervoor.

Daarmee lijkt het antwoord op de in deze paragraaf centraal staande vraag al gegeven. Toch is er aanleiding om afzonderlijk op het toepassingsbereik van art. 6:89 BW bij betalingsverplichtingen in te gaan. Als gezegd, woedt in de literatuur een richtingenstrijd aangaande het toepassingsbereik van de klachtplicht op dit punt en ook in de rechtspraak in feitelijke instanties wordt uiteenlopend geoordeeld.

Ik schets in het vervolg van deze paragraaf eerst de huidige stand van de discussie over dit thema in de literatuur (par. 4.6.2). Vervolgens zet ik uiteen waarom ik, anders dan ik eerder heb betoogd, nu tot de conclusie kom dat art. 6:89 BW van toepassing moet worden geacht op verbintenissen strekkende tot betaling van een geldsom. Tot slot wordt globaal geschetst bij welk type betalingsverplichtingen wel of geen succesvol beroep op art. 6:89 BW mogelijk moet worden geacht.

4.4.2.2 *Argumenten voor en tegen een klachtplicht bij prestaties trekkende tot betaling van een geldsom*

Voorstanders van een klachtplicht bij de gebrekkige nakoming van een verbintenis tot betaling van een geldsom wijzen in de eerste plaats op de summieri wetsgeschiedenis. Zo betoogt Van Cassel-van Zeeland dat uit de wetsgeschiedenis is af te leiden dat met art. 6:89 BW een ruimer toepassingsbereik is beoogd, waaruit in zijn ogen voorzichtig de conclusie kan worden getrokken dat de klachtplicht breed moet worden toegepast.⁷⁴ Verder betoogt Van Cassel-van Zeeland dat niet relevant zou zijn dat de schuldenaar in de regel op basis van zijn eigen gegevens kan nagaan of hij wel of niet heeft voldaan aan zijn betalingsverplichting, zodat om die reden in de regel geen behoefte bestaat aan het aannemen van een klachtplicht.⁷⁵ Art. 6:89 BW kijkt naar de schuldeiser, aldus Van Cassel-van Zeeland. De omstandigheid dat de schuldenaar zelf eenvoudig kan nagaan of aan de betalingsverplichting is voldaan, kan volgens hem wel meewegen bij de lengte van de klachttermijn.⁷⁶ Hij wijst er daarnaast op dat een gebrekkige betaling van geld in de regel zal neerkomen op een gebrek in kwantiteit, namelijk een te hoog of een te laag betaald bedrag ten opzichte van de prestatie die de betreffende verbintenis voorschrijft. Een dergelijk gebrek in kwantiteit kan echter als een gebrek in de zin van art. 6:89 BW worden beschouwd. Van Cassel-van Zeeland wijst in dat verband op art. 7:17 lid 3 BW. Bovendien kan een gebrek in een geldbetaling er ook in bestaan dat bijvoorbeeld met verkeerde valuta wordt betaald, of met te beschadigd of oud geld.⁷⁷ Tot slot benadrukt hij dat niet goed valt in te zien waarom een betalingsverplichting niet als verbintenis tot het verrichten van een prestatie kan worden gezien.⁷⁸ J.J. Valk wijst vooral op de opmerking van de Hoge Raad in *Van de Steeg/Rabobank* en de logica van de toepasselijkheid van

⁷⁴ Van Cassel-van Zeeland 2019, p. 285.

⁷⁵ Van Cassel-van Zeeland verwijst naar Hof Arnhem-Leeuwarden 9 december 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9604, zie Van Cassel-van Zeeland 2019, p. 285.

⁷⁶ Van Cassel-van Zeeland 2019, p. 285.

⁷⁷ Idem, p. 286.

⁷⁸ Idem, p. 287; zie verder Schild 2016, p. 64; T.S. Jansen 2013, p. 169-170; Katan 2007, p. 47.

art. 6:89 BW op alle verbintenissen vanuit rechtssystematisch perspectief. Dit terwijl de ratio van de klachtplicht in zijn ogen onvoldoende onderscheidingsvermogen heeft om voor bepaalde typen verbintenissen een uitzondering te maken.⁷⁹

Tegenstemmen zijn er ook. Met name Wissink is kritisch over het aannemen van een klachtplicht bij betaling van geld. Een analogie met art. 7:17 lid 3 BW gaat volgens hem niet op, omdat art. 7:23 lid 1 BW bepaalt dat de klachtplicht in geval van non-conformiteit, in de zin van art. 7:17 lid 3 BW met betrekking tot een afwijking in maat, getal en gewicht, alleen geldt voor de prestatie van de verkoper en niet voor de prestatie van de koper tot betaling van de prijs.⁸⁰ Vanwege de samenhang tussen art. 6:89 en 7:23 lid 1 BW betoogt Wissink dat ook 6:89 BW niet van toepassing is bij prestaties tot betaling van een geldsom die de wederprestatie vormen voor een andere prestatie. Wissink zoekt voor deze stelling steun in het arrest *Luttikhuis/Ridgefield*, waarin de Hoge Raad heeft overwogen dat de klachtplicht niet van toepassing is op het opmaken en toezenden van een factuur.⁸¹ In een recente conclusie pleit A-G Wissink ervoor om de gedeeltelijke betaling van een geldsom te zien als een algeheel niet-presteren met betrekking tot het niet-nagekomen gedeelte.⁸² Hijma en Tjittes hebben betoogd dat een gebrek in de betaling van geld vrijwel altijd ziet op een gebrek in kwantiteit, niet in kwaliteit. Art. 6:89 BW zou om die reden toepassing moeten missen.⁸³

4.4.2.3 *In zijn algemeenheid: art. 6:89 BW is van toepassing op verbintenissen strekkende tot betaling van een geldsom*

Zelf heb ik in het verleden betoogd dat art. 6:89 BW, in lijn met art. 7:23 lid 1 BW, alleen een klachtplicht bevat voor de 'kenmerkende prestatie' en niet de daartegenover staande verplichting tot betaling van een geldsom.⁸⁴ Dat leidt tot een aanzienlijke beperking van het toepassingsbereik van art. 6:89 BW ten aanzien van betalingsverplichtingen. Slechts wanneer betaling de kenmerkende prestatie onder de betreffende overeenkomst vormt, zou mogelijk een klachtplicht aangenomen kunnen worden. Te denken valt aan een leningsovereenkomst, waarbij verstrekking van het geleende geldbedrag als de kernprestatie kan worden aangeduid.

Uit de uiteenzetting in par. 4.2 hiervoor volgt dat de conclusie in dit boek anders uitvalt. Die conclusie is vooral gebaseerd het Obliegenheit-karakter van art. 6:89 BW. In par. 4.2.3 hiervoor refereerde ik in dat verband al aan de klassieke pekingeendencasus.⁸⁵ In feite werd door het hof in die zaak aangenomen dat de verkoper had verzuimd om op tijd te klagen over door de koper toegepaste kortingen op de koopprijs. Het gaat in deze casus dus niet om een klachtplicht voor de koper met het oog op de conformiteit van de door de

⁷⁹ J.J. Valk 2020.

⁸⁰ Conclusie A-G Wissink 5 april 2024, ECLI:NL:PHR:2024:381, par. 2.35.3; conclusie A-G Wissink 19 april 2024, ECLI:NL:PHR:2024:436, par. 2.35.3.

⁸¹ Conclusie A-G Wissink bij HR 2 september 2011, NJ 2012/75 (*Dierenartspraktijk/Fuchs c.s.*), ECLI:NL:PHR:2011:BQ3876, par. 2.50.7.

⁸² Conclusie A-G Wissink 5 april 2024, ECLI:NL:PHR:2024:381; conclusie A-G Wissink 19 april 2024, ECLI:NL:PHR:2024:436, par. 2.35.3, par. 2.36.

⁸³ *Asser/Hijma 7-I* 2019/848; Tjittes & Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW nr. A6b) 2020/30.

⁸⁴ Boom 2021, p. 75.

⁸⁵ HR 5 april 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB6996, NJ 1968/251 (*Pekingenden*).

verkoper geleverde goederen, maar om een klachtplicht voor de *verkoper* met betrekking tot de gebrekkige nakoming van de verplichting tot betaling van de koopprijs door de *koper*. De door de koper toegepaste kortingen waren direct gerelateerd aan de kwaliteit van de door de verkoper geleverde eenden. De kwaliteit van deze eenden was vrij snel na levering niet meer te verifiëren, aangezien de eenden werden geslacht. Dat zadelde de koper, die op grond van het contract kortingen op de koopprijs mocht toepassen, op met een bewijsprobleem. Deze klassieke casus demonstreert dat bewijsproblemen die normaal gesproken met de klachtplicht worden geassocieerd, niet alleen spelen bij de kenmerkende prestatie op grond van een overeenkomst. Dergelijke bewijsproblemen kunnen net zo goed spelen bij de verplichting tot betaling van de daartegenover staande koopprijs. Er rust derhalve in dit geval een consistentieplicht op de *verkoper* met de strekking dat hij tijdig na kennisneming van de door de *koper* toegepaste kortingen bezwaren daartegen naar voren moet brengen. Doet hij dat niet, dan kan hij van deze toegepaste kortingen op een later moment niet alsnog een punt maken. Het hof vond dan ook dat de vordering van de verkoper tot betaling van de volledige koopprijs was verwerkt.

Het oordeel van het hof in de pekingeendencasus past goed bij de Obliegenheit-gedachte die achter art. 6:89 BW schuilgaat: de koper wordt in dit geval als gevolg van het feit dat de pekingeenden vrij snel na ontvangst daarvan tenietgaan geconfronteerd met een substantieel bewijsnadeel. Gelet op dat feit kan van de verkoper worden verwacht dat hij zich spoedig na kennisneming van de kortingen uitspreekt, omdat hij anders in strijd handelt met de op hem rustende consistentieplicht wanneer hij desondanks op een later moment een punt van de kortingen maakt.

Daarmee kan gezegd worden dat aan art. 6:89 BW een ruimer toepassingsbereik toekomt dan aan art. 7:23 lid 1 BW. De bewoordingen van dat laatste wetsart. maken duidelijk dat alleen een klachtplicht geldt voor de koper ten aanzien van de prestatie van de verkoper, en niet voor de verkoper met betrekking tot verplichtingen aan koperszijde. Art. 6:89 BW en art. 7:23 lid 1 BW vertonen weliswaar samenhang, maar die samenhang rechtvaardigt nog niet zonder meer dat art. 6:89 BW ook hetzelfde toepassingsbereik zou moeten hebben als art. 7:23 BW. De wetgever heeft nu eenmaal gekozen voor een algemene verbintenisrechtelijke klachtplicht naast een specifieke klachtplicht bij koop. De Hoge Raad noemt art. 7:23 lid 1 BW in lijn met die wetssystematiek een 'precisering' van art. 6:89 BW.⁸⁶

De in par. 4.4.2.2 hiervoor genoemde argumenten die in de literatuur zijn genoemd ter onderbouwing van een beperkter toepassingsbereik leggen onvoldoende gewicht in de schaal voor een andere conclusie. Ten eerste leidt het feit dat de Hoge Raad in *Luttikhuis/Ridgefield* heeft overwogen dat het toepassingsbereik van art. 6:89 BW zich niet uitstrekt tot het opstellen en verzenden van een factuur, welke rechtsregel in literatuur is aangehaald ter onderbouwing van een beperkter toepassingsbereik van art. 6:89 BW, niet noodzakelijk tot de conclusie dat geen klachtplicht geldt bij betalingsverplichtingen.⁸⁷ Het opstellen en toezenden van een factuur is een andere prestatie dan de verplichting tot betaling van een geldsom.

Het feit dat het bij gebrekkige nakoming van een betalingsverplichting in de regel zal gaan om een gebrek in kwantiteit, niet in kwaliteit, zoals in de literatuur ook nog is

⁸⁶ Zie HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, NJ 2008/552 (*Ploum/Smeets I*), r.o. 4.8.2.

⁸⁷ Idem, zie verder HR 11 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1565, NJ 2001/410 (*Luttikhuis/Ridgefield c.s.*).

gesuggereerd,⁸⁸ is evenmin voldoende overtuigend voor een andersluidende conclusie. In die redenering wordt de betalingsverplichting opgesplitst in deelprestaties, waarvan dan een deel niet zou zijn nagekomen. Zoals ik in par. 4.3.4 met betrekking tot de *Brocaceff/Simons*-regel al heb betoogd, leidt die benadering tot lastige uitlegkwesties en formele discussies over het toepassingsbereik van de wettelijke klachtplichten. Volgens mij presteert een koper die een euro te weinig betaalt net zo gebrekkig als de verkoper die een zaak te weinig levert.⁸⁹

4.4.2.4 Maar de ene betalingsverplichting is de andere niet: wanneer kan een beroep op art. 6:89 BW worden gehonoreerd?

Niet alle verbintenissen tot betaling van een geldsom zijn 'pekingeendengevallen' zoals in de voorgaande paragraaf besproken. Integendeel. Bij de meeste betalingsverplichtingen zal niet snel aanleiding bestaan om een beroep op de klachtplicht te honoreren. Hierna wordt globaal geschetst bij welke gevalstypen van betalingsverplichtingen een beroep op art. 6:89 BW enige kans zou kunnen maken en in welke gevallen juist niet. Er worden drie gevalstypen geschetst, waartussen een glijdende schaal bestaat.

Aan de ene kant van het spectrum staat de meest eenvoudige vorm van een betalingsverplichting, bestaande uit de eenmalige betaling van een concreet vaststaand geldbedrag. Zoals ik hierna zal toelichten, kunnen in dit verband naar de aard der zaak nauwelijks bewijsproblemen voor de schuldenaar ontstaan bij gebrekkige nakoming. In die gevallen bestaat daarom in beginsel geen aanleiding om een schending van de klachtplicht aan te nemen.

Dat ligt genuanceerder bij periodieke betalingsverplichtingen. Bij eenvoudige periodieke verplichtingen die niet veranderen, bijvoorbeeld een vastgezette renteverplichting op een lening, zal hetzelfde gelden als bij eenmalige betalingsverplichtingen. Dat geldt ook voor periodieke betalingsverplichtingen waarin slechts beperkte wijzigingen optreden, zoals inflatiecorrectie en verhoging bij loon of huur. Wanneer de hoogte van de periodieke betalingsverplichting daarentegen in zekere mate afhangt van de aard en de kwaliteit van de prestatie van de wederpartij gedurende een bepaalde periode en daardoor naar zijn aard veranderlijk is, kan over de inhoud van de betalingsverplichting meer onzekerheid bestaan. Onder omstandigheden kan de klachtplicht hier een rol spelen.

Aan de andere kant van het spectrum zijn er wat ik in het vervolg pekingeendengevallen zal noemen. Dat zijn gevallen waarin de inhoud van de betalingsverplichting in belangrijke mate wordt bepaald door de verplichte op basis van de kwaliteit van de door de wederpartij geleverde prestatie. Wanneer na toepassing van het betreffende contractuele beprijzingsmechanisme bovendien niet goed meer kan worden geverifieerd of dat mechanisme correct is toegepast, bijvoorbeeld omdat het geleverde al is verwerkt of anderszins teniet is gegaan, liggen substantiële bewijsnadelen op de loer. Zoals we al hebben gezien in het Pekingenden-arrest, kan er in deze context aanleiding bestaan om in voorkomend geval een klachtplichtberoep te honoreren met betrekking tot de gebrekkige uitvoering van een betalingsverplichting.

88 Asser/Hijma 7-I 2019/848; Tjittes & Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW nr. A6b) 2020/30.

89 In die zin ook J.J. Valk 2020, par. 5.4.

4.4.2.5 In beginsel geen schending van de klachtplicht bij eenmalige betalingsverplichtingen bestaande uit concreet vaststaande geldbedragen

Vaak is een betalingsverplichting vrij eendimensionaal: betaling van een eenmalig en concreet vaststaand geldbedrag. Art. 6:89 BW ziet slechts op gebreken in de betaling, bijvoorbeeld een te laag of te hoog bedrag, verkeerde valuta of, in geval van contante betalingen, beschadigd of vals geld. Het overgrote deel van de betalingen in Nederland gebeurt giraal en dus niet contant.⁹⁰ Bij girale betalingen is zeer transparant of de juiste hoeveelheid geld is overgeboekt. Bovendien zijn girale transacties bij banken lange tijd, in de regel langer dan vijf jaar, terug te zoeken.⁹¹ In die situaties kan na het leveringsmoment, de betaling, naar zijn aard nauwelijks onzekerheid ontstaan over de vraag of de betalingsverplichting correct is nagekomen. Tijdsverloop binnen het bestek van de korte verjaringstermijn brengt daarin, gelet op de bewaartermijnen van rekeningafschriften bij banken die vaak langer zijn dan vijf jaar, ook geen verandering. Deze gegevens zijn bovendien niet alleen beschikbaar voor de schuldeiser, maar juist ook voor de schuldenaar zelf. Hij kan zelf door middel van zijn bankadministratie nagaan of hij aan zijn verplichtingen heeft voldaan, zodat hij niet in onzekerheid hoeft te verkeren over de vraag of hij zijn verplichting correct heeft vervuld.⁹² Er is in die gevallen naar mijn mening geen sprake van een situatie waarin de schuldenaar moet worden beschermd. Een beroep op art. 6:89 BW zou dan ook in beginsel weinig tot geen kans moeten maken.

Voor contante betalingen bestaande uit een concreet vaststaand bedrag geldt het volgende. Ook bij dat soort betalingen bestaat in beginsel geen onzekerheid over de vraag of correct is nagekomen. De prestatie is naar zijn aard duidelijk: betaling van een nauwkeurig bepaald geldbedrag. Bij ontvangst van de prestatie door de schuldeiser zal zowel voor hem als voor de schuldenaar aanstonds duidelijk zijn of deze voldoet aan de overeengekomen verplichting. Dat geldt niet alleen voor aspecten van kwantiteit, maar ook voor aspecten van kwaliteit, zoals de munteenheid of beschadigingen. Voor dat laatste geldt bovendien dat slechts bij grove beschadiging, bijvoorbeeld als meer dan de helft van een eurobriefje verloren is gegaan, het betreffende geld niet meer als betaalmiddel kan dienen. In dat geval kan het geld bovendien worden ingewisseld voor

90 Exacte cijfers zijn niet te geven, maar zie voor een indruk het jaarverslag van de Betaalvereniging Nederland over 2022, waaruit de conclusie kan worden getrokken dat contante geldbetalingen eerder uitzondering dan regel zijn: www.betalvereniging.nl/actueel/feiten-cijfers/ (laatst geraadpleegd 22 maart 2023).

91 Bij ABN AMRO is het bij privérekeningen mogelijk om rekeningafschriften tot 2004 terug te zoeken, zie www.abnamro.nl/nl/prive/betalen/bij-en-afschrijvingen/downloaden.html (laatst geraadpleegd 10 maart 2024); voor zakelijke rekeningen kan tien jaar terug worden gezocht, zie www.abnamro.nl/nl/prive/betalen/bij-en-afschrijvingen/downloaden.html (laatst geraadpleegd 10 maart 2024). Bij Rabobank gelden ook lange termijnen: acht jaar voor zakelijke rekeningen en zeven jaar voor privérekeningen, zie www.rabobank.nl/bedrijven/service/financiele-overzichten/zakelijke-rekeningafschriften-wijzigen-of-stoppen (laatst geraadpleegd 10 maart 2024) en www.rabobank.nl/particulieren/service/financiele-overzichten/wijzigen-of-stoppen-ontvangst-rekeningafschriften (laatst geraadpleegd 10 maart 2024).

92 Anders dan Van Cassel-van Zeeland 2019 suggereert, is die vaststelling juist wel relevant voor deze toepassingsvraag, omdat toepassing van de klachtplicht alleen gerechtvaardigd is in de situatie waarin bij de schuldenaar onzekerheid kan bestaan over de vraag of hij correct heeft nagekomen en verificatie alleen mogelijk is op basis van gegevens die zich in het domein van de schuldeiser bevinden, zie ook par. 4.3.3 hiervoor.

onbeschadigde briefjes of munten.⁹³ Dat werpt de vraag op in hoeverre een schuldeiser nadeel ondervindt wanneer hij in het onwaarschijnlijke geval over het hoofd ziet dat hij van de schuldenaar zodanig beschadigd geld heeft ontvangen, dat er niet meer mee betaald kan worden. Dit alles pleit ook bij contante betalingen voor zeer terughoudende toepassing van art. 6:89 BW. Daar staat tegenover dat geld tellen en eventueel wisselgeld geven een ingebakken onderdeel is van een transactie met contant geld. Er is hier dus wel sprake van een natuurlijk controlemoment en dus, allicht, ook wel een aangewezen moment om te klagen wanneer de prestatie in de ogen van de schuldeiser gebrekkig is. Toch rechtvaardigt dit feit op zichzelf nog geen honorering van een beroep op art. 6:89 BW.

4.4.2.6 *Mogelijk honorering van een beroep op art. 6:89 BW bij periodieke betalingen, bijvoorbeeld loon van werknemer of opdrachtnemer, of bij figuren zoals de earn-out*

De inhoud van een betalingsverplichting kan onduidelijker zijn in geval van periodieke betalingsverplichtingen in het kader van langlopende contracten, bijvoorbeeld in het kader van arbeidsovereenkomsten of opdrachtsovereenkomsten. De rechtspraak in feitelijke instanties laat in dit domein tot op heden dan ook een wisselend beeld zien: soms wordt een klachtplichtberoep gehonoreerd, soms wordt het afgewezen of wordt art. 6:89 BW niet van toepassing geacht. Ik wijs op het artikel van Van Fenema & Opdam, dat een analyse van rechtspraak in feitelijke instanties bevat met betrekking tot art. 6:89 BW in arbeidsrechtelijke context over de periode 2017-2022.⁹⁴ Enerzijds blijkt daaruit dat rechters in meerderheid neigen naar het oordeel dat art. 6:89 BW geen rol heeft te spelen bij de verplichting tot betaling van loon.⁹⁵ Daarbij wordt door rechters onder andere gewezen op het feit dat het voor de werkgever op basis van zijn eigen gegevens na te gaan moet zijn of de uitbetaling aan de werknemer correct was.⁹⁶ Die redenering spreekt aan, want is gestoeld op de essentie van art. 6:89 BW: moet de schuldenaar worden beschermd tegen late en moeilijk betwistbare klachten? Wanneer periodieke betalingsverplichtingen niet veranderlijk zijn, afgezien van beperkte bijstellingen zoals inflatiecorrectie en verhoging bij loon of huur, zal niet snel een schending van de klachtplicht in beeld komen. Datzelfde geldt bijvoorbeeld ook voor betalingsverplichtingen op grond van een vast rentende lening.

⁹³ Zie [\(www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/geldzaken/vraag-en-antwoord/kan-ik-betalen-met-beschadigd-geld-en-kan-ik-beschadigde-bankbiljetten-en-euromunten-inwisselen#:~:text=U%20kunt%20betalen%20met%20beschadigde,winkelier%20mag%20beschadigd%20geld%20weigeren\)](http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/geldzaken/vraag-en-antwoord/kan-ik-betalen-met-beschadigd-geld-en-kan-ik-beschadigde-bankbiljetten-en-euromunten-inwisselen#:~:text=U%20kunt%20betalen%20met%20beschadigde,winkelier%20mag%20beschadigd%20geld%20weigeren). (laatst geraadpleegd 22 maart 2023).

⁹⁴ Van Fenema & Opdam 2023.

⁹⁵ Rechtbank Overijssel 16 januari 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:119; Rechtbank Rotterdam 12 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:3360; Hof Amsterdam 24 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3548; Hof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2333; Rechtbank Arnhem 21 september 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5321; Rechtbank Rotterdam 24 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:6732; zie voorts Rechtbank Rotterdam 20 januari 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:1735.

⁹⁶ Hof 's-Hertogenbosch 23 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:22751; in gelijke zin: Rechtbank Zuid-West-Brabant 30 augustus 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:6293; Rechtbank Limburg 20 december 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:12402; Rechtbank Amsterdam 26 juni 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5749; Rechtbank Zuid-West-Brabant 25 april 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:2664; zie voorts Hof 's-Hertogenbosch 14 maart 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:839.

Vanuit diezelfde ratio van de klachtplicht wordt in dit verband ook anders geoordeeld, bijvoorbeeld door Hof Amsterdam in 2022 in een viertal procedures. Het betrof steeds een vordering van een werknemer in de horeca ter zake niet uitbetaalde overuren.⁹⁷

De werknemers klagen allen ruim een jaar na het einde van hun dienstverband dat structureel gewerkte overuren na sluitingstijd van de horecagelegenheid, waarin zij werkzaam waren, niet zijn uitbetaald. Tijdens hun dienstverband is een dergelijke klacht nooit naar voren gebracht. Het gaat volgens de werknemers om een structureel patroon van overwerken en een substantieel aantal overuren. De werkgever betwist dat sprake is van gewerkte overuren na sluitingstijd. Volgens de werkgever zijn de werknemers na sluitingstijd hooguit gebleven om nog een drankje te drinken met collega's en was er in ieder geval geen noodzaak tot overwerk na sluitingstijd. Volgens de werkgever is dit debat bovendien niet goed meer te voeren, omdat niet langer valt te verifiëren wat destijds, een aantal jaren geleden, de feitelijke situatie op de werkvloer was. Daar komt bij dat volgens de toepasselijke cao overuren in eerste instantie in tijd worden gecompenseerd en niet in geld. De kans om werknemers in tijd te compenseren is de werkgever ontnomen nu pas een klacht is geuit na beëindiging van het dienstverband.

Het Amsterdamse hof honoreert de klachtplichtberoepen van de werkgever in deze zaken. De redenering is in alle zaken vrijwel gelijklopend. Volgens het hof ontbreken goede gronden om loon- en aanverwante vorderingen buiten het bereik van art. 6:89 BW te houden. Wel acht het hof terughoudende toepassing van art. 6:89 BW aangewezen, gelet op de gedachte van ongelijkheidscompensatie en bescherming van de werknemer die voortvloeit uit de regels van titel 10 van boek 7. Volgens het hof staat vast dat een gedeelte van de overuren is verantwoord op de loonstroken van de werknemers en een ander gedeelte, met name de na sluitingstijd gewerkte uren, niet. Volgens het hof is geen sprake van een situatie waarin de werknemer pas later ontdekte dat hij op grond van de toepasselijke cao recht had op compensatie voor gewerkte overuren. Vast staat ook dat de werknemer steeds loonstroken heeft ontvangen. De nu gevorderde uitbetaling van overuren betreft structurele uren met steeds dezelfde bron: werk na sluitingstijd. Gelet op dit alles had het op de weg van de werknemer gelegen om tijdig te klagen over het uitblijven van betaling daarvan. Het hof acht verder van belang dat de werkgever door het late moment van klagen feitelijk de mogelijkheid is ontnomen om de werknemer in tijd te compenseren of om de werksituatie zo aan te passen dat overwerken na sluitingstijd niet meer nodig is. In termen van nadeel leunt het hof dus vooral op de onmogelijkheid voor de werkgever om de werknemer nog te compenseren en iets aan de situatie op de werkvloer te veranderen. Mij lijkt evenwel dat hier ook bewijsnadeel van de kant van de werkgever een rol speelt. Het valt niet goed meer vast te stellen wat voor werkzaamheden feitelijk door de werknemers na sluitingstijd zijn verricht en of daartoe een noodzaak bestond.

Hoe dan ook, honorering van het beroep van de werkgever op art. 6:89 BW is in deze gevallen verdedigbaar. Er is sprake van zowel bewijsnadeel als een onmogelijkheid om de werknemers nog in uren te compenseren voor het overwerk. De betalingsverplichting is in dit geval sterk gekoppeld aan de vraag in hoeverre nog door de werknemer is gepresteerd. Daarover kan in dit specifieke geval onzekerheid bestaan. Het Hof Amsterdam neemt

97 Zie Hof Amsterdam 5 april 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1060, ECLI:NL:GHAMS:2022:1061, ECLI:NL:GHAMS:2022:1062 en ECLI:NL:GHAMS:2022:1063.

wel terecht een terughoudende toepassing van art. 6:89 BW aan. Dat is vanuit arbeidsrechtelijk perspectief gerechtvaardigd en sluit aan bij de algemene lijn van de Hoge Raad een hogere drempel te hanteren in gevallen van ongelijkwaardige partijverhoudingen en informatie-asymmetrie.⁹⁸

De hiervoor uiteengezette lijn van Hof Amsterdam krijgt overigens enige navolging.⁹⁹ Ook in de arbeidsrechtelijke literatuur wordt aangenomen dat in dit soort discussies tussen werkgever en werknemer over geldvorderingen art. 6:89 BW opgeld kan doen.¹⁰⁰ Ik sluit mij bij die opvatting aan.

Tot slot verdient in dit kader de figuur van de earn-out bij bedrijfsovernames vermelding. In zowel de literatuur als de rechtspraak in feitelijke instanties wordt ervan uitgegaan dat art. 6:89 BW in dit domein van toepassing is.¹⁰¹ Dit terwijl een earn-outregeling als onderdeel van de te betalen koopprijs wordt gekwalificeerd.¹⁰² Koper en verkoper komen met een earn-out bij de overdracht van een vennootschap of onderneming overeen dat een gedeelte van de koopprijs ineens zal worden voldaan. Het overige deel van de koopprijs wordt afhankelijk gesteld van de prestaties van de onderneming, nadat deze is overgedragen. Een earn-out wordt vaak overeengekomen wanneer tussen koper en verkoper verschil van inzicht bestaat over de waardering van de doelvennootschap. Een earn-out vormt het compromis: door dit prijsmechanisme worden onzekerheden over bijvoorbeeld financiële gebeurtenissen of bepaalde aspecten van de business van de doelvennootschap gekoppeld aan de verschuldigdheid van een gedeelte van de koopprijs. Dat gedeelte kan zowel een vast als een variabel bedrag zijn.

De earn-out is doorgaans opgenomen in het gedeelte van het contract dat ziet op de koopprijs. Daarin is bepaald dat aan de earn-out gekoppelde betaling plaatsvindt nadat bepaalde earn-outresultaten zijn behaald. Wat de earn-outresultaten precies zijn wordt neergelegd in een apart document, vaak betiteld als 'schedule', dat als bijlage aan de overeenkomst wordt gehecht.¹⁰³

Earn-outs vormen een bron van geschil. De verkoper heeft belang bij een zo hoog mogelijke earn-out, maar heeft geen controle over het behalen van de earn-outresultaten omdat hij de doelvennootschap uit handen heeft gegeven. De koper kan er belang bij hebben om een zo laag mogelijke nabetaling in de vorm van een earn-out te moeten doen. De vraag of discussies over earn-outs zonder meer een pekingeendengeval opleveren, ligt genuanceerder dan bij het hiervoor besproken voorbeeld van de kippenboer en de groothandel.

De discussie tussen verkoper en koper kan zich enerzijds toespitsen op de vraag of de earn-outresultaten wel of niet zijn behaald. Dat kan een uitleggeschil zijn over de

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

99 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Noord-Holland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:2450.

100 Kempers & Aziz 2020; Van Fenema & Opdam 2023.

101 Zie voor de literatuur bijvoorbeeld Rijsterborgh 2022, par. 6; Colenbrander 2021; zie voor de rechtspraak in feitelijke instanties Rechtbank Amsterdam 3 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6617 (beroep op art. 6:89 BW inhoudelijk afgewezen); Hof Arnhem-Leeuwarden 24 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3872 (beroep op art. 6:89 BW inhoudelijk afgewezen); Rechtbank Midden-Nederland 15 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5129 (beroep op art. 6:89 BW t.a.v. inspanningsverplichting van koper in het kader van een earn-out toegewezen); Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6437 (beroep op art. 6:89 BW inhoudelijk afgewezen).

102 Zie in die zin Rijsterborgh 2022, par. 2.

103 Idem.

interpretatie van de earn-outvoorwaarden. Hier zou de klachtplicht een rol kunnen spelen, als voor de koper een bepaalde uitleg van die voorwaarden door de verkoper als gevolg van het moment van klagen moeilijk betwistbaar is. Die situatie zal zich kunnen voordoen als de earn-outvoorwaarden bestaan uit vager geformuleerde bedrijfskundige doelstellingen. Als de earn-out echter vooral gekoppeld is aan financiële resultaten van de doelvennootschap, betreft het veelal een vrij technische discussie over financiële gegevens. Hier zullen naar zijn aard niet snel bewijsproblemen voor de koper ontstaan, al was het maar omdat een earn-outregeling zich hooguit over enkele jaren uitstrekt en dergelijke financiële gegevens gedurende die periode doorgaans beschikbaar zullen blijven. Earn-outregelingen bevatten bovendien meestal een verplichting voor de koper om de verkoper periodiek op de hoogte te houden van financiële gegevens van de doelvennootschap die van belang zijn voor het behalen van de earn-outresultaten, zodat er tot op zekere hoogte openheid over de relevante gegevens bestaat.

De situatie is anders wanneer het verwijt van de verkoper erop ziet dat de koper zich onvoldoende heeft ingespannen om het ertoe te leiden dat de doelvennootschap de earn-outresultaten behaalt. Een earn-outregeling kan een inspanningsplicht voor de koper bevatten. Als de verkoper pas over de vervulling van die inspanningsplicht zou klagen na afloop van de earn-outperiode, kan er sprake zijn van nadeel voor de koper. De verkoper zou de koper in dat geval door het tijdstip van de klacht de kans ontnomen kunnen hebben om zijn inspanningen voor het behalen van de earn-outresultaten anders in te vullen. Wanneer de earn-outresultaten niet zozeer zijn gekoppeld aan financiële resultaten, maar aan vager geformuleerde bedrijfskundige doelstellingen, kan een late klacht moeilijker betwistbaar worden. In dergelijke situaties zou de klachtplicht een rol kunnen spelen.

Overigens komen partijen in dit domein ook vaak contractuele klachtplichten overeen, die de koper ertoe verplichten binnen een bepaalde, concreet geformuleerde termijn te klagen over de onderbouwing door de koper van de vraag of de earn-outvoorwaarden zijn behaald. Waar het financiële doelstellingen betreft op basis waarvan de discussie vooral boekhoudkundig van aard is, wordt er door partijen ook wel voor gekozen om hun geschil vervolgens bij wijze van bindend advies voor te leggen aan een accountant.¹⁰⁴

4.4.2.7 Pekingendengevallen

Aan de andere kant van het spectrum staan gevallen waarin de hoogte van de prijs in belangrijke mate wordt bepaald door de ontvanger van een prestatie op basis van de kwaliteit van de door de prestant geleverde prestatie, bijvoorbeeld aan de hand van een contractueel beprijzingsmechanisme dat door de koper mag worden gehanteerd. De omvang van de betalingsverplichting is in die gevallen rechtstreeks gekoppeld aan de vraag hoe conform de prestatie precies is. Wanneer na toepassing van een dergelijk contractueel beprijzingsmechanisme niet goed meer kan worden geverifieerd of dat mechanisme correct is toegepast, bijvoorbeeld omdat het door de verkoper geleverde al is verwerkt of anderszins teniet is gegaan, liggen substantiële bewijsnadelen op de loer voor de partij die gehouden is de prijs voor het geleverde te betalen. Zoals we al hebben

¹⁰⁴ Idem.

gezien in het Pekingenden-arrest, kan er in deze context aanleiding bestaan om in voorkomend geval een klachtplichtberoep te honoreren.

Er zijn varianten op de pekingeendencasus denkbaar. Denk bijvoorbeeld aan een kippenboer die eieren levert aan een groothandel. In de overeenkomst tussen de kippenboer en de groothandel is bepaald dat de groothandel de eieren bij ontvangst sorteert op grootte en op gebreken, zoals scheuren in de schaal of andere oneffenheden. De groothandel bepaalt vervolgens de prijs op basis van de grootte van de eieren, bijvoorbeeld door een getrappt systeem te hanteren waarbij eieren met de maat L, M, of S een bepaalde prijs per gewichtseenheid opbrengen. Ook mag de groothandel kortingen toepassen bij voornoemde oneffenheden. De groothandel betaalt de kippenboer conform dit systeem en verschaft de koper een specificatie van het betaalde geldbedrag.

Dit betreft een duidelijk pekingeendengeval: de omvang van de betalingsverplichting is rechtstreeks gekoppeld aan de inhoud van de prestatie van de kippenboer. Er kunnen bovendien bewijsproblemen ontstaan als de verkoper niet spoedig na ontvangst van de specificatie van de groothandel klaagt over de toepassing van het prijsmechanisme door de groothandel. De groothandel zal de betreffende partij eieren immers hebben doorgeleverd, zodat hij niet meer over de prestatie van de kippenboer beschikt.

Dit soort situaties lijken zich vooral voor te doen in de situatie waarin de koopprijs geheel of voor een aanzienlijk deel door de koper wordt vastgesteld op basis van de geleverde prestatie, terwijl het geleverde snel na ontvangst tenietgaat, wordt verwerkt of wordt doorgeleverd.

4.4.2.8 Conclusie

De vraag of art. 6:89 BW van toepassing is op de verbintenis tot betaling van een geldsom wordt in de literatuur verschillend beantwoord. De conclusie van deze paragraaf is dat art. 6:89 BW zich uitstrekt tot betalingsverplichtingen op grond van een verbintenis. Die conclusie vloeit al voort uit de bevindingen in par. 4.2 met betrekking tot de vraag of art. 6:89 BW van toepassing is op alle verbintenissen. In deze paragraaf werd uitgewerkt dat het Obliegenheit-karakter van de klachtplicht er ook specifiek voor pleit dat art. 6:89 BW van toepassing is op verbintenissen strekkende tot betaling van een geldsom. De argumenten uit de literatuur tegen toepassing van art. 6:89 BW op betalingsverplichtingen acht ik onvoldoende overtuigend voor een andere conclusie.

Vervolgens werd globaal uiteengezet bij welke gevalstypen van betalingsverplichtingen een beroep op art. 6:89 BW meer of minder kans maakt.

Kort gezegd kunnen bij de meest eenvoudige vorm van een betalingsverplichting, bestaande uit de eenmalige betaling van een concreet vaststaand geldbedrag, naar de aard der zaak nauwelijks bewijsproblemen voor de schuldenaar ontstaan bij gebrekkige nakoming. In die gevallen is er daarom in beginsel geen aanleiding om een schending van art. 6:89 BW aan te nemen.

Dat ligt genuanceerder bij periodieke betalingsverplichtingen. Bij eenvoudige periodieke verplichtingen die niet veranderen, bijvoorbeeld een vastgezette renteverplichting op een lening, zal hetzelfde gelden als bij eenmalige betalingsverplichtingen. Datzelfde geldt voor beperkte wijzigingen in de verplichting, zoals inflatiecorrectie en verhoging bij loon of huur. Wanneer de hoogte van de periodieke betalingsverplichting daarentegen in zekere

mate afhangt van de prestatie van de wederpartij gedurende een bepaalde periode en daardoor naar zijn aard veranderlijk is, kan over de inhoud van de betalingsverplichting naar zijn aard meer onzekerheid bestaan. Onder omstandigheden kan de klachtplicht hier eerder een rol spelen.

Aan de andere kant van het spectrum zijn er wat ik pekingeendengevallen heb genoemd. Dat zijn gevallen waarin de inhoud van de betalingsverplichting in belangrijke mate wordt bepaald door degene op wie de betalingsverplichting rust, op basis van de kwaliteit van de door de wederpartij geleverde prestatie. De inhoud van de betalingsverplichting is in die gevallen rechtstreeks gekoppeld aan de vraag hoe conform de tegenover de betalingsverplichting staande prestatie precies is. Wanneer na toepassing van het betreffende contractuele beprijzingsmechanisme bovendien niet goed meer kan worden geverifieerd of dat mechanisme correct is toegepast, bijvoorbeeld omdat het geleverde al is verwerkt of anderszins teniet is gegaan, liggen substantiële bewijsnadelen op de loer.

4.4.3 Art. 6:89 BW en prestaties strekkende tot een niet-doen

Is art. 6:89 BW ook van toepassing op de gebrekkige nakoming van een prestatie die strekt tot een niet-doen, bijvoorbeeld de schending van een non-concurrentiebeding of een geheimhoudingsverplichting? Deze vraag is in de literatuur negatief beantwoord. Daaraan is onder meer als reden ten grondslag gelegd dat voor die gevallen niet kan worden gezegd dat een prestatie is verricht, althans dat het schenden van een verplichting tot een niet-doen een algeheel niet-presteren zou zijn waarop de klachtplicht niet van toepassing is.¹⁰⁵ Ook rechtspraak in feitelijke instanties wijst in die richting.¹⁰⁶ De Hoge Raad heeft recent, bij arrest van 8 maart 2024, overwogen dat art. 6:89 BW niet van toepassing is op een non-concurrentiebeding.¹⁰⁷ De Hoge Raad formuleert het in dit arrest zo, dat art. 6:89 BW niet van toepassing is op gevallen waarin is nagelaten de overeengekomen prestatie te verrichten. Omdat de verbintenis uit hoofde van een non-concurrentiebeding een verbintenis is om het in het beding omschreven handelen na te laten, is volgens de Hoge Raad geen sprake van gebrekkig presteren wanneer dat beding wordt geschonden, maar van een niet-presteren. Daarop is art. 6:89 BW niet van toepassing.¹⁰⁸

Ik plaats kanttekeningen bij deze denkrichting. Naar oud BW kan het onderwerp van een verbintenis bestaan in een geven, een doen of een niet-doen.¹⁰⁹ Het onderwerp van de verbintenis wordt naar nieuw BW aangeduid als prestatie.¹¹⁰ Uit art. 3:296 BW vloeit

105 Zie aldus Van Cassel-van Zeeland in Klomp & Schelhaas, *GS Verbintenissenrecht*, artikel 6:89 BW (2023), aant. 2.4.4 en J.J. Valk 2020, par. 5.3; Kempers & Aziz 2020, p. 21; Tamboer 2021, p. 296-297; Haazen 2022, p. 12.

106 Hof Leeuwarden 9 januari 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BC1857, r.o. 9.1 (verplichting om niet te verhuren); Hof Amsterdam 10 april 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX4332, r.o. 3.8 (verplichting om niet te saneren); Rechtbank Midden-Nederland 10 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3245, r.o. 4.1.6 (schending geheimhoudingsbeding); Rechtbank Zeeland-West-Brabant 25 april 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:2664, r.o. 4.2 (non-concurrentiebeding).

107 HR 8 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:336.

108 Idem, r.o. 4.1.2-4.1.3.

109 Art. 1270 BW (oud).

110 Zie art. 6:6 BW, 6:15 BW en art. 6:17 BW.

indirect voort dat een prestatie kan bestaan in een geven, een doen of niet-doen.¹¹¹ Als een prestatie bestaat uit de verplichting iets niet te doen, dan moet worden geconcludeerd dat de schuldenaar presteert zolang hij datgene inderdaad niet doet. Meestal zijn dit soort prestaties voortdurende prestaties, bijvoorbeeld een verplichting tot non-concurrentie, een relatiebeding of een geheimhoudingsverplichting. Ook kan zo'n prestatie bestaan uit een verplichting om iets te dulden.¹¹² Te zeggen dat dit geen gevallen zijn waarin een prestatie wordt verricht, zodat art. 6:89 BW daarop niet van toepassing is, gaat uit van de onjuiste veronderstelling dat een prestatie alleen in een geven of doen zou kunnen bestaan.

Te zeggen dat het begrip 'prestatie' uit art. 6:89 BW geen prestaties strekkende tot een niet-doen insluit, zoals in rechtspraak in feitelijke instanties een enkele keer is overwogen,¹¹³ is iets anders. Ik zie ook voor die conclusie echter onvoldoende aanleiding. Ook voor deze vraag biedt de wetsgeschiedenis weer weinig richting. Hooguit kan worden gezegd dat de wetgever vooral oog lijkt te hebben gehad op een prestatie strekkende tot een geven of doen, door zich te concentreren op de levering van goederen. Het begrip 'prestatie' is in art. 6:89 BW echter niet geclausuleerd.

Ook de gedachte dat schending van een verplichting tot een niet-doen direct een algeheel niet-presteren zou zijn, waarop art. 6:89 BW niet ziet, is niet goed te volgen. Die conclusie lijkt te zijn gebaseerd op een analogie met de notie van algehele niet-nakoming onder het oud BW met betrekking tot de vraag of een ingebrekestelling is vereist. Schending van een verbintenis strekkende tot een niet-doen, bijvoorbeeld schending van een non-concurrentiebeding, kan niet ongedaan worden gemaakt zodat correcte nakoming blijvend onmogelijk is. Onder het oud BW werd dat als algehele niet-nakoming beschouwd. J.J. Valk suggereert dat deze blijvende onmogelijkheid met zich brengt dat sprake is van een algeheel niet-presteren waarop de klachtplicht niet ziet.¹¹⁴ Die gedachte lijkt, alhoewel niet expliciet op het oude recht wordt teruggegrepen, te worden onderschreven door A-G Wesseling-van Gent¹¹⁵ en ogenschijnlijk ook door de Hoge Raad in zijn arrest van 8 maart 2024.¹¹⁶

Die gedachtegang komt mij onjuist voor. Ook onder het nieuw BW wordt aangenomen dat schending van een verbintenis strekkende tot een niet-doen volledig correcte nakoming blijvend onmogelijk maakt, zodat de schuldenaar automatisch in verzuim verkeert en dus geen ingebrekestelling is vereist.¹¹⁷ Dat is alleen niet op één lijn te stellen met een algeheel niet-presteren waarvoor geen klachtplicht geldt. Hier toont zich een relevant verschil tussen de functie van de verzuimregeling en de klachtplicht. De ingebrekestelling dient er onder meer toe de wederpartij een laatste termijn te geven voor correcte nakoming van zijn verplichtingen. De zin van een ingebrekestelling valt weg wanneer correcte nakoming niet meer mogelijk is. Dat zal in de regel zo zijn bij het

111 Art. 3:296 BW is ook van toepassing op rechtsplichten die daarmee ook uit een geven, doen of niet-doen kunnen bestaan, zie *Asser/Sieburgh 6-I* 2020/20-21.

112 De verplichting om iets te dulden wordt als prestatie strekkende tot een niet-doen beschouwd, zie *Asser/Sieburgh 6-I* 2020/22.

113 Vgl. Rechtbank Midden-Nederland 10 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3245, r.o. 4.1.6 (schending geheimhoudingsbeding).

114 J.J. Valk 2020, par. 5.2.

115 Conclusie A-G Wesseling-van Gent 15 december 2023, ECLI:NL:PHR:2023:1160, par. 4.17.

116 HR 8 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:336, r.o. 4.1.2-4.1.3.

117 Krans & Wissink 2022/135.

schenden van een verplichting tot een niet-doen. Een enkele uitzondering daargelaten¹¹⁸ kan een dergelijke tekortkoming niet meer worden hersteld. Denk bijvoorbeeld aan de schending van een geheimhoudingsplicht. In die gevallen treedt verzuim direct in. De functie van de klachtplicht is echter breder. De klachtplicht kan het belang van de schuldenaar dienen om zijn gedrag voor de toekomst aan te passen. De schuldenaar kan bovendien belang hebben bij een tijdige klacht om bijvoorbeeld zijn bewijspositie veilig te stellen of om de door hem veroorzaakte schade te beperken. Dat volledige correcte nakoming blijvend onmogelijk is geworden, ontnemt dus niet de zin aan de klachtplicht. De Hoge Raad overweegt dat ook met zoveel woorden met betrekking tot voortdurende prestaties. Ik citeer:

“Onderdeel 2 heeft de verste strekking en zal daarom als eerste worden behandeld. Het betoogt dat art. 6:89 BW niet geldt indien het gaat om een voortdurende inspanningsverplichting waarvan de nakoming (zoals het hof voor dit geval heeft aangenomen) voor het verleden blijvend onmogelijk is. In zodanig geval is de schuldenaar zonder ingebrekestelling in verzuim en is de schuldeiser uit dien hoofde bevoegd de overeenkomst te ontbinden. Met deze bevoegdheid is niet verenigbaar dat de schuldeiser op straffe van verval daarvan over de gebrekkige prestatie zou moeten klagen. Het is immers onmogelijk voor de schuldenaar om alsnog aan zijn verplichtingen te voldoen of om tekortkomingen uit het verleden te herstellen, aldus het onderdeel.

(...) Het onderdeel faalt. Het hof heeft terecht tot uitgangspunt genomen dat de klachtplicht ook van toepassing is op overeenkomsten die een voortdurende verplichting behelzen en evenzeer in die gevallen waarin ook het gestelde tekortschieten een voortdurend karakter heeft. Het onderdeel miskent dat ook ingeval een tekortkoming voor het verleden niet meer kan worden hersteld, de schuldenaar er belang bij kan hebben binnen bekwame tijd duidelijkheid te verkrijgen over het oordeel van de schuldeiser met betrekking tot de deugdelijkheid van zijn prestatie, bijvoorbeeld om zijn bewijspositie veilig te stellen, of om de door hem veroorzaakte schade te beperken.”¹¹⁹

Het arrest van 8 maart 2024 van de Hoge Raad over art. 6:89 BW en non-concurrentiebedingen is niet goed te rijmen met zijn hiervoor geciteerde eerdere oordeel over de relevantie van art. 6:89 BW bij voortdurende verplichtingen. Daarvoor geldt immers net zo goed dat in geval van een schending daarvan volledig correcte nakoming blijvend onmogelijk is. Toch heeft de Hoge Raad op dat type verplichtingen art. 6:89 BW toepasselijk geacht. Ik zou in lijn daarmee menen dat art. 6:89 BW *wel* van toepassing zou moeten zijn bij prestaties die strekken tot een niet-doen, zoals een non-concurrentiebeding. Het meest recente arrest van de Hoge Raad over dit thema maakt het toepassingsbereik van art. 6:89 BW er niet eenvoudiger op. Dit terwijl, zoals hiervoor in par. 4.2 al werd aangegeven, de rechtszekerheid juist gebaat is bij een eenvoudig te bepalen toepassingsbereik van deze klachtplicht.

118 Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 25 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:535, waarin een schuldenaar in weerwil van de afspraak om geen bezwaar te maken toch een bezwaarschrift bij het betreffende bestuursorgaan indient. De schending van deze verplichting om niet te doen kon echter nog ongedaan worden gemaakt door het bezwaarschrift in te trekken, zoals het hof overweegt.

119 HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1270, NJ 2017/344 (*Nanada c.s./Golden Earring*), r.o. 6.2.1-6.2.2; de cassatieadvocaten van Nanada c.s. baseerden hun betoog op de notie van blijvende onmogelijkheid in het kader van de verzuimregeling. De Hoge Raad volgt die suggestie dus niet.

In de praktijk kunnen zich in dit verband bovendien typische klachtplichtsituaties voordoen, zodat het ook zin heeft om een klachtplicht voor dit soort gevallen te hanteren. Hier zijn situaties van informatie-asymmetrie en onduidelijkheden over de reikwijdte van de verplichting iets na te laten goed denkbaar.

Ik noem een voorbeeld. Een advocaat zet zijn advocatuurlijke werkzaamheden voort bij een ander kantoor. De arbeidsovereenkomst met zijn oude kantoor bevat een relatiebeding, met de strekking dat hij gedurende een jaar na uitdiensttreding geen opdrachten mag aannemen van zakelijke relaties van zijn oude kantoor. Nog geen maand na uitdiensttreding meldt zich een nieuwe cliënt bij de advocaat. De cliënt vraagt om begeleiding bij een aandelentransactie in de komende twee maanden. Voor zover de advocaat bekend heeft of had het bedrijf geen banden met zijn oude werkgever. De advocaat is zo zorgvuldig dit voor de zekerheid bij zijn contactpersoon van de potentiële klant, een bedrijfsjurist, na te vragen. De betreffende bedrijfsjurist bevestigt het vermoeden van de advocaat volmondig.

De bedrijfsjurist had het echter bij het verkeerde eind. Hij was nog maar net in dienst en zijn leidinggevende, al 25 jaar legal counsel bij het bedrijf, is langdurig ziek. Op een congres voor fusie- en overnameadvocaten, twee dagen later, spreekt de advocaat de bestuursvoorzitter van zijn oude kantoor bij de borrel. De advocaat vertelt over de potentiële nieuwe opdracht. Op dat moment is de opdracht nog niet bevestigd. Tijdens het gesprek valt de naam van het bedrijf, terwijl de advocaat ook nog met zoveel woorden vertelt dat hij geen problemen heeft onder het relatiebeding. Bij de bestuursvoorzitter gaat een lichtje branden, maar hij helpt de advocaat niet uit de droom. Dat doet hij pas als hij zes maanden later op de website van het nieuwe kantoor van de advocaat, met enige jaloezie, een inmiddels drie maanden oud persbericht ziet over de afgeronde en niet onaanzienlijke aandelentransactie. Die transactie komt ook nog eens met het nodige tromgeroffel en onder vermelding van de naam van de advocaat binnen op een ranglijst voor transacties begeleid door fusie- en overnameadvocaten, waarover de bestuursvoorzitter een e-mail ontvangt.

Het kantoor stuurt de advocaat, een slordige vier maanden nadat de opdracht is afgerond, een aansprakelijkstelling gegrond op een schending van het relatiebeding. Komt de advocaat een beroep toe op art. 6:89 BW? Ik zou denken dat de bestuursvoorzitter alle aanleiding had om de advocaat te waarschuwen dat hij zijn relatiebeding dreigde te schenden. De bestuursvoorzitter kwam dat immers ter ore toen de advocaat de opdracht nog niet definitief had gekregen en de advocaat bovendien expliciet zei dat hij meende vrij te staan om de opdracht aan te nemen. Bij die stand van zaken had de bestuursvoorzitter, die beter wist, zich moeten uitspreken. Er is hier sprake van informatie-asymmetrie: de vraag of een bedrijf een relatie van het kantoor betreft, ligt vooral in het domein van dat kantoor. De advocaat had dan de kans gehad om een schending van het relatiebeding te voorkomen. Hij hoort daar nu pas over nadat de opdracht al is afgerond. Daardoor is hij benadeeld.

Dit voorbeeld laat zien dat bij prestaties strekkende tot een niet-doen klachtplichtsituaties kunnen voorkomen. Het voorbeeld betreft een relatiebeding, maar soortgelijke situaties zouden zich ook goed voor kunnen doen bij, bijvoorbeeld, non-concurrentiebedingen. De suggestie uit rechtspraak in feitelijke instanties, dat de schuldenaar in dat soort casus niet afhankelijk is van een klacht van de schuldeiser om vast te kunnen

stellen of de schuldenaar heeft voldaan aan de verplichting om iets niet te doen,¹²⁰ is te kort door de bocht.

Ik pleit ervoor om de klachtplicht wel toepasbaar te achten bij prestaties strekkende tot een niet-doen. Het betreft meestal prestaties met een voortdurend karakter, waarvoor kan gelden dat de schuldenaar er belang bij heeft om op de hoogte te worden gesteld van een gebrek in de prestatie in het verleden. Daarover kan ook bij een prestatie strekkende tot een niet-doen immers onduidelijkheid bestaan, zoals ik heb laten zien. De schuldenaar kan dan in staat worden gesteld om zijn bewijspositie veilig te stellen, schade te beperken en/of zijn gedrag voor de toekomst aan te passen. Het past dus bij het Obliegenheit-karakter daarvan om ook in dit soort situaties een rol te spelen.

4.4.4 Art. 6:89 BW en voortdurende prestaties

4.4.4.1 Gehele of gedeeltelijke teloorgang van schuldeisersrechten bij voortdurende prestaties?

Het citaat uit het arrest *Nanada c.s./Golden Earring*, hiervoor weergegeven in par. 4.4.3-slot, stelt buiten twijfel dat art. 6:89 BW van toepassing is op voortdurende prestaties. In dit verband rijst een andere vraag ten aanzien van het toepassingsbereik van art. 6:89 BW: wat is de consequentie in het geval niet tijdig is geklaagd over een tekortkoming in een voortdurende prestatie? Strekt de sanctie rechtsverval zich uit tot vorderingen ten aanzien van de gehele voortdurende prestatie of slechts een gedeelte daarvan? Het antwoord gaat in de richting van een gedeeltelijke teloorgang van schuldeisersrechten, aldus de Hoge Raad in het arrest *Nanada c.s./Golden Earring*. Ik citeer:

“6.3.1 Onderdeel 1 klaagt over het oordeel van het hof dat [verweerders] in het geheel niet tijdig hebben geklaagd. Voor zover de voortdurende tekortkoming heeft plaatsgevonden binnen de in art. 6:89 BW bedoelde termijn voorafgaand aan 25 augustus 2010, kunnen [verweerders] daarop wel degelijk een beroep doen, aldus het onderdeel.

6.3.2 Het onderdeel slaagt. Zonder nadere motivering valt niet in te zien waarom de inhoud van de brief van 25 augustus 2010 niet (mede) kan worden aangemerkt als een klacht over de wijze waarop Nanada c.s. aan hun exploitatieverplichting hebben voldaan in de periode daaraan voorafgaand, voor zover deze valt binnen de bekwame tijd als bedoeld in art. 6:89 BW.”¹²¹

De overweging van de Hoge Raad in r.o. 6.3.2 suggereert dat de sanctie rechtsverval, althans het toepassingsbereik van art. 6:89 BW, wordt beperkt. Slechts het gedeelte van de vordering dat ziet op de periode die buiten de klachttermijn van art. 6:89 BW valt, gaat ten onder. De Hoge Raad zwijgt over het lot van vorderingen met betrekking tot de prestatie ná het moment van klagen. Toekomstige schade kan in het gegeven geval reeds in het heden opeisbaar zijn en worden begroot. Als toekomstige schade voorzienbaar is, wordt die schade gezien als een element van de reeds aanwezige schade en is daarmee aan verjaring onderworpen.¹²² Opmerking verdient wel dat in de zaak *Nanada c.s./Golden*

¹²⁰ Rechtbank Zeeland-West-Brabant 25 april 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:2664, r.o. 4.2.

¹²¹ Idem, r.o. 6.3.1-6.3.2.

¹²² Vgl. art. 6:105 BW; zie verder *Asser/Sieburgh 6-II* 2021/412 en 415b, met verdere verwijzingen.

Earring geen schadevergoedingsvordering voorlag, maar een vordering tot ontbinding en, subsidiair, opzegging. Het hof wijst de vordering van *Golden Earring* strekkende tot opzegging van de overeenkomst met ingang van een datum ruim een jaar na hun eerste klacht toe. Daarin ligt besloten dat het hof de rechten van *Golden Earring* met betrekking tot de overeenkomst na het moment van klagen niet vervallen acht. De Hoge Raad casseert deze beslissing, maar slechts vanwege het feit dat het hof heeft geoordeeld dat geen opzeggingsgrond was vereist.¹²³ Over de reikwijdte van de klachtplicht met betrekking tot de toekomst wordt in cassatie verder niet geklaagd.

4.4.4.2 *Hoe wordt tot een gedeeltelijke teloorgang van schuldeisersrechten gekomen?
Het opknippen van het tekortschietend handelen lijkt onvermijdelijk*

Hoe moeten we de hiervoor geciteerde overweging van de Hoge Raad precies begrijpen? De klachtplicht grijpt aan op vorderingen met betrekking tot een gebrek in de prestatie gegrond op een verbintenis. Alle schuldeisersrechten met betrekking tot dat gebrek gaan ten onder. Een voortdurende prestatie is in beginsel één prestatie, zou men denken. Op het eerste oog zou dat tot de conclusie leiden dat een ontijdige klacht over een gebrek in een voortdurende prestatie leidt tot verlies van *alle* rechten ten aanzien van die prestatie. Toch kiest de Hoge Raad daar niet voor.

Is de rechtsregel uit *Nanada c.s./Golden Earring* met betrekking tot de reikwijdte van de klachtplicht te rijmen met de constatering dat een voortdurende prestatie één prestatie is? Een parallel met de reikwijdte van de korte verjaringstermijn bij voortdurende onrechtmatige gedragingen dringt zich op. Het is nuttig om op dit punt naar het verjaringsrecht te kijken omdat, zoals ik in par. 3.4.2 hiervoor constateerde, de bepaling van het aanvangsmoment van de korte verjaringstermijn gelijkenissen vertoont met de voorwaarden voor aanvang van de klachttermijn van art. 6:89 en 7:23 lid 1 BW. De Hoge Raad heeft in het arrest *TMG/Staat* overwogen dat een voortdurend nalaten om een richtlijn te implementeren iedere dag een zelfstandige onrechtmatige daad van de Staat oplevert. Deze onrechtmatige daden verjaren afzonderlijk, aldus de Hoge Raad:

“3.4.1 Onderdeel 2 richt zich tegen de verwerping door het hof in rov. 4.13–4–16 van het betoog van TMG dat het hier gaat om een voortdurende onrechtmatige toestand waarbij de verjaring iedere dag weer gaat lopen. Volgens het onderdeel heeft het hof hierbij miskend dat niet alleen het invoeren, maar ook het in stand houden van onrechtmatige wetgeving een onrechtmatige daad vormt.

3.4.2 Dit onderdeel is gegrond. Op de Staat rust op grond van art. 4 lid 3 VEU en art. 288 derde volzin VWEU de plicht om Europese richtlijnen juist te implementeren. Het nalaten daarvan is onrechtmatig (HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2722, NJ 2016/166, rov. 3.4.4). Dit omvat mede het na een onjuiste implementatie van een richtlijn niet alsnog juist implementeren daarvan. Aangenomen moet worden dat, zolang geen juiste implementatie plaatsvindt, dit iedere dag een zelfstandige onrechtmatige daad van de Staat oplevert, hetgeen meebrengt dat daarop gegronde vorderingen afzonderlijk verjaren. De vordering tot vergoeding van schade die TMG heeft geleden door de onjuiste implementatie, is dus

¹²³ Zie HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1270, NJ 2017/344 (*Nanada c.s./Golden Earring*), r.o. 5.5.4–5.5.5.

niet verjaard voor zover het betreft de periode van vijf jaar voorafgaand aan haar hiervoor in 3.1 onder (ix) genoemde aansprakelijkstelling van 21 september 2012.”¹²⁴

De Hoge Raad kiest er bij voortdurende onrechtmatige gedragingen in het kader van art. 3:310 lid 1 BW dus voor om de betreffende gedraging op te knippen in afzonderlijke onrechtmatige daden met eigen verjaringstermijnen. Hoewel dat misschien wat gekunsteld voorkomt, is in de literatuur gesuggereerd dat deze benadering wenselijk is.¹²⁵

Voor deze situatie lijken drie alternatieven te bestaan. Het eerste alternatief is dat de verjaringstermijn voor alle schade, waarvan voorzienbaar is dat deze als gevolg van het voortduren van de gedraging zal ontstaan, aanvangt op het moment dat de benadeelde bekend is met de eerste schade en de aansprakelijke persoon. Het gevolg van deze benadering zou kunnen zijn dat op den duur, als de gedraging langer duurt dan de verjaringstermijn, geen schadevergoeding meer zou kunnen worden gevorderd ondanks het feit dat de desbetreffende gedraging voortduurt en tot schade leidt. Daarvoor bestaat volgens Verheul geen goede reden.¹²⁶

Het tweede alternatief is dat voor het aanvangsmoment van de verjaringstermijn wordt aangeknoopt bij het einde van de voortdurende gedraging. Dat is op zich efficiënt en vanuit schuldeisersperspectief rechtvaardig, maar leidt er tegelijk toe dat de schuldeiser met name bij lange voortdurende gedragingen (bijvoorbeeld langer dan vijf jaar) niet wordt aangespoord om in actie te komen. Dat ondergraaft de ratio van het verjaringsleerstuk en is niet in het belang van de schuldenaar, die er voor de toekomst belang bij heeft om te weten hoe de schuldeiser over zijn prestatie denkt, zodat hij zijn gedrag eventueel kan aanpassen en zijn bewijspositie veilig kan stellen.¹²⁷

Het derde alternatief is het opknippen van de gedraging. Dat voorkomt dat de benadeelde op den duur geen vergoeding meer kan vorderen voor toekomstige schade, terwijl ook voorkomen wordt dat de benadeelde schadevergoeding kan vorderen over de periode langer dan vijf jaar geleden gerekend vanaf het moment dat hij in actie komt.¹²⁸ Deze benadering resulteert in de situatie dat de schuldeiser schadevergoeding kan vorderen voor schade die hij in de afgelopen vijf jaar heeft geleden, alsmede van op dat moment voorzienbare toekomstige schade.

Dit uitstapje naar het verjaringsrecht laat zien dat slechts één benadering kan resulteren in de situatie die de Hoge Raad in *Nanada c.s./Golden Earring* bij de klachtplicht voor ogen heeft. Dat is de situatie waarin een voortdurende prestatie wordt opgeknipt en telkens een afzonderlijke klachttermijn gaat lopen. Alleen op die manier kan een situatie ontstaan waarin de schuldeiser zijn vorderingen behoudt voor de periode die binnen de klachttermijn van art. 6:89 BW valt.

124 HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:677, NJ 2018/239 (TMG/Staat).

125 Zie Verheul 2020.

126 Idem, par. 3.1.

127 Idem, par. 3.2.

128 Idem, par. 3.3.

4.4.4.3 *Nadelen aan opknip-benadering; en wanneer komt tekortschieten in een voortdurende prestatie eigenlijk wel of niet voor opknippen in aanmerking?*

Ook aan deze benadering kleven echter nadelen. Het eerste nadeel is, vanuit dogmatisch perspectief, dat het nogal kunstmatig voelt om een voortdurend nalaten om een bepaalde verplichting te vervullen te construeren als een reeks van zelfstandige dagelijkse verplichtingen.

Het tweede nadeel is dat, zoals hiervoor aangegeven, deze opvatting meebrengt dat in theorie toekomstige schade kan verjaren (in geval van een verjaringsverweer) of vervallen (in geval van een klachtplichtberoep), als vast zou komen te staan dat langer dan vijf jaar geleden of langer geleden dan de betreffende klachttermijn al voorzienbaar was dat die schade zich zou manifesteren. Dit kan leiden tot moeizame discussies over de vraag of bepaalde schade destijds wel of niet voorzienbaar was, waarbij de schuldeiser in een lastige bewijspositie terecht kan komen.

Het derde nadeel is dat de ene voortdurende verplichting de andere niet is. Daarom rijst de vraag of het voor iedere voortdurende verplichting aanspreekt om over te gaan tot het opknippen van de laakbare gedraging van de schuldenaar. Die vraag blijkt niet eenvoudig te beantwoorden.

In de context van verjaring wordt in de rechtspraak niet iedere voortdurende verplichting opgeknipt. Ik wijs op het arrest *Parkeergarage Zandvoort* van de Hoge Raad. Die zaak speelt in de context van de lange verjaringstermijn. De Hoge Raad overweegt dat de betreffende onrechtmatige gedraging enkelvoudig is en een voortdurend karakter heeft.¹²⁹ Het ging in dit geval om de oprit van een parkeergarage, waarbij al in 1974 was verzuimd om een grondkerende voorziening aan te brengen. Door het gewicht van de auto's, die over de oprit reden, ontstond druk op de belendende muur van een appartementencomplex, die daardoor steeds verder scheefzakte.

Het betreft hier een risicoaansprakelijkheid voor een gebrekkige opstal (art. 6:174 BW). Volgens de Hoge Raad is deze aansprakelijkheid niet verbonden aan een schadeveroorzakende gedraging, maar aan de schadeveroorzakende toestand waarop de risicoaansprakelijkheid van art. 6:174 BW ziet. Volgens de Hoge Raad is er wat deze aansprakelijkheid betreft geen reden om een gedraging, in dit geval de aanleg van de oprit zonder grondkerende constructie, aan te merken als schadeveroorzakende gebeurtenis waardoor de lange verjaringstermijn gaat lopen. Het voortdurende karakter van de aanwezigheid van de gebrekkige oprit kan niet tot één moment worden herleid, aldus de Hoge Raad.¹³⁰

Wanneer komt een gedraging in aanmerking om te worden opgeknipt en wanneer niet? In *Parkeergarage Zandvoort* ging het om de voortdurende aanwezigheid van een gebrekkige opstal, waarvoor de opstalhouder risicoaansprakelijk is. In *TMG/Staat* ging het om het voortdurend nalaten van een verplichting van de Staat tot correcte richtlijnimplementatie, hetgeen een schuldaansprakelijkheid betreft. Is het onderscheid tussen risico- en schuldaansprakelijkheid dan bepalend? Niet noodzakelijk. Ook bij gevallen van schuldaansprakelijkheid wordt aangenomen dat een onrechtmatige daad

¹²⁹ HR 22 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:412, NJ 2019/388 (*Parkeergarage Zandvoort*) (een kantoorgenoot van mij stond eiseres tot cassatie bij).

¹³⁰ Idem, r.o. 3.3.3, 3.5.2.

enkelvoudig en voortdurend van aard kan zijn, zodat deze zich niet laat opknippen. Dat wordt in de rechtspraak in feitelijke instanties bijvoorbeeld geoordeeld bij civiele schadevergoedingsvorderingen gegrond op een overtreding van het kartelverbod ex art. 101 VWEU.¹³¹ Het verschil tussen het geval van staatsaansprakelijkheid in *TMG/Staat* en civiele aansprakelijkheid voor schending van het kartelverbod kan worden gevonden in het feit dat het bij laatstgenoemde grondslag gaat om, zeer kort samengevat, het overtreden van het kartelverbod door bijvoorbeeld verboden prijsafspraken te maken. Die prijsafspraken beïnvloeden de concurrentieverhoudingen op de markt gedurende de periode dat de afspraken tussen de kartellisten gelden. Daarmee heeft het onrechtmatig handelen een voortdurend karakter. De markt wordt immers lange tijd beïnvloed en kan worden teruggevoerd op één gedraging. Die gedraging bestaat uit een doen, namelijk het maken van verboden prijsafspraken. Bij het nalaten van correcte richtlijnimplementatie, zoals in *TMG/Staat*, gaat het om een nalaten of een gedeeltelijk nalaten van een verplichting die voortdurend op de verplichte rust.

Het onderscheid tussen wel en niet opknipbare onrechtmatige daden zou dus mogelijk gevonden kunnen worden in de vraag of sprake is van een doen met voortdurende effecten of het nalaten van een voortdurende verplichting. Als een onrechtmatige gedraging, bestaande uit een doen, een langdurige onrechtmatige toestand in het leven roept, zoals verboden prijsafspraken, is er kennelijk grond om de onrechtmatige daad niet op te knippen. Bij het nalaten van een voortdurende verplichting zou dat anders liggen. Het oordeel van de Hoge Raad in *Nanada c.s./Golden Earring* met betrekking tot art. 6:89 BW past in deze benadering. Het ging in die zaak om het nalaten van een voortdurende verplichting van Nanada c.s. tot het exploiteren van de muziekrechten van Golden Earring.

Dit roept wel de vraag op of het maken van onderscheid tussen verschillende voortdurende verplichtingen kan overtuigen. De hiervoor aangeduide verschillen zijn dermate subtiel dat fjnslijperij op de loer ligt. Er kleven dus, ook gelet op het dogmatische aspect en de bewijsproblematiek ten aanzien van toekomstige schade, niet geringe nadelen aan de opknip-benadering die de Hoge Raad in zowel *TMG/Staat* als *Nanada c.s./Golden Earring* kiest. De benadering biedt een compromis waarbij zowel het belang van de schuldeiser als de ratio van de verjaringstermijn en de klachtplicht recht wordt geprobeerd te doen. Bij dat compromis zijn evenwel de nodige kanttekeningen te plaatsen.

4.5 De klachtplicht bij bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 BW?

Het laatste aspect van het toepassingsbereik van art. 6:89 BW in dit hoofdstuk is op het oog een buitenbeentje. Over de vraag naar de toepasselijkheid van art. 6:89 BW bij bestuurdersaansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW is van alle toepassingsvragen de afgelopen jaren niettemin het meest geschreven. Ik zie daarom toch aanleiding dit thema, bij wijze van varia, als slot van dit hoofdstuk te bespreken.

¹³¹ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 6 juli 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1940 (deze zaak ligt op dit moment voor bij de Hoge Raad. Ik ben betrokken bij de cassatieprocedure. Kantoorgenoten van mij zijn betrokken bij de procedure in feitelijke instanties); in navolging van Rechtbank Amsterdam 27 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4466 (kantoorgenoten van mij zijn betrokken bij deze zaak); de Rechtbank Amsterdam heeft intussen prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld over deze materie, zie Rechtbank Amsterdam 8 november 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:7093 (kantoorgenoten van mij en ikzelf zijn betrokken bij de prejudiciële procedure in deze zaak).

Er tekent zich onder de schrijvers een meerderheid af tegen toepassing van art. 6:89 BW op dit terrein.¹³² De rechtspraak in feitelijke instanties is niet eenduidig. In de meerderheid van de gepubliceerde rechtspraak wordt toepassing van art. 6:89 BW in dit domein van de hand gewezen.¹³³

Hoe deze vraag te benaderen? Art. 2:9 BW biedt een wettelijke grondslag voor aansprakelijkheid van bestuurders. In lijn met de rechtspraak van de Hoge Raad over het toepassingsbereik van art. 6:89 BW bij vorderingen uit onrechtmatige daad, zou ik menen dat art. 6:89 BW niet van toepassing is bij vorderingen gegrond op art. 2:9 BW. In dat geval is geen sprake van een prestatie waarop art. 6:89 BW naar zijn aard ziet.¹³⁴

Er bestaat bovendien aanleiding te veronderstellen dat de verplichting tot behoorlijke taakvervulling van de bestuurder op grond van art. 2:9 BW naar zijn aard geen verbintenis is, omdat het een zuiver vennootschappelijke rechtsbetrekking betreft.¹³⁵ De Hoge Raad maakt in zijn rechtspraak op dit punt een expliciet onderscheid tussen de vennootschapsrechtelijke verplichting van de bestuurder tot behoorlijke taakvervulling op grond van art. 2:9 BW en de, in de woorden van de Hoge Raad, afgezien van deze hoedanigheid op die persoon rustende aansprakelijkheid als werknemer van die vennootschap:

“[N]aar Nederlands recht [wordt] onderscheid gemaakt tussen de aansprakelijkheid van een persoon in zijn hoedanigheid van bestuurder van een vennootschap (uit hoofde van schending van zijn vennootschapsrechtelijke verplichting tot behoorlijke taakvervulling krachtens art. 2:9 BW dan wel uit hoofde van onrechtmatig handelen in de zin van art. 6:162 BW) en de afgezien van deze hoedanigheid op die persoon rustende aansprakelijkheid als werknemer van die vennootschap (uit hoofde van opzet of bewuste roekeloosheid bij de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7:661 BW).”¹³⁶

132 Zie onder meer Kroeze 2015, p. 185-186 (klachtplicht van toepassing naar de letter van de wet, maar vanwege ernst van de normschending in beginsel geen sprake van termijnschending); Rijsterborgh & Veldhoen 2015, p. 99-105 (klachtplicht niet van toepassing); Schild 2016, p. 63-64 (klachtplicht niet van toepassing); Tjittes 2017, p. 473-488 (klachtplicht niet van toepassing); Huizink 2018, p. 5-13 (klachtplicht niet van toepassing); Caris & Kulk 2018, p. 249-256 (klachtplicht wel van toepassing); J.J. Valk 2020, par. 4.6 (klachtplicht niet van toepassing); Asser/Kroeze 2-1 2021/201 (klachtplicht van toepassing, maar niet wenselijk, in ieder geval niet binnen lopende verjaringstermijn); Spronck 2022, p. 121; Huizink, *GS Rechtspersonen*, artikel 2:9 BW (2023), aant. 18.4 (klachtplicht niet van toepassing).

133 Rechtbank Midden-Nederland 19 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225, (wel een klachtplicht); Rechtbank Midden-Nederland 3 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6198 (wel een klachtplicht); Rechtbank Zeeland-West-Brabant 5 november 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:9203 (geen klachtplicht); Rechtbank Zeeland-West-Brabant 14 september 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:5790 (vordering gegrond op art. 2:9, geen verbintenis waarop art. 6:89 BW van toepassing is en dus geen klachtplicht); in dezelfde zin Hof Arnhem-Leeuwarden 24 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:523; Rechtbank Gelderland 21 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:1153 (art. 2:9 BW is algemene rechtsplicht waarop klachtplicht niet van toepassing is); Rechtbank Noord-Nederland 9 september 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2965 (klachtplicht ziet niet op vorderingen op grond van art. 6:162 en/of art. 2:9 BW).

134 In die zin ook Tjittes 2017, p. 473 e.v. en Tjittes & Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW nr. A6b) 2020/39.

135 Zie in die zin J.J. Valk 2020, par. 4.6; Rijsterborgh & Veldhoen 2015, p. 101.

136 HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:164, NJ 2014/73 (*Ferho Holterman c.s./Spies*), r.o. 3.8.2 (een kantoorgenoot van mij was betrokken bij deze zaak).

Dat zou de conclusie rechtvaardigen dat de verplichting op grond van art. 2:9 BW niet voortvloeit uit een vermogensrechtelijke rechtsbetrekking en dus niet uit een verbintenis. Art. 6:89 BW is in dat geval dus niet van toepassing. Daarover wordt echter zowel in rechtspraak in feitelijke instanties¹³⁷ als in de literatuur ook wel anders gedacht.¹³⁸

Bij arrest van 26 april 2024 heeft de Hoge Raad op onderdelen van voornoemde discussie duidelijkheid verschaft. Volgens hem is art. 6:89 BW niet van toepassing op een vordering gegrond op art. 2:9 BW. De Hoge Raad legt daaraan de gedachte ten grondslag dat met de benoeming van een bestuurder als zodanig een rechtspersonenrechtelijke rechtsverhouding tussen bestuurder en vennootschap ontstaat, die meebrengt dat de bestuurder is gebonden aan de wet, de gewoonte en de statuten, reglementen en besluiten van die rechtspersoon. Dat brengt ook gebondenheid aan art. 2:9 BW mee. Volgens de Hoge Raad volgt uit een redelijke wetsuitleg dat uit de aard van deze rechtsverhouding voortvloeit dat een bestuurder ter afwering van zijn aansprakelijkheid geen beroep kan toekomen op art. 6:89 BW.¹³⁹

Deze overweging sluit goed aan bij de beperking van de reikwijdte van art. 6:89 BW tot verbintenisrechtelijke verplichtingen. De Hoge Raad baseert zijn overweging echter nog op een aanvullende gedachte. Die gedachte is dat een rechtspersoon bezwaarlijk kan worden tegengeworpen dat de bestuurder tijdens zijn aanstelling ter zake van onbehoorlijke taakvervulling door hemzelf als bestuurder tegenover de rechtspersoon, nalaat namens die rechtspersoon te protesteren bij zichzelf. De Hoge Raad wijst daarbij naar de verlengingsgrond die het verjaringsrecht de rechtspersoon biedt op grond van art. 3:321 lid 1 aanhef en onder d BW voor claims van de vennootschap tegen diens bestuurder(s). De Hoge Raad voegt daar nog aan toe dat het voorgaande eveneens geldt voor de ingevolge art. 2:9 lid 2 BW hoofdelijk met de bestuurder verbonden medebestuurders, nu onder meer de collegiale verhoudingen binnen het bestuur kunnen bemoeilijken dat binnen bekwame tijd wordt geprotesteerd tegen onbehoorlijke taakvervulling van een medebestuurder.¹⁴⁰

Dat laatste argument is, gelet op de stand van de discussie in literatuur en lagere rechtspraak, enigszins verrassend. Het overtuigt niet volledig. Het feit dat het misschien tot het moment van defungeren van de betreffende bestuurder/het betreffende bestuur praktisch lastig zal zijn om te klagen, neemt niet weg dat dat na het aftreden van de betreffende bestuurder/het betreffende bestuur wel kan. Bij die praktische realiteit sluit het verjaringsrecht goed aan door slechts een verlengingsgrond aan de vennootschap te bieden, maar verjaring niet buiten toepassing te laten. De Hoge Raad hanteert dit argument nu om de 2:9-vordering wel geheel van de werking van art. 6:89 BW uit te zonderen. Die redenering kan de door de Hoge Raad bereikte uitkomst naar mijn mening niet geheel zelfstandig dragen. Gelet op de robuuste overweging over de rechtspersonenrechtelijke aard van de rechtsverhouding tussen bestuurder en vennootschap is dat echter ook weer niet problematisch, aangezien die overweging de uitkomst op zichzelf juist en goed verdedigbaar doet zijn.

137 Zie Rechtbank Midden-Nederland 19 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225 en Rechtbank Midden-Nederland 3 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6198, waarin de verplichting van de bestuurder op grond van art. 2:9 BW juist verbintenisrechtelijk wordt geduid.

138 Zie bijvoorbeeld Caris & Kulk 2018, p. 249-256;

139 Zie HR 26 april 2024, ECLI:NL:HR:2024:681, r.o. 3.2-3.4.

140 Idem, r.o. 3.4.

Na dit arrest blijft nog één vraag onbeantwoord en dat is de vraag of art. 6:89 BW van toepassing is in samenloopgevallen. De verhouding tussen vennootschap en bestuurder wordt vaak, in aanvulling op de regels die het vennootschapsrecht al op deze verhouding doet neerdalen, ook nog geregeld in een arbeids- of opdrachtovereenkomst tussen vennootschap en bestuurder. In die situatie kan de vordering van de vennootschap op de bestuurder niet alleen op art. 2:9 BW worden gegrond, maar ook, in geval de bestuurder tevens werknemer is, op opzet of grove roekeloosheid bij de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7:661 BW, dan wel, in geval van een managementovereenkomst, op een tekortschieten in de zorgplicht van de bestuurder als goed opdrachtnemer (art. 7:401 BW). Art. 6:89 BW is zowel van toepassing op vorderingen gegrond op art. 7:661 BW¹⁴¹ als op vorderingen uit hoofde van een schending van art. 7:401 BW.¹⁴² Hier is met andere woorden sprake van een mogelijk samenloopgeval.

De casus die aan het hierboven besproken arrest ten grondslag ligt, betreft geen samenloopgeval, in de zin dat tussen vennootschap en bestuurder nog een opdracht- of arbeidsovereenkomst is gesloten waarop de vennootschap zich beroept. De Hoge Raad besteedt ook in een overweging ten overvloede geen aandacht aan die situatie. Voor deze hiervoor aan de orde gestelde samenloopvraag biedt het arrest dus geen duidelijkheid.

A-G Assink heeft in zijn voorafgaande conclusie wel aandacht aan deze samenloopvraag besteed. Hij suggereert dat geen sprake zou kunnen zijn van samenloop als aangenomen wordt dat de aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW betrekking heeft op gedragingen van betrokkene die zich laten kenschetsen als 'bestuurshandelen', terwijl de contractuele grondslag voor aansprakelijkheid betrekking zou hebben op gevallen die 'niet-bestuurshandelen' betreffen. In die situatie is, in zijn woorden, sprake van 'gescheiden circuits'.¹⁴³

Die redenering overtuigt mij niet. Arbeids- of opdrachtovereenkomsten tussen vennootschap en bestuurder kunnen heel wel verplichtingen bevatten die kunnen worden gezien als 'bestuurshandelen', dus handelen waartoe de bestuurder ook op grond van zijn vennootschapsrechtelijke verhouding met de vennootschap gehouden is. Dergelijke overeenkomsten kunnen een invulling bevatten van hetgeen het vennootschapsrecht in meer algemene zin, bijvoorbeeld door middel van een open norm ('behoorlijk bestuur') van de bestuurder vergt. De 'gescheiden-circuit'-redenering komt daarom wat theoretisch voor. Dat er, vooral waar het gaat om art. 7:661 BW tegenover art. 2:9 BW, sprake is van een verschil in beoordelingsmaatstaf voor aansprakelijkheid doet aan de mogelijkheid van samenloop verder niet af.

Als gekozen zou worden voor het buiten toepassing laten van art. 6:89 BW in samenloopgevallen, dan lijkt mij de aanname van A-G Assink als basis voor die keuze niet de voorkeur te verdienen. De redenering die in literatuur wel naar voren is gebracht, dat in dit soort gevallen art. 2:9 BW moet prevaleren boven een andere grondslag, spreekt

¹⁴¹ Zie in die zin ook Schild 2016, p. 63; Tjittes 2017, p. 480 en J.J. Valk 2020, par. 4.6.

¹⁴² Dat vloeit voort uit HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*), waar de Hoge Raad heeft overwogen dat art. 6:89 ook van toepassing is op verbintenissen uit beleggingsadviesrelaties. (Die relaties zijn vervat in opdrachtovereenkomsten.)

¹⁴³ Zie conclusie A-G Assink vóór HR 26 april 2024, ECLI:NL:HR:2024:681, par. 3.27.21.

dan meer aan.¹⁴⁴ Dat zou ook aansluiten bij het belang dat de Hoge Raad hecht aan de bijzondere, rechtspersonenrechtelijke verhouding tussen bestuurder en vennootschap.

Deze keuze zou wel op gespannen voet staan met de algemene jurisprudentie van de Hoge Raad over het toepassingsbereik van art. 6:89 BW in samenloop situaties, waaruit nu juist voortvloeit dat de klachtplicht geldt bij een onrechtmatige daadsvordering wanneer die vordering alternatief gegrond kan worden op een tekortkoming uit overeenkomst. Is de vordering gegrond op art. 2:9 BW zo anders dan een vordering gegrond op een algemene onrechtmatige daad, zodat deze afwijking van de algemenere jurisprudentielijn in het samenloopvraagstuk bij art. 6:89 BW gerechtvaardigd is? Uit *Ferho Holterman c.s./Spies* is af te leiden dat de Hoge Raad zelf het verschil wel mee vindt vallen. Hij overweegt in dat arrest dat, in het kader van de vraag of de vordering op grond van art. 2:9 BW onder de bevoegdheidsregel van art. 5 aanhef van sub 1(a) EEX-Vo valt, de vordering waarmee een vennootschap haar bestuurder aanspreekt op grond van onbehoorlijke taakvervulling, niet wezenlijk verschilt van een vordering uit hoofde van delictuele aansprakelijkheid.¹⁴⁵

De redenering van de Hoge Raad, dat het gedurende een lopende bestuurstermijn voor de vennootschap niet goed mogelijk zal zijn om tegen een bestuurder of het bestuur in zijn geheel te klagen, acht ik, als al gezegd, op zichzelf evenmin voldoende dragend voor deze uitkomst. Die gedachte zou hooguit tot de conclusie moeten leiden dat de klachttermijn moet worden verlengd of, iets verderstrekkend, geen aanvang kan nemen totdat het bestuur is afgetreden. Een dergelijke subregel zou binnen de algemene jurisprudentie van de Hoge Raad over art. 6:89 BW passen, omdat de vraag wanneer de klachttermijn aanvangt, afhangt van alle omstandigheden van het geval.

Ik kom erop uit dat er het nodige pleit voor aanvaarding van de mogelijkheid dat art. 6:89 BW wel een rol speelt bij samenloopgevallen. In de praktijk doen zich dergelijke gevallen voor. Er zou daarbij gekozen kunnen worden voor hantering van de vuistregel dat de klachttermijn niet aanvangt zolang het betreffende bestuurslid of het bestuur nog in functie is, althans de termijn verlengd moet worden tot een moment nadat het betreffende bestuurslid of het bestuur is gedefungeerd. Daarbij speelt mee dat de hoge lat voor het aannemen van aansprakelijkheid in het kader van art. 2:9 BW mee zal brengen dat in beginsel geen schending van art. 6:89 BW mag worden aangenomen. Art. 2:9 BW komt alleen in beeld wanneer de bestuurder een ernstig verwijt ten aanzien van de betreffende onbehoorlijke taakuitoefening kan worden gemaakt. Van die maatstaf gaat een hoge mate van schuld uit.¹⁴⁶ Dit gegeven brengt mee dat de vennootschap in de regel ruim de tijd moet krijgen om te klagen.¹⁴⁷

4.6 Conclusie

Het toepassingsbereik van art. 6:89 en 7:23 lid 1 BW blijkt lastige materie. Met name het toepassingsbereik van art. 6:89 BW is niet eenduidig.

In par. 4.2 stond de vraag centraal of art. 6:89 BW van toepassing is op alle verbin-tenissen. De algemene verbintenissenrechtelijke connotatie van het woord 'prestatie' in

¹⁴⁴ Zie Van der Grinten/Bouwens & Bij de Vaate, *Arbeidsovereenkomstenrecht* 2023, p. 377-378; Huys 2022, p. 16-17.

¹⁴⁵ Zie HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:164, NJ 2014/73 (*Ferho Holterman c.s./Spies*), r.o. 3.9.3.

¹⁴⁶ Kroeze stelt dat ernstige verwijtbaarheid grenst aan opzet, zie Kroeze 2015, p. 186.

¹⁴⁷ In die zin ook Tjittes 2017, p. 480 en Kroeze 2015, p. 186.

art. 6:89 BW en de plaats van art. 6:89 BW in de wet, namelijk afdeling 9 van titel 1 van Boek 6 BW: de gevolgen van het niet-nakomen van een verbintenis, duiden daarop. De wetgever heeft dit ruime toepassingsbereik, gelet op de wetsgeschiedenis bij art. 6:89 BW, evenwel niet helder voor ogen gestaan. De Hoge Raad heeft in *Van de Steeg/Rabobank* weliswaar overwogen dat art. 6:89 BW van toepassing is op alle verbintenissen, maar de zin waarin de Hoge Raad dat doet, is multi-interpretabel, terwijl hij nadien nooit meer op deze vraag is teruggekomen.

Ik werkte uit dat Obliegenheit-karakter van art. 6:89 BW met zich brengt dat deze klachtplicht ook iets te bieden heeft bij andersoortige verplichtingen dan het archetype waarmee de klachtplicht van oudsher wordt geassocieerd: de verplichting tot levering van een zaak. De aan art. 6:89 BW ten grondslag liggende consistentieplicht komt in het spel bij late en moeilijk betwistbare klachten. De bewijsproblemen waar de klachtplicht typisch mee wordt geassocieerd doen zich niet alleen voor bij de prestatie strekkende tot levering van een goed, maar bestaan ook bij andersoortige verplichtingen, zoals de verbintenis tot betaling van een geldsom. Het klassieke Pekingenden-arrest vormt daarvan een sprekend voorbeeld: in deze casus werd in feite een klachtplicht aan de zijde van de verkoper aangenomen ten aanzien van door de koper toegepaste kortingen op de koopprijs. Ook bij verbintenissen uit een andere bron dan een overeenkomst kunnen dergelijke bewijsproblemen voorkomen, zoals de verbintenis tot schadevergoeding in natura uit hoofde van onrechtmatige daad.

Ik kom dan ook tot de conclusie dat het toepassingsbereik van art. 6:89 BW geacht kan worden zich daadwerkelijk uit te strekken tot alle verbintenissen. Enerzijds brengt het Obliegenheit-karakter van art. 6:89 BW mee dat deze klachtplicht bij een breed scala aan verbintenissen een nuttige functie kan vervullen. Anderzijds brengt dit rechtskarakter mee dat een beroep op schending van de klachtplicht niet te snel kan worden gehonoreerd. Dat karakter brengt immers mee dat een beroep op art. 6:89 BW alleen kan slagen in situaties waarin de schuldenaar beschermd moet worden tegen late en moeilijk betwistbare klachten. Het ruime toepassingsbereik van art. 6:89 BW zou dus niet moeten leiden tot het honoreren van allerhande klachtplichtverweren van schuldenaren in situaties die naar hun aard niet met zich brengen dat de schuldenaar moet worden beschermd.

Een vraag die vervolgens rijst, is of er aanleiding bestaat om zelfs nog een ruimer toepassingsbereik te veronderstellen, ondanks de plaats van art. 6:89 BW in de wet. Vanwege het Obliegenheit-karakter van art. 6:89 BW is daar het nodige voor te zeggen. Een bevredigend antwoord op de vraag waarom buiten het verbintenisrechtelijke domein geen klachtplicht zou gelden, lijkt niet echt te geven. Ondanks deze kritische gedachten kom ik er toch op uit dat de meest wenselijke benadering is dat art. 6:89 BW 'beperkt' blijft tot verbintenisrechtelijke verplichtingen. Art. 6:89 BW maakt nu eenmaal onderdeel uit van afdeling 6.1.9 BW. Het is misschien enigszins formeel gedacht, maar deze plaats in de wet komt zeggingskracht toe. Het is bovendien wenselijk om de vraag naar het toepassingsbereik van art. 6:89 BW overzichtelijk te houden. Die benadering is vanuit het belang van rechtszekerheid en een hanteerbaarheidsperspectief te verkiezen boven de situatie waarin het toepassingsbereik van de klachtplicht genuanceerder en dus ook gecompliceerder zou liggen, bijvoorbeeld wanneer ervoor gekozen zou worden om gevalstypen te categoriseren waarbij toepassing van de klachtplicht in beginsel wel of niet geïndiceerd is.

Vervolgens werd in par. 4.3 ingegaan op de toepassingsvraag bij geheel en gedeeltelijk niet-presteren. Volgens de Hoge Raad geldt de klachtplicht niet bij een algeheel niet-presteren (de *Brocaceff/Simons*-regel). Ik werkte uit dat de rechtvaardiging van de *Brocaceff/Simons*-regel vooral is gelegen in het feit dat bij niet-presteren (1) geen logisch moment in de tijd ontstaat om te klagen en (2) de schuldenaar door het achterwege blijven van een klacht niet wordt benadeeld. Het past dan ook bij het perspectief van de klachtplicht als consistentieplicht (vgl. par. 2.4.1-2.4.4 hiervoor) om de klachtplicht in een dergelijke situatie niet toe te passen. In het merendeel van de gevallen van niet-nakoming klopt die veronderstelling bovendien. Voor die gevallen van niet-presteren waarbij wel degelijk een logisch tijdsmoment ontstaat om te klagen én de schuldenaar wordt benadeeld als de schuldeiser op dat moment stil blijft zitten, kan allicht worden betoogd dat de klachtplicht wél van toepassing moet zijn. Het lijkt mij echter niet nodig om voor dit soort gevallen een uitzondering op de *Brocaceff/Simons*-regel te maken. Op dit soort casus is namelijk het leerstuk van rechtsverwerking van toepassing, terwijl de rechtszekerheid en hanteerbaarheid van de klachtplicht gebaat zijn bij een overzichtelijk toepassingsbereik. Ik concludeerde vervolgens dat de Hoge Raad bij gevallen van gedeeltelijke niet-nakoming de klachtplicht niet buiten toepassing wil laten voor wat betreft het niet-nagekomen gedeelte van de overeenkomst. Het past naar mijn mening bovendien niet bij de achterliggende gedachte van de *Brocaceff/Simons*-regel om daaraan werking toe te kennen bij gevallen van gedeeltelijke niet-nakoming: er ontstaat immers een tijdsmoment om te klagen en er kan evenzogoed nadeel aan schuldenaarszijde ontstaan als gevolg van een ontijdige klacht.

In par. 4.4 kwamen drie specifieke typen prestaties aan de orde, waarbij in de literatuur discussie bestaat over de vraag of art. 6:89 BW daarop van toepassing moet worden geacht. In par. 4.4.2 werd uitgewerkt dat het Obliegenheit-karakter van de klachtplicht er ook specifiek voor pleit dat art. 6:89 BW van toepassing is op verbintenissen strekkende tot betaling van een geldsom. De argumenten uit de literatuur die pleiten tegen toepassing van art. 6:89 BW op betalingsverplichtingen acht ik onvoldoende overtuigend voor een andere conclusie. Verder werd in deze paragraaf globaal geschetst bij welke gevalstypen de klachtplicht niet snel geschonden kan worden geacht en wanneer dat misschien eerder in de rede ligt.

Vervolgens kwam in par. 4.4.3 de rol van art. 6:89 BW bij prestaties strekkende tot een niet-doen aan de orde. Anders dan in de literatuur betoogd en in rechtspraak in feitelijke instanties tot op heden geoordeeld, pleit ik voor toepassing van art. 6:89 BW in dat soort gevallen. Het betreft meestal prestaties met een voortdurend karakter, waarvoor kan gelden dat de schuldenaar er belang bij heeft om op de hoogte te worden gesteld van een gebrek in de prestatie in het verleden. Daarover kan ook bij een prestatie strekkende tot een niet-doen immers onduidelijkheid bestaan. Vanuit het Obliegenheit-karakter van de klachtplicht is het logisch dat bij dergelijke gevallen een klachtplicht geldt. Bovendien stelt de Hoge Raad buiten twijfel dat de klachtplicht van toepassing is op voortdurende prestaties.¹⁴⁸

Vervolgens besprak ik de vraag naar de reikwijdte van de klachtplicht bij voortdurende prestaties in par. 4.4.4. Daaruit volgt dat, in lijn met de verjaringsrechtspraak van de Hoge Raad, de betreffende gedraging voor de aanvang van de klachttermijn zou moeten worden opgeknipt in dagelijks te onderscheiden gedragingen, waarvoor telkens een afzonderlijke

148 HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1270, NJ 2017/344 (*Nanada c.s./Golden Earring*).

klachttermijn gaat gelden. Ik ben kritisch op deze benadering, omdat opknippen wat kunstmatig voorkomt, de schuldeiser in een lastige bewijsspositie kan brengen met betrekking tot toekomstige schade en bovendien de vraag rijst of iedere voortdurende gedraging zich voor opknippen leent.

Tot slot werd in par. 4.5 de toepassingsvraag in het kader van art. 2:9 BW behandeld. In lijn met de bevindingen over de vraag of art. 6:89 BW ziet op 'alle verbintenissen', werd geconcludeerd dat vorderingen gegrond op art. 2:9 BW buiten het toepassingsbereik van art. 6:89 BW vallen. De Hoge Raad heeft dat in een recent arrest ook bevestigd. Wanneer vorderingen van de vennootschap op de bestuurder echter naast art. 2:9 BW gegrond kunnen worden op een tekortkoming in de uitvoering van een arbeidsovereenkomst of managementovereenkomst, kan de klachtplicht van art. 6:89 BW in het domein van interne bestuurdersaansprakelijkheid toch een rol spelen.